

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
30

Sayı
Number
3

Yıl
Year
2022

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law
Dekan | Dean
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER
hsumer@selcuk.edu.tr

Baş Editör | Editor-in-Chief

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER
hsumer@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Editörler | Editors

Dr. Öğr. Üyesi Sezin ÖZTOPRAK
soztoprak@selcuk.edu.tr

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz YOLAL
oguz.yolal@selcuk.edu.tr

Editör Yardımcıları | Deputy Editors

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ
cansubkartal@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK
af_kaynak@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Övünç GÜVEL
ovunc_guvel@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Rabia MACİT
rabiamacit26@gmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Abdussamed ATASOY
samedatasoy1109@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU
muhammedfurkansoylu@hotmail.com
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Enes Ekşi
enes.eksi@selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Can KUZUCUOĞLU
Ahmet.kuzucuoglu.selcuk.edu.tr
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Nurtaç ENDES SELVİ

nurend@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gökçe ALTINEL

altinelgokce@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Gülizar Feyza BAYRAK

gfeyzakendir@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Saliha HALICI

salihah14@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Emsalgül DOĞAN

emsalguldogan@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Aksu
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Şahin Akıncı
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevgi Gül Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ömer Anayurt
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Arslan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Yavuz Atar
Faculty of Law, İbn Haldun University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Avcı
Faculty of Law, Social Sci. University of Ankara
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Rıza Ayhan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Faruk Bilir
Personal Data Protection Authority
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halil Cin
Faculty of Law, Ufuk University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Serkan Çınarlı
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Vahit Doğan
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Fikret Eren
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Faculty of Law, East. Mediterranean University
Famagusta, North Cyprus

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay
Faculty of Law, Antalya Bilim University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Altunkaya
Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Zekeriyya Arı
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. Murat Atalı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Leyla Ateş
Faculty of Law, Altınbaş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat Aydoğdu
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University
Tekirdağ, Turkey

Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hayrettin Çağlar
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Abdullah Dinçkol
Faculty of Law, Doğuş University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan Döner
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University
Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Ali Erten
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç
Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Ulsan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı
Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver
Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadil Yıldırım
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla
Faculty of Law, Bahçeşehir University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz
Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin
Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhur Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç
Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Yıldırım
Faculty of Law, Selçuk University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel
Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Hakkında

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

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda dört kez (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) hem elektronik ortamda hem de basılı olarak yayımlanan ve uluslararası indekslerde taranan hakemli bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

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

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed journal published four times a year (March, June, September, December) both electronically and in print and scanned in international indexes. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 00 45 +90 332 241 01 05

selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Eylül 2022

Publication Date: September 2022

Copyright © Published by Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey. All rights reserved.

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren EuroPub Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by EuroPub Index since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren DOAJ tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by DOAJ since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBİAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBİAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır. Kelime sayısına Kaynakça dahil değildir.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

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

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

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

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, “DergiPark” üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar “DergiPark” sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

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

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20’ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

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

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via “DergiPark”. All stages, including the review of the referees, are carried out through the “DergiPark” system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

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

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

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

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

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

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayı için azami 20 araştırma makalesi yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

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

Process of the Review Typographic

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 research articles can be published in each Issue.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

ResearchArticles

- ÜST SINIR İPOTEĞİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK ANAPARA İPOTEĞİNİN SAĞLADIĞI GÜVENCENİN ALACAK BAKIMINDAN KAPSAMI** **943-966**
Scope Of Liability of The Guarantee of The Capital Mortgage Compared to The Upper Limit
Eray Aksın ATAR
- ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 5651 SAYILI KANUN'UN 9. MADDESİ BAĞLAMINDA İNTERNETE ERİŞİMİN ENGELLENMESİNE DAİR DEĞİŞEN YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ** **967-998**
The Evaluation Of The Constitutional Court's Changing Approach To Blocking Internet Access Within The Context Of Article 9 Of Law No 5651
Alper IŞIK
- TASARRUF FİNANSMAN ANONİM ŞİRKETLERİNİN HUKUKİ YAPISI, FAALİYETLERİ VE BU ŞİRKETLERDE MENFAAT SAHİPLERİNİN KORUNMASI** **999-1042**
Legal Structure, Activities, And Protection Of Stakeholders Of Savings Finance Joint-Stock Companies
Altan Fahri GÜLERCİ
- ÇERÇEVE SÖZLEŞME KAVRAMI, ÇERÇEVE SÖZLEŞMELERİN AMACI VE EKONOMİK FONKSİYONU** **1043-1077**
Framework Contract Concept, Purpose Of Framework Contracts And Economic Function
Hayriye ŞEN DOĞRAMACI

YABANCILIK UNSURU İÇEREN VASIYETNAMELERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK	1079-1113
Law Applicable To Form Of Wills With Foreign Element Cansu YENER KESKİN	
HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA NEDENSELLİK BAĞININ BELİRLENMESİ	1115-1158
Determination Of Causality In Tort Law Kübra YILDIZ	
TURKEY'S EXPERIENCE OF LEGAL TRANSPLANTATION AND TURKISH-STYLE PRESIDENTIAL SYSTEM	1159-1173
Türkiye'nin Hukuki Nakil Tecrübesi ve Türk Tipi Başkanlık Sistemi Muhammet Derviş METE	
YILLIK PROGRAMLARIN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNİN HUKUKİ ANALİZİNE İLİŞKİN ÖRNEK OLAY İNCELEMESİ	1175-1207
Case Study on the Legal Analysis of Mandatory Provisions of Annual Programs Yalçın ASLANTÜRK	
ANONİM ORTAKLIKTA TEK BORÇ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TTK 421/2-A BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	1209-1252
The Evaluation of TCC 421/2-a Item in the Framework of the Sole Obligation Principle in the Joint Stock Company Ferhat KAYIŞ	
AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA YÜRÜTME İMTİYAZI	1253-1299
Executive Privilege in the Law of the United States Özlem ÇELİK	

**EŞYA KAVRAMINI YENİDEN DÜŞÜNMEK: NFT'LERİN
EŞYA NİTELİĞİ VE EŞYA HUKUKU BAKIMINDAN
GELECEĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME** **1301-1329**

Rethinking the Concept of Goods: An Examination on the Good
Quality of NFTs and Future of NFTs in Terms of the Property
Law

Numan TEKELİOĞLU

**ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ
KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN VEYA TEDBİR
KARARLARININ İCRASINDE YENİ DÖNEM** **1331-1365**

A New Period in the Judgments or Execution of Injunctions
Regarding the Handing Over of a Child and the Establishment of
Personal Relations with the Child

Önder TOPAL

**ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ ÇERÇEVESİNDE GEÇİRİLEN
SÜRELERİN MAHSUBU VE TAZMİNİ** **1367-1407**

Deduction and Compensation for Time Spent Within the
Framework of Judicial Control Measures

Ercan YAŞAR

**ULUSLARARASI ADALET DİVANİ DANIŞMA
GÖRÜŞLERİNDE YETKİ VE DEVLETİN SORUMLULUĞU
TARTIŞMASI** **1409-1441**

The Controversy on Jurisdiction and State Responsibility in the
Advisory Opinions of the International Court of Justice

Ali Osman KARAOĞLU

**ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN
UYARLANMASI** **1443-1480**

Adaptation of the Construction Contract in Return for Land Share

Gülistan AŞAN

ÖNALIM HAKKI VASİYETİ **1481-1513**

Testament of Preemption Right

İsmail ATAMULU

TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMLARININ TİCARİ DAVAYA VE DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA ETKİLERİ 1515-1560

Effect of Commercial Transactions and Consumer Transactions Concepts on Commercial Case and Mediation as a Cause of Action

Ebru TÜZEMEN ATİK

AİLE HAYATINA SAYGI VE AİLE HAYATININ KORUNMASI HAKKI BAĞLAMINDA ELE ALINAN BİRKAÇ KURUM ÜZERİNE İNCELEME 1561-1589

A Review on Few Institutions Taken in Context of The Right to Respect For Family Life And Protection of Family Life

Özlem USTA

VERĐİ KAAKILIĞI SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK 1591-1623

Active Repentance in Terms of the Offence of Tax Evasion

Gülden ŞİŞMAN – Şenel ŐARSIKOĐLU

DANIŞMA GÖRÜŞÜ BAŞVURUSU: İHAS'A EK 16 NO'LU PROTOKOL ÜZERİNE KAPSAMLI BİR DEĞERLENDİRME 1625-1666

Request for Advisory Opinion: A Comprehensive Analysis of ECHR Protocol 16

Hakan KOLÇAK – Ünal GENÇTÜRK

KARMA HÜKÜMETTEN DENETİM VE DENGeye ERKLER AYRILIĞI İLKESİ 1667-1704

The Principle of Separation of Powers From Mixed Government to Check and Balances

Aslan DELİCE

- İŞVERENE ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK
YAPMA HAKKI VEREN GENEL İŞLEM KOŞULU NİTELİĞİ
TAŞIYAN GÖNÜLLÜLÜK VE GERİ ALMA/DEĞİŞİKLİK
KAYITLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ** **1705-1752**
Evaluation of Reservation of Voluntary and
Revocation/Modification Which Give the Employer the Right to
Change Working Conditions
Nihat Seyhun ALP
- MALPRAKTİS DAVALARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ:
ÇİN HALK CUMHURİYETİ VE AMERİKA BİRLEŞİK
DEVLETLERİ ÖRNEĞİ** **1753-1777**
Arbitrability of Medical Malpractice Disputes:
Examples of The People's Republic of China and The United
States
Esra YILDIZ ÜSTÜN
- ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDA STAJYER
AVUKATIN CEZA MAHKEMESİNDEKİ TEMSİL YETKİSİ** **1779-1803**
Representation Power of Trainee Lawyer in Criminal Court
Under the Right to a Fair Trial
Raşit TAVUS
- KİRAYA VERENİN HAPİS HAKKI** **1805-1834**
Lessor's Right to Retention
Alper UYUMAZ – Eren SAVAŞAN

Araştırma Makaleleri
Research Articles

ÜST SINIR İPOTEĞİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK ANAPARA İPOTEĞİNİN SAĞLADIĞI GÜVENCENİN ALACAK BAKIMINDAN KAPSAMI

Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın ATAR*

Öz

İpotek hakkı, diğer aynı haklardan farklı olarak konusunu teşkil eden eşyaya değil de aslında onun teşkil ettiği değere dayalı bir haktır. Bu nedenle güvencenin alacak bakımından kapsamının tespiti aynı zamanda aynı haklardaki belirlilik ilkesiyle yakından bağlantılıdır. Güvencenin alacak bakımından kapsamı açı-sından anapara ve üst sınır olmak üzere iki türlü ipoteğin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Anapara ipoteğinin kapsamı TMK m. 875/I'de sınırlanmıştır. Üst sınır ipoteğinde ise bu sınırlama tapu kütüğüne tescil edilen tutardır. Üst sınır ipoteğinde kararlaştırılan ipotek bedeli, anaparanın yanı sıra yan alacakları da güvence altına alan bir üst sınır teşkil etmektedir. TMK m. 865/III, m. 867/II ve m. 876 çerçevesinde taşınmazın korunmasına yönelik önlemler için alacaklının yapmış olduğu giderler ise asıl ipoteğe ilişkin güvence kapsamında yer alma-maktadır. Tescile tabi olmadan kanundan doğan bu rehin hakları ipotek hakkına bağlı olmakla birlikte ondan ayrı ve farklıdır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kırklareli, Türkiye | Asst. Prof., Kırklareli University Faculty of Law, Department of Civil Law, Kırklareli, Turkey.

✉ erayaksinatar@klu.edu.tr • ORCID 0000-0002-8652-3843

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ATAR Eray Aksın, "Üst Sınır İpoteği İle Karşılaştırmalı Olarak Anapara İpoteğinin Sağladığı Güvencenin Alacak Bakımından Kapsamı", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 943-966.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Taşınmaz Rehni • İpotek • Anapara İpoteği • Üst Sınır İpoteği • İpoteğin Kapsamı

SCOPE OF LIABILITY OF THE GUARANTEE OF THE CAPITAL MORTGAGE COMPARED TO THE UPPER LIMIT MORTGAGE

Abstract

The right of mortgage, unlike other limited right in rem, is a right based on the value it constitutes, not on the goods that constitute its subject. For this reason, the determination of the scope of the assurance in terms of claims is also closely related to the principle of certainty in right in rem. It is accepted that there may be two types of mortgages, the capital and the upper limit. Scope of capital mortgage restricted in TMK Art. 875/I. In the upper limit mortgage, this limitation is the amount registered in the land registry. The mortgage price determined in the upper limit mortgage constitutes an upper limit that secures the side receivables as well as the principal. TMK Art. 865/III, 867/II and 876 the expenses incurred by the creditor for the measures to protect the real estate within the framework are not included in the scope of the guarantee regarding the principal mortgage. The-se rights arising from the law without being subject to registration on land re-gistry are dependent on the principal mortgage right, but are different from it.

Key Words

Hypothec • Mortgage • Scope of Hypothec • Capital Hypothec • Upper Limit Hypothec

GİRİŞ

Rehin hukuku açısından belirlilik ilkesinin konusunu güvence altına alınan alacağın ve güvence konusu taşınmazın belirlenmesi oluşturur. Taşınmazın ne miktar alacak için güvence teşkil ettiğinin tapuda belirlenmiş olması gerekir. Bu aynı zamanda rehin hukukundaki kamuya açıklık ilkesinin de bir sonucudur.

TMK m. 881/I'de yer alan "*Halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir.*" düzenlemesinde, miktarı belirli ya da belirsiz, doğmuş veya doğması muhtemel herhangi bir alacağın ipotekle teminat altına alınabileceğine yer verilmiştir. TMK m. 851/I'de ise "*Taşınmaz rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilir.*" şeklinde

bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu bu düzenlemeler rehin hukukundaki belirlilik ilkesinin bir görünümüdür. TMK m. 851 ve 852, güvence altına alınan alacağın kapsamının belirlenmesine ilişkin devamında gelen TMK m. 853 ise güvencenin konusunu teşkil eden taşınmazla dair bir hükümdür.

Diğer sınırlı ayni haklardan farklı olarak rehin hakkı, konusunu teşkil eden eşyaya değil de onun teşkil ettiği değere dayalı bir haktır. Bu nedenle güvencenin alacak bakımından kapsamının tespiti aynı zamanda aynı haklardaki belirlilik ilkesinin bir görünümünü oluşturmaktadır.

Güvencenin alacak bakımından kapsamının belirlenmesi, başlangıçta güvence altına alınan alacakta meydana gelen değişimlerin güvence bedeli üzerinde ortaya çıkardığı sonuçların tespiti bakımından önemlidir. Bunun yanı sıra güvencenin alacak bakımından kapsamının belirlenmesi, ileride ipotekli taşınmaz üzerinde daha alt sıralarda ipotek hakkı sahibi olacak kişiler için de önemlidir. İleride ipotekli taşınmazın el değiştirmesi sonucu mülkiyet hakkı kazanacak kişiler için güvence altına alınan alacağın miktar olarak belirlenmesi önemlidir. Elbette taşınmaz malikinin adi alacaklıları da rehinli alacaklıların taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda elde edilecek meblağda ne miktarda öncelik hakkına sahip olduğunu bilmekte menfaat sahibidirler. Dolayısıyla adi alacaklılar için de ipoteğin alacak bakımından kapsamının belirlenmesi önemlidir.

I. GENEL OLARAK

Kanunun sistematik yapısına uygun bir biçimde öğretilen güvencenin alacak bakımından kapsamı açısından iki türlü ipoteğin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. İpotek hakkının sağladığı güvencenin alacak bakımından kapsamının belirlenmesi ipotek hakkının türüne göre farklılık arz etmektedir.

İpotekle güvence altına alınacak olan doğmuş bir alacağın tutarının belirli olması halinde taraflar, alacağın ne kadarlık bir kısmının ipotekle güvence altına alınabileceğine kendi aralarında karar verebilirler ve bu tutarın tapu kütüğüne tescil edilmesini talep edebilirler. Taşınmaz malikinin, taşınmazın değeriyle sorumlu olacağı doğmuş ve tutarı belirli olan bir alacağın güvence altına alındığı ipotek türü anapara ipoteğidir.

Anapara ipoteğinde belirlenen alacak tutarı, anapara alacağı için üst sınır teşkil ederken, yan alacaklar bakımından bir sınır söz konusu değildir¹.

Tarafların ipotekle güvence altına alınacak henüz doğmamış veya doğmuş olmakla birlikte tutarı belirli olmayan ya da tutarı belirli olmakla birlikte ileride değişmesi kuvvetle muhtemel bir alacağın, alacaklının tüm talepleri için ne kadarlık bir tutara kadar güvence teşkil edeceğini kararlaştırdıkları ipotek türü ise üst sınır ipoteğidir. Üst sınır ipoteğinde tapu kütüğüne tescil edilen tutar, anaparanın yanı sıra yan alacakları da güvence altına alan bir üst sınır teşkil etmektedir. Özellikle paradan başka bir şey verme, yapma ve yapmama borçlarının güvence altına alındığı durumlarda da ipotekle güvence altına alınan alacaklının borcun ifa edilmemesi halinde para olarak isteyebileceği tazminat alacağı tutarı için üst sınır ipoteği tesis edilecektir². Üst sınır ipoteği çoğunlukla belirli olmayan gelecekte doğması muhtemel alacaklar için örneğin cari hesap ilişkilerinde, volatilitesi yüksek borçlanmalarda, paradan başka bir şey verme, yapma ve yapmama borçlarında güvence oluşturmayı sağlar³. Yukarıda da bahsettiğimiz belirlilik ilkesinin bir sonucu olan

¹ GÜLEKLİ Yeşim, İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, İstanbul, 1992, s. 65; SEROZAN Rona, "Taşınmaz Rehni, İÜHFİM, C. LXIV, Sa. 2, 2006, s. 316; AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, Eşya Hukuku, İstanbul, 2018, s. 756; ÜNLÜTEPE Mustafa, "İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı", TBB Dergisi, Sa. 102, 2012, s. 176; DÜRR David, ZK - Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr. IV/2b, Art. 793-804 ZGB, (Hrsg. GAUCH Peter/SCHMID Jörg), Zürich, 2009, ZGB 794 N. 1, 3; SCHMID-TSCHIRREN Christina, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, (Hrsg. HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas), Basel, 2019, ZGB 794 N. 2; THIER Andreas, KUKO-Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. BÜCHLER Andrea/JAKOB Dominique), Basel, 2018, ZGB 794 N 1; KUNTALP Erden, Ana Para ve Üst Sınır İpoteği, Ankara, 1989, s. 1; HELVACI İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul, 2008, s. 142; ÇETİNER Bilgehan, Taşınmaz Teminatı, İstanbul, 2015, s. 144; AKÇAAL Mehmet, Eşya Hukuku, Ankara, 2021, s. 670.

² HELVACI, s. 142, 145.

³ Temel borç ilişkisinin belirlendiği ancak borç tutarının miktar olarak henüz belirlenmediği durumlarda üst sınır ipoteği kurulabileceği gibi ileride herhangi bir borcun doğup doğmayacağına belirli olmadığı örneğin bir sözleşmenin ihlali durumunda ortaya çıkacak tazminat tutarının da üst sınır ipoteğiyle güvence altına alınması mümkündür. Ancak temel borç ilişkisinin belirli olmadığı durumlarda ge-

TMK m. 851/I'de yer alan düzenleme üst sınır ipoteği ile aşılabilmektedir⁴. Kanunda sayılı durumlar haricinde yabancı para üzerinden ipotek

lecekte ortaya çıkacak tüm alacaklar için üst sınır ipoteği tesis edilmesi kişilik hakkının sınırlandırılmasına sebebiyet verebilir. Güvencenin alacak bakımından kapsamı çok geniş ve ucu açık bir şekilde belirlenirse rehin veren kişi nihayetinde rehin konusu eşyayı rehinden kurtaramayacak her zaman rehin hakkı sahibine karşı bir yükümlülük altında kalmaya devam edecek bu durumda kişilik hakkının ihlaline sebebiyet verecektir. Taraflar arasında rehin sözleşmesi kurulduğu sırada yeterli açıklığın sağlanması halinde özellikle güvence altına alınan alacağın dayandığı hukuki sebebe ipotek sözleşmesinde yer verilmesi durumunda kişilik hakkı ihlali oluşmayacaktır. FASEL Urs, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Band 3, (Hrsg. BREITSCHMID Peter /JUNGO Alexandra), Zürich - Basel - Genf, 2016, ZGB 794 N 5; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 794 N 4; ZK-DÜRR, ZGB 794 N. 88 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'ne konu olan bir olayda SBG (İsviçre Bankası) ile müşterilerden Borçlu (B) arasında yapılan sözleşmede SBG lehine 1.680.000 CHF tutarında üst sınır ipoteği kurulmuştur. Mahkeme, ZGB Art. 824 (1) uyarınca ipotek hakkının mevcut veya gelecekte doğması muhtemel alacakları güvence altına almak için kurulabileceğini ve ZGB Art. 882 (1)'de de miktarı belirli olmayan veya değişebilen alacakların da güvence altına alınabileceğinin düzenlendiğini belirtmiştir. Bankanın, müşterisine karşı gelecekte gerçekleşmesi muhtemel, olası tüm sonuçlarda ortaya çıkabilecek alacağı üst sınır ipoteği ile güvence altına alması bir kredi ilişkisini güvence altına almanın ötesine geçmektedir. Bu tarz bir güvence belirlenmesi halinde rehin verenin, rehne konu eşya ile ilgili hesabı mümkün olmayan bir yük altına girdiği anlaşıldığından böyle bir taahhüdün ZGB art. 27 gereğince geçersiz olduğu kabul edilmelidir. BGE 108 II 47, 49 E 2. Benzer yönde diğer bir karar için bkz. BGE 106 II 257, 263 E 4, 5. Mahkeme bahse konu bu kararında şu hususa dikkat çekmektedir; bankanın ileride doğması muhtemel tüm alacakları için müşterinin maliki olduğu eşya üzerinde rehin hakkına sahip olması üst sınır ipoteği çerçevesinde mümkündür. Ancak böyle bir durumda üst sınır ipoteğinin sağladığı güvence banka ile müşteri arasındaki ticari işlemlerden kaynaklanan talepler için geçerlidir. Benzer yönde diğer bir karar için bkz. BGE 120 II 35, 38 E 3. Yargıtay'ın aksi yönde vermiş olduğu kararlar için bkz. Y., 19. HD., E. 2004/12369, K. 2004/12988, T. 23.12.2004, "... Davacı bankanın ipoteğinin paraya çevrilmesi yolu ile yaptığı takibin dayanağı olan ipotek akit tablosunda, borçlu Ümit Yazan'ın bankaya doğmuş ve doğacak tüm borçlarının 7.000.000.000 TL. sına kadar olan kısmının ipotek konusu taşınmazın bedeliyle teminat altına alındığı yazılıdır. Bu ibare, davacı ipoteğinin üst sınır ipoteği olduğunu göstermektedir. Anılan ipotek türünde alacaklı, temel ilişki nedeniyle alacağı hangi miktara ulaşırsa ulaşsın, taşınmazın bedelinden en çok ipotek üst sınırı kadar faydalanabilecektir..."; Y., 12. HD., E. 2010/25840, K. 2010/26725, T. 11.11.2010 "... Takip dayanağı ipotek akit tablosunun incelenmesinde; borçlu adına kayıtlı taşınmazın S...İnşaat Şti. ve Tic. Ltd. Şti. 'nin doğmuş ve doğacak tüm kredilerin teminatını teşkil etmek üzere 160.000.000.000 TL (Yüzaltmış milyar) limit ipoteği biçiminde kurulduğu görülmüştür...", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t.: (09.09.2020).

⁴ Belirlilik ilkesi aynı hakların ayrı bir varlık teşkil edebilen sınırları belirli eşyalar üzerinde kurulabileceğine dair eşya hukukunun genel ilkelerinden biridir. Rehlin

kurulması mümkün görülmemiştir. Ancak taraflar özellikle günümüz ekonomik koşullarında diğer para birimlerine ya da emtia fiyatlarına karşı volatilitesi yüksek olan Türk Lirası ile borç altına girmek ya da alacaklı olmak istemeyebilir. Taraflar alacaklı veya borçluyu para değerindeki değişimlere karşı koruyabilmek için sözleşmeye bir değer kaydı ekleyebilirler. İşte bu tür alacaklar için kurulacak ipotek türü de üst sınır ipoteği olacaktır. Değer kaydına tabi bir alacak söz konusu olduğunda alacağın vade tarihinde Türk Lirası cinsinden ifade edilecek miktarı henüz belli olmadığından parada yaşanabilecek tahmini değişim oranı göz önünde bulundurularak belirli bir marj bırakılır ve tapuda rehin yükü Türk Lirası cinsinden üst sınır belirlenmek suretiyle kurulur⁵. Üst sınır ipoteğinde alacaklının, rehinin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedel üzerinde talep edebileceği miktar tapu kütüğüne tescil edilen yük miktarını aşamayacaktır. Tapu kütüğüne tescil edilen yük miktarı alacaklının alacak talepleri için bir üst sınır teşkil etmektedir. Tapu kütüğünde yer verilen bu üst sınır ileride taşınmaz üzerinde hak sahibi olacak kişilerin korunmasını sağlayarak belirlilik ilkesinin gerçekleşmesini sağlar. Üst sınır ipoteğinde tapu kütüğüne tescil edilen yük miktarını aşan kısım adi alacak niteliğindedir ve rehinle güvence altına alınan alacak hakkında zamanaşımının işlemeyeceği TMK m. 864 düzenlemesi, yük miktarını aşan kısım için uygulama alanı bulmaz⁶.

İpotek sözleşmesinde anapara ya da üst sınır ipoteğinden hangisinin kararlaştırıldığı tespit edilemediği durumlarda sözleşme hükümlerinin yorumu ile bunlardan hangisinin kurulmak istendiği belirlenebilir. Özellikle belirli bir faiz oranının kararlaştırılması ya da faizsiz ibaresine yer verilmesi durumunda anapara ipoteğinin kurulmak istendiği sonucuna varılabilecekken faizle ilgili herhangi bir ibareye yer verilmesi durumunda üst sınır ipoteğinin kurulmak istendiği sonucuna varı-

hukukunda belirlilik ilkesi de taşınmaz rehninde rehin kurulurken, rehin konusu olan eşyanın belirlenmesine yönelik bir ilkedir. Rehin hukukunda belirlilik ilkesinin diğer bir görünümü de rehinle güvence altına alınan alacağın kapsamının belirlenmesidir. ANTALYA Gökhan, MHY Eşya Hukuku: C. IV/I, Giriş, Temel Kavramlar ve İlkeler, (Ed. ANTALYA Gökhan), Ankara, 2019, N. 516.

⁵ GÜLEKLİ, s. 66; ZK-DÜRR, ZGB 794 N. 16.

⁶ ACAR Faruk, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, 2017, § 6, N. 331; ÜNLÜTEPE, s. 207.

labilecektir. İpotek sözleşmesinde kararlaştırılan ipotek bedelinin alacak miktarından fazla olduğu durumlarda da üst sınır ipoteği kararlaştırıldığı düşünülebilir⁷.

Anapara ipoteği ve üst sınır ipoteğinin birbirine dönüştürülmesi hukuken mümkündür. Anapara ipoteği, üst sınır ipoteğine dönüştürülecek ve tapuda tescil edilmiş tutarda değişiklik yapılmayacaksa faiz ve giderlerin güvence kapsamında çıkıyor oluşu teminat yükünü azaltacağından ipotek alacaklısı herhangi bir şekilde ve rızaya tabi olmadan bu dönüşümü gerçekleştirebilir. Anapara ipoteği, üst sınır ipoteğine dönüştürülecek ve tapuda tescil edilmiş tutar artırılabilecekse ya da üst sınır ipoteği anapara ipoteğine dönüştürülecekse ipotek alacaklısı ancak resmi şekilde tabi bir anlaşmayla ve sonradan gelen ipotek alacaklarının rızasını alarak bu dönüşümü gerçekleştirebilir⁸.

II. ANAPARA İPOTEĞİNİN GÜVENCE ALTINA ALDIĞI ALACAKLAR

Anapara ipoteğinde güvence kapsamında nelerin yer aldığı TMK m. 875/I'de "*Taşınmaz rehninin alacaklıya sağladığı güvencenin kapsamına şunlar girer: 1. Ana para, 2. Takip giderleri ve gecikme faizi, 3. İflasın açıldığı veya rehlin paraya çevrilmesinin istendiği tarihe kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz.*" şeklinde sınırlı olarak sayılmıştır⁹.

Üst sınır ipoteğinin sağladığı güvencenin alacak bakımından nele-ri kapsadığı ise TMK m. 851/I'de "*... Alacağın miktarının belli olmaması halinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence*

⁷ ALTOP, s. 37; ÇETİNER, s. 174; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 794 N 7; CHK-FASEL, ZGB 794 N 2; KUKO-THIER, ZGB 794 N 4.

⁸ BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 794 N 10; KUKO-THIER, ZGB 794 N 4; ÇETİNER, s. 173; GÜLEKLİ, s. 98; ZK-DÜRR, ZGB 794 N. 42, 108; CHK-FASEL, ZGB 794 N 3; BGE 110 II 37, 41 E 4a.

⁹ ALTOP Atila, "4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği-Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayrımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları", MHB, C. 19, Sa. 1-2, 1999, s. 13; SİRMEN Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2021, s. 676; SARI Suat, "Taşınmaz Rehinde Belirlilik İlkesi", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 967; GÖNEN Doruk, "Anapara ve Üst Sınır İpoteği Kavramları", Legal Hukuk Dergisi, C. 2, Sa. 16, 2004, s. 1008; SE-ROZAN, s. 316.

altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir.” hükmünde düzenleme altına alınmıştır. Üst sınır ipoteği çoğunlukla belirsiz alacaklar için kurulurken, hâlihazırda mevcut belirli bir alacağı güvence altına almak için de üst sınır ipoteği kurulmasında sakınca bulunmamaktadır. Ancak belirsiz bir alacağı güvence altına almak için anapara ipoteği kurulması mümkün değildir. Doğmuş ya da doğması muhtemel bir alacağı güvence altına almak için kurulan üst sınır ipoteğinde anapara ipoteği kapsamında sayılı hususların üst sınır ipoteğinin de kapsamında da yer alabilmesi için bunların anapara ipoteğinden farklı olarak tapu kütüğüne tescil edilen yük miktarı sınırının altında olması gerekmektedir¹⁰. Üst sınır ipoteğinde ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen meblağ tapuda tescil edilmiş yük miktarını aşan kısmı karşılamaya yetse bile üst sınırı aşan kısım adi alacak olarak kabul edilmeli ve güvence kapsamına dâhil edilmemelidir¹¹.

TMK m. 875’te yer alan düzenleme, TMK m. 873 ve 874’le birlikte rehnin paraya çevrilmesinin ortaya koyacağı hukuki sonuca ilişkindir. TMK m. 875’e ek olarak öğretinin büyük çoğunluğu tarafından TMK m. 876’da yer verilen zorunlu masrafların da rehnin genişlemesi suretiyle güvence kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir¹².

¹⁰ DÜRR David/ZOLLINGER Daniel, ZK - Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr. IV/2b/2, Art. 805-823 ZGB, (Hrsg. SCHMID Jörg), Zürich, 2013, ZGB 819 N. 14; ZK-DÜRR, ZGB 794 N. 79; SEROZAN, s. 316.

¹¹ ÜNLÜTEPE, s. 209; HELVACI, s. 157.

¹² ZK-DÜRR, ZGB 794 N. 22; CHK-FASEL, ZGB 818 N. 4; SİRMEN, s. 677; ACAR, §6, N. 329; ALTOP, s. 13; ÜNLÜTEPE, s. 179; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 759; AKÇAAL, s. 689; GÖNEN, s. 1010. *Helvacı*, ipotek alacaklısının taşınmazın değerini korumak için zorunlu masraflar yapması sonucunda ortaya çıkan bu alacak hakkını vekâletsiz iş görmeye dayalı doğrudan doğruya kanundan kaynaklı bir alacak hakkı olarak nitelendirmektedir. HELVACI, s. 146, 156; GÜLEKLİ, s. 93. *Helvacı*, aynı eserinde taşınmazın korunması için yapılan zorunlu masraflar bakımından alacaklının asıl ipotekten ayrı, tescile tabi olmayan bir kanuni ipotek hakkına sahip olduğunu da ifade etmekte ve üst sınır ipoteğinde tapu kütüğüne tescil edilen yük miktarının, ipotek alacaklısının TMK m. 876 çerçevesinde yaptığı zorunlu masraflar bakımından üst sınır teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir. HELVACI, s. 158. *Çetimer* ise savunduğu görüş doğrultusunda bu giderlerin, anapara ipoteğinde bir tür yan alacak olarak, üst sınır ipoteğinde ise ancak tescil edilen yük miktarı üst sınırı içinde kalmak kaydıyla güvence kapsamında yer alabileceğini ifade etmektedir. ÇETİNER, s. 160. Öğretide diğer bir görüş ise TMK m. 876’nun yanı sıra TMK m. 865/III

Kanaatimizce TMK m. 875/I'de anapara ipoteğinde güvencenin kapsamında yer alanlar sınırlı sayı ilkesine tabi olarak sayılmıştır. TMK m. 876'da "*zorunlu masrafların güvencesi*" başlığı altında yer alan "*Alacaklı, rehinli taşınmazın korunması için zorunlu masraf yapmışsa ve özellikle malikin borçlu olduğu sigorta primlerini ödemişse, bundan doğan alacakları tescile gerek olmaksızın aynen rehinli alacağı gibi güvenceden yararlanır.*" düzenlemesi tescile tabi olmadan doğan, ipotek hakkına bağlı nitelikte olan ama ondan farklı ve ayrı bir kanuni rehin hakkını düzenlemektedir.

Öğretide, TMK m. 876'da yer verilen zorunlu masraflara ilişkin düzenlemenin TMK m. 875'in devamı niteliğinde olduğu ve Kanunun sistematik yapısının da bu sonuca uygun olduğu söylenmektedir¹³. Kanaatimizce, zorunlu masrafların güvence altına alınmasına ilişkin hükmün TMK m. 875'in peşi sıra gelmesinin sebebi onu tamamlayan bir hüküm olmasından ziyade bir bütün olarak TMK m. 873, 874 ve 875 ile birlikte rehnin paraya çevrilmesi sırasında her bir alacaklının satış gelirden elde edeceği alacağın belirlenmesinin sağlanmasıdır¹⁴.

TMK m. 876'da yer verilen düzenleme TMK m. 865/III ve 867/II'ye benzer niteliktedir. Ancak TMK m. 865 vd. yer alan düzenlemeler taşınmazda gerçekleşmesi muhtemel veya gerçekleşmiş değer düşmesi tehlikelerine karşı taşınmazın korunmasını sağlamaya yönelik düzenlemeler olduğundan 1. "*Değer düşmelerine karşı*" başlığı altında yer almıştır. TMK m. 876'da yer alan düzenleme ise değer düşmesine yönelik herhangi bir tehlike tehdidi olmasa dahi taşınmazın korunmasına yönelik yapılan giderlerin güvence altına alınmasına ilişkindir. Hem TMK m. 876'da hem de TMK m. 865 vd. yer alan düzenlemeler neticesinde ortaya çıkan alacak talepleri yan alacaklara ilişkindir. Ancak bu yan alacaklar anapara ipoteğinin kapsamında doğrudan asıl ipotekle güvence altına alınan alacağın bir parçası değildir¹⁵. TMK m. 875'te anapara ipoteğinin güvence altına aldığı alacaklar sınırlı olarak sayılmıştır ve bahse konu

ve 867/II çerçevesinde yer alan taşınmazın korunmasına yönelik önlemler için alacaklının yapmış olduğu giderlerin de güvence kapsamında yer aldığını kabul etmektedir. BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 818 N 2.

¹³ ÇETİNER, s. 160; ACAR, § 6, N. 330.

¹⁴ ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 819 N. 1.

¹⁵ ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 818 N. 13; KUKO-THIER, ZGB 819 N. 1.

bu yan alacaklara burada yer verilmemiştir. Dolayısıyla TMK m. 865/III, 867/II ve 876'da öngörülen kanuni rehin haklarının her biri yan alacaklara ilişkindir ancak bunlar ipotekle güvence altına alınan alacağın bir parçası değil ondan *"ayrı"* ve ona *"paralel"* nitelikte farklı birer rehin hakkıyla güvence altına alınmıştır¹⁶.

Kanaatimizce TMK m. 876'da yer alan zorunlu masrafların anapara ipoteği kapsamında güvence altında olması halinde söz konusu bu giderlerin üst sınır ipoteğinde tapu kütüğüne tescil edilen yük miktarını aşması halinde talep edilememesi sonucu ortaya çıkar¹⁷. Madde metninde kullanılan *"aynen rehinli alacağı gibi"* ifadesinin lafzi yorumu da bizi bu sonuca götürmektedir. Oysa kanaatimizce burada ifade edilmek istenen husus söz konusu bu kanuni rehin hakkının bağlı olduğu asıl ipotekteki sıranın, kanuni rehin hakkı için de geçerli olacaktır.

Alacaklı, anapara ipoteğinde rehnin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedel üzerinden zorunlu masraflara ilişkin yapmış olduğu gideri sahip olduğu ipotek hakkıyla aynı sırada kanuni rehin hakkı güvencesine dayanarak talep edebilecektir¹⁸.

¹⁶ OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021, N. 3367; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 818 N. 13; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 808 N. 70; KUKO-THIER, ZGB 819 N. 1. Aksi yönde görüş için bkz. ÇETİNER, s. 160; HELVACI, s. 15; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 818 N. 2.

¹⁷ Aksi yönde görüş için bkz. ACAR, § 6, N. 335; GÜLEKLİ, s. 100; ÜNLÜTEPE, s. 209; SİRMEN, s. 680.

¹⁸ Kanaatimizce, ipotek alacaklısının yapacağı bu giderler taşınmaz üzerinde diğer alacaklıların da lehine sonuçlar doğurduğundan İsviçre'de yer alan düzenleme olduğu gibi söz konusu bu kanuni rehin hakkı, diğer rehin haklarına nazaran öncelikli hale getirilmelidir. İsviçre Medeni Kanunu'nda 2012 yılında gerçekleştirilen revizyon neticesinde ZGB art. 819'da yer alan kanuni rehin hakkı diğer rehin haklarına nazaran öncelikli hale gelmiştir ve yine aynı revizyonda hükmün son fıkrasına rehin yükünün 1000 İsviçre Frangını aşması durumunda önlemlerin alınmasının nihayete ermesinden itibaren kanunun aradığı süre olan dört ay içerisinde tapu kütüğüne tescil edilmeyen bu rehin hakkı tapu kütüğüne güvenen iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir. Benzer bir düzenlemeye diğer kanuni rehin hakları olan ZGB Art. 808 ve 810'da da yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla ZGB Art. 819 revizyon sonrası diğer kanuni rehin hakları olan 808 ve 810'un devamı niteliğinde onlara büyük ölçüde benzer bir hüküm haline getirilmiştir. Buna karşın ZGB Art. 819 ve 808/810 arasındaki taşınmaza yönelik değer düşmesinin gerçekleşmesi ya da böyle bir tehlikenin mevcut olması şartı revizyon sonrasında da bu kanuni rehin hakları arasındaki temel farkı teşkil etmeye devam etmektedir.

Alacaklının TMK m. 876'da yer alan kanuni rehin hakkı kapsamında talep edebileceği alacak, üst sınır ipoteğinde de tapu kütüğüne tescil edilen yük miktarıyla sınırlı değildir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere TMK m. 876'da yer alan asıl ipotekten ayrı bu kanuni ipotek hakkının sağladığı güvence, anapara için tesis edilmiş üst sınır ipoteği ile belirlenen azami meblağ ile sınırlı değildir¹⁹. Alacaklı üst sınır ipoteğinde de zorunlu masraflara ilişkin yapmış olduğu gideri üst sınırı aşıyor olsa dahi rehnin paraya çevrilmesi sonucu elde edilen bedel üzerinden sahip olduğu asıl ipotek hakkıyla aynı sırada talep edebilecektir.

A. Anapara Alacağı

Anapara ipoteğinde güvence kapsamında yer alan ilk kalem anapara alacağıdır. TMK m. 875/I/b.1'de yer verilen anapara alacağı, tapu kütüğüne tescil edilen ipotek yükünün sınırları içinde kalmak şartıyla, alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesini talep ettiği ya da iflasın açıldığı andaki alacağıdır. Anapara alacağının hukuki dayanağı çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu dayanak çoğu zaman bir kredi sözleşmesinden kaynaklı olabileceği gibi TBK m. 17 kapsamında soyut borç tanınmasından dahi ileri gelebilir²⁰. Anapara alacağı olarak tapu kütüğüne tescil edilen ipotek bedeli miktarı, belirlenen üst sınır kapsamında yer alması koşuluyla üst sınır ipoteğinde de güvence kapsamındadır. Teminat altına alınan alacağın konusu para olmak zorunda da değildir. Yapma, yapmama ya da para dışında verme borcunun ipotekle güvence altına alındığı hallerde ipotek, borcun yerine getirilmemesi sonucu ortaya çıkacak tazminat miktarı için kurulmaktadır²¹.

ATAR Eray Aksın, Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkında Güvencenin, Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması, İstanbul, 2021, s. 105; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 819 N. 1.

¹⁹ Öğretide bazı yazarlar, TMK m. 876'da yer alan zorunlu masraflara ilişkin alacakları her ne kadar anapara ipoteğinde güvence altına alınan yan alacaklardan biri olarak kabul etseler de üst sınır ipoteğinde de zorunlu masraflara ilişkin alacağın tapu kütüğüne tescil edilen yük miktarıyla sınırlı olmayacağını ifade etmektedirler. CHK-FASEL, ZGB 818 N. 3; HELVACI, s. 158; GÜLEKLİ, s. 100.

²⁰ GÜRİSOY Kemal Tahir/EREN Fikret/CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 964; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 818 N. 17

²¹ SARI, s. 968.

Anapara alacağının zaman içerisinde artması, azalması ya da sona ermesi mümkündür. Ancak anapara alacağı her ne kadar ipotekle güvence altına alınmış olsa da alacaklı alacağın varlığını ve tutarını ispat etmekle yükümlüdür. Alacaklı, anapara alacağının tapu kütüğüne yazılan miktardan fazla olduğunu ispat etse dahi tapu kütüğüne tescil edilen alacak miktarından fazlası güvenceye dâhil olmayacaktır. Anapara alacağı zaman içerisindeki değişimler sonucunda tapu kütüğüne tescil edilen ipotek yükünden az da olabilir. Bu durumda da alacaklı, hâlihazırda var olduğunu ispat ettiği alacağı ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe koyabilir. İpoteğin, alacağın belirli bir kısmını güvence altına aldığı durumlarda borçlu, yaptığı kısmi ifanın ipotekle güvence altına alınmış kısmına sayılmasını TBK m. 100 gereğince talep edemez. TMK m. 864 gereğince tapu kütüğüne tescil edilen alacak için zamanaşımı işlemez²².

Zaman içerisinde değişen alacak miktarı sebebiyle sona eren ipoteğin tapu kütüğünde güncellenmesi zorunlu değildir. Alacak tapu dışı tanımlanan bir unsur olduğundan alacağa bağlı olarak sona eren ipoteğin iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından kazanılması halinde yolsuz tapu kaydına güven korunmamaktadır²³.

B. Takip Giderleri ve Gecikme Faizi

1. Takip Giderleri

Anapara ipoteğinde güvence kapsamında yer alan ikinci kalem, takip giderleri ve gecikme faizidir. TMK m. 875/I/b.2’de yer verilen takip giderleri, İİK 149 vd. hükümlerine göre icra takibinin sonuçlanması için yapılan icra harç ve icra organlarının icra takibini gereği gibi yürütebilmek için yaptıkları giderlerdir. Üst sınırı aşmamak kaydıyla dava ve takip giderleri ile faiz gibi yan alacaklar da üst sınır ipoteği kapsamında

²² SİRMEN, s. 676; AKÇAAL, s. 689; ACAR, § 6, N. 298; ÜNLÜTEPE, s. 180; HELVAÇI, s. 147; ÇETİNER, s. 146; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 818 N 3; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 818 N. 17; CHK-FASEL, ZGB 818 N. 3; KUKO-THIER, ZGB 818 N 1. Y. 14. HD., E. 2005/10091, K. 2006/3931, T. 04.04.2006, “... bir alacağı temin etmek üzere konulan ipotek, alacağın varlığını belgelemez. Alacak, ipotekten bağımsızdır. Alacağın doğumu, muaccel olması veya son bulması kendi özel kurallarına tabidir. ...”, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t.: (09.09.2020).

²³ SİRMEN, s. 677; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 818 N. 20; ÇETİNER, s. 146; BGE 88 II 422, 425.

da güvenceye dâhildir. Takip giderleri kanun gereği güvence kapsamında yer aldığından ayrıca tapuda tescil edilmesi gerekmez²⁴.

Takip giderlerinin kapsamına en başta icra harçları girmektedir²⁵. İcra harçlarının bedeli İİK m. 15/I uyarınca 492 sayılı Harçlar Kanunu'na göre belirlenir. Söz konusu düzenleme uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça bütün harç ve masraflar borçluya aittir. İcra harçları olarak maktu başvuru harcı, ilamsız icrada alınan peşin harç, takip sonucunda alınan tahsil harcı ve icra dairesi dışında icra mahkemesine başvurulmuşsa alınan başvuru, karar ve ilam harcı sayılabilir²⁶.

Harçların yanı sıra takip giderlerinin diğer kısmını ise icra giderleri teşkil eder. İcra giderleri, satış ve ilan masrafları, paylaşırma, posta, bilirkişi, yol giderleri gibi icra organlarının icra takibine ilişkin hizmetlerine karşılık belirli kişilere ödediği ücretlerdir. İcra giderlerinden, bir takibin avukat aracılığıyla yapılması durumunda ayrıca Avukatlık Ücret Tarifesi üzerinden hesaplanacak vekâlet ücreti de takip gideri olarak kabul edilecektir. Bilirkişilik Asgari Ücret Tarifesi ya da Avukatlık Ücret Tarifesinde belirlenen tutarlar üzerinde bir ücret kararlaştırılması durumunda tarifeyi aşan giderler güvence kapsamında yer almayacaktır. İleride cebri icraya sebebiyet verse de konusunu maddi hukuk meselelerinin teşkil ettiği bir davaya ilişkin yargılama giderleri ile yargılama dışı ihtar, ihbar veya fesih bildiri masrafları için alacaklı güvenceden yararlanamayacaktır. Keza, cezaevi harcı ve iflas halinde İİK m. 236/II gereğince vaktinde deftere kaydettirilmeyen alacaklar sebebiyle geç kalmadan ileri gelen masraflar gibi kanunun alacaklıya yüklemiş olduğu giderler de anapara ipoteği kapsamında yer almamaktadır²⁷.

²⁴ SİRMEN, s. 677; AKÇAAL, s. 690. Alacaklı takibi sonuçlandırmadan kendi isteğiyle sona erdirirse, borçlu takip giderlerinden sorumlu tutulamayacaktır. GÖNEN, s. 1008.

²⁵ İcra harcı, devletin, icra hukukundaki faaliyetine karşılık olmak üzere aldığı paradır. KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017, s. 47; YILDIRIM Kamil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2016, s. 60.

²⁶ KURU, s. 47; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 60; GÖNEN, s. 1008.

²⁷ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 964; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 758; ACAR, § 6, N. 314; HELVACI, s. 148; ÇETİNER, s. 146, 147; ÜNLÜTEPE, s. 182; GÖNEN, s. 1008; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 818 N. 26; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 818 N 7; BGE 103 III 44, 45 E. 1.

Öğretide bir görüşe göre takip giderleri yanı sıra tüm dava masraflarının da güvence kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle takip nedeniyle icra mahkemesinde görülen davalarda yapılan giderler güvence kapsamında kabul edilmeliyken genel mahkemelerde açılacak olan davalar için yapılan giderler güvence kapsamı dışında tutulmalıdır²⁸. İcra inkâr tazminatının taraflarca açıkça kararlaştırılmadığı takdirde takip gideri olarak kabul edilemeyeceği öğretisi ve uygulamada kabul edilmektedir²⁹.

Öğretide yer alan bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise ipotek konusu taşınmazın kapsamının belirlenmesine, ipotek konusu alacağın ya da ipotek hakkının varlığının tespitine ilişkin ortaya çıkabilecek itilafları çözüme kavuşturmaya ve ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesini sağlamaya yönelik açılacak davalara ilişkin masraflar da takip masrafları olarak kabul edilmeli ve güvenceden yararlanmalıdır³⁰.

2. Gecikme Faizi

Güvence kapsamında TMK m. 875/I/b.2'de yer verilen diğer bir husus gecikme faizidir. Gecikme faizinden anlaşılması gereken ise temerrüt faizidir³¹. Borçlu, ipotekle güvence altına alınan para borcunu zamanında uygun bir şekilde ifa edememesi durumunda temerrüde düşecek ve temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır³².

²⁸ ACAR, § 6, N. 315; ÇETİNER, s. 148; ÜNLÜTEPE, s. 182.

²⁹ ÜNLÜTEPE, s. 206; HELVACI, s. 154; ÇETİNER, s. 170; GÜLEKLİ, s. 99; Y. 12. HD., E. 2013/5953, K. 2013/14638, T. 16.04.2013, " ... İleride gerçekleşecek veya gerçekleşmesi muhtemel olan bir alacağın teminatı olarak tesis edilen ve M.K.nun 851 ve 881. maddelerinde ifadesini bulan azami meblağ ipoteğinde (üst sınır ipoteği) borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan taşınmazların ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosundaki limitle sınırlanabilir. M.K.nun 875.maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan ana borç, faiz, icra takip giderleri ve taraflarca kararlaştırılan eklentilerden oluşan toplam borç miktarının bu limiti aşması mümkün değildir. Ancak icra inkâr tazminatı, ana borç, faiz, icra takip gideri ve taraflarca kararlaştırılan eklentilerden olmadığından üst sınır ipoteği teminatı kapsamında değildir. ...", Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, e.t.:(09.09.2020).

³⁰ SARI, s. 971; ALTOP, s. 15; CHK-FASEL, ZGB 818 N 6.

³¹ ÜNLÜTEPE, s. 188; HELVACI, s. 149.

³² Temerrüt faizi kural olarak temerrüt anından itibaren işlemeye başlayarak taşınmazın paraya çevrildiği ana kadar devam eder. TMK m. 875/I/b.3'te anapara faizi için öngörülen üç yıllık süre sınırı temerrüt faizinin hesaplanması için öngörülmemiştir. Öğretide bir görüş, üç yıllık süre sınırlamasının ipoteğin kapsamına giren temerrüt

Temerrüt faizinin 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümleri çerçevesinde belirlendiği durumlarda temerrüt faizi oranının ayrıca tapu kütüğüne tescil edilmesine gerek yoktur. Bu durumda temerrüt faizi kendiliğinden ipoteğin kapsamı içerisinde yer alacaktır³³. Tarafların 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerinde belirlenen kanuni temerrüt faizi oranı üzerinde bir faiz oranı kararlaştırmaları halinde ise kanuni faiz oranı üzerinde kararlaştırılan kısım ipoteğin kapsamına kural olarak dâhil olmayacak yalnızca kanuni temerrüt faizi üzerinden hesaplanacak temerrüt faizi tutarı ipoteğin sağladığı güvenceye dâhil olacaktır. Ancak kanuni temerrüt faizi üzerindeki oranın tapu kütüğüne tescil edilmesi durumunda bu oran üzerinden hesaplanacak temerrüt faizi tutarı da TMK m. 875/I/b.3'te öngörülen süre sınırlaması çerçevesinde ipoteğin sağladığı güvenceden yararlanabilecektir³⁴.

İpoteğin, tapu kütüğünde faizsiz olduğuna dair kayıt düşülmesi durumunda dahi temerrüdün gerçekleşmesi ile alacaklının temerrüt

faizlerinin hesaplanmasında da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Özellikle alacaklının uzun bir süre takip talebinde bulunmamasından dolayı taşınmazın paraya çevrilme anının gecikmesi ve temerrüt faizi tutarının tapuda kayıtlı anapara alacağı tutarına yaklaştığı ya da üzerine çıktığı durumlarda dürüstlük kuralı gereğince temerrüt faizi tutarının hesaplanması makul bir süreyle sınırlandırılabilir. ÇETİNER, s. 151; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 818 N. 43.

³³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 758.

³⁴ TEKİNAY Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, 1994, s. 99; KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, 1982-1983, s. 284; SARI, s. 973; KUNTALP, s. 32; ACAR, § 6, N. 320; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 964; CHK-FASEL, ZGB 818 N 7; GÜLEKLİ, s. 83; GÖNEN, s. 1009; ÇETİNER, s. 149; ACAR, § 6, N. 318. Öğretide yer alan diğer bir görüşe göre ise tarafların 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerinde belirlenen kanuni temerrüt faizi oranı üzerinde bir faiz oranı kararlaştırmaları temerrüt faizine sözleşmesel faiz niteliği kazandırmaz. Bu nedenle TMK m. 875/I/b.3'te öngörülen süre sınırlaması işlemiş olan temerrüt faizi için uygulanmaz ve temerrüt faizi süre sınırına tabi olmaksızın güvenceden yararlanır. ÜNLÜTEPE, s. 189. Üçüncü kişi ipoteğinin söz konusu olması durumunda alacağın muaccel olması alacaklının ihbarına bağlanmışsa bu ihbarın taşınmaz malikine de yöneltilmesi gerekir. Aksi takdirde malik takibe itiraz edebilir ve bu ihbarın yapılacağı ana kadar işleyecek temerrüt faizleri ipotekle sağlanan güvenceye dâhil olmaz. HELVACI, s. 151.

faizi talebinin, ipotek güvencesinden yararlanabileceği kabul edilmektedir³⁵.

Yabancı para üzerinden kurulmuş ipoteklerde temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ya da yabancı para borcunun faizi, 3095 sayılı Kanunun 4a maddesine göre Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranından düşük kararlaştırılmışsa hesaplanacak temerrüt faizi tutarı ipoteğin sağladığı güvenceye dâhil olacaktır³⁶.

³⁵ ÜNLÜTEPE, s. 188. Y. 19. HD., E. 1997/7887, K. 1997/10322, T. 04. 12. 1997 “... Davacı banka ile borçlu arasında düzenlenen borçlanma sözleşmesinin 17. maddesine göre taşınmaz üzerinde 171. 449. 400. - TL'lık ipotek tesis edilmiştir. İpotekli borç miktarı 171. 449. 400. - TL. olarak kabul edildiğinden taraflar arasındaki ilişki sonucu daha fazla borç doğmuş ve bu husus sözleşme ile yüklenilmiş olsa bile gayrimenkulün sorumlu olduğu miktar kararlaştırılan miktardır. İpotek kesin borç ipoteği olup faizsiz olduğu kararlaştırılmış olsa bile borçlu temerrüde düşürülmüşse alacaklı faiz isteyebilir. MK'nun 766-a maddesine uygun olarak kurulmuş bir ipotek olmadığından davacının yabancı para alacağıının tamamından ipotekli taşınmazın sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda mahkemece borçlunun temerrüde düşürülüp düşürülmediği araştırılarak, temerrüde düşürülmüşse 171. 449. 400. - TL. alacağın satış tarihine kadar işleyecek faiziyle birlikte davacı bankaya ayrılmasına, aksi halde davanın reddine karar verilmesi gerekirken...”; ALTAY Sümer/ESKİOCAK Ali, Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni, İstanbul, 2007, s. 359-360; Y. 12. HD., E. 2002/8420, K. 2002/9545, T. 06. 05. 2002 “... Takip dayanağı ipotek, 1 yıl süreyle faizsiz olarak tesis edilmiş ise de bu kayıt, vade tarihine kadar anapara için faiz istenemeyeceğini göstermekte olup, temerrüdün oluşması halinde temerrüt faiz istenmesine engel teşkil etmemektedir. İpotek akit tablosunda borcun ifa edileceği gün tayin edilmiş ise, sözü edilen tarihten itibaren, aksi halde borçlunun temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren alacaklı faiz talep edebilir. Mercice alacaklıların itirazını kaldırılması isteminin bu doğrultuda değerlendirilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...”, ALTAY/ESKİOCAK, s. 364.

³⁶ SİRMEN, s. 677; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 758.

Temerrüt faizini aşan aşkın zararlar ve taraflarca kararlaştırılan ceza koşuluna bağlı alacaklar ise kendiliğinden ipoteğin sağladığı güvenceye dâhil olmaz³⁷.

C. Anapara Faizi ve Kanuni Faiz Oranından Yüksek Belirlenmiş Temerrüt Faizi

Anapara ipoteğinde güvence kapsamında yer alan üçüncü kalem anapara faizi ve kanuni faiz oranından yüksek belirlenmiş temerrüt faizidir³⁸.

Anapara faizinin, ipotekle sağlanan güvenceden yararlanabilmesi için bir süre sınırlaması öngörülmüştür. Buna göre, rehnin paraya çevrilmesinin talep edildiği veya iflasın açıldığı ana kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz ipoteğin sağladığı güvenceden yararlanabilecektir. TMK m. 875/I/b.3'te anapara faizi için

³⁷ SİRMEN, s. 676; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 818 N. 29; ÇETİNER, s. 150; GÜLEKLİ, s. 83; ÜNLÜTEPE, s. 190; SARI, s. 974. Aksi yönde bir karar için bkz. Y. 19. HD, E. 2000/2837, K. 2000/5953, T. 21. 09. 2000, "... Taraflar arasındaki uyumsuzluk 22. 9. 1988 tarihli sözleşmeden kaynaklanmakta olup, davacı 8.9.1993 tarihinde 184.069.256 TL üzerinden ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmiştir. Takip tarihine göre davada BK. nun 83. maddesine eklenen fıkra hükmü uygulanacağından, borçludan yabancı paranın vade veya fiili ödeme günündeki kur üzerinden Türk parası olarak tahsili olanağı bulunmaktadır. Ancak, taraflar arasında mevcut kredi sözleşmesi yabancı para (DM.) üzerinden düzenlenmiş olmasına karşın ipotek MK. nun 766/la maddesinde öngörüldüğü şekilde yabancı para ipoteği olarak tesis edilmediğinden, davacının Türk parası üzerinden takibe geçmesi zorunludur. Bu nedenle BK. nun 83. maddesine eklenen fıkrayla tanınan tercih hakkını Türk parası olarak kullandığı kabul edilemeyeceğinden davacı kur farkından dolayı munzam zarar isteyebilir. Munzam zarar hesaplanırken davaya esas olan takibin başladığı 13.2.1997 tarihindeki kur gözetilmeli ve 1.000.000.000 TL'lik talebin haklı olup olmadığı saptanmalıdır...", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t.: (09.09.2020). Temerrüt faizi yalnızca para borçları için söz konusu olabileceğinden para borcu dışında güvence altına alınan alacaklarda gecikme, gecikme faizi meydana getirmeyecektir. Bunlar bakımından TBK m. 112 kapsamında tazminat yükümlülüğü doğmuş olsa bile tazminat alacağı anapara ipoteğinde kendiliğinden güvence kapsamında yer almayaacaktır. Ancak tarafların söz konusu bu tazminat alacağını da kapsayacak şekilde üst sınır ipoteği tesis etmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır. ACAR, § 6, N. 316. Tarafların kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ve bu anlaşmanın tapu kütüğüne tescili ile birlikte rehinli alacağa bağlı diğer fer'i hakların da güvence kapsamında yer alabileceği ilişkin bir görüş için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 759.

³⁸ Faiz, bir alacaklının kendisine borçlu olunan miktar ve borcun süresine göre bu ücretin belirlenmesi koşuluyla, kendisine borçlu olunan paradan mahrum bırakılması için talep etmesi gereken ücrettir. CHK-FASEL, ZGB 818 N 8; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 818 N 9a.

öngörülen üç yıllık süre, üst sınır ipoteğinde uygulanmayacaktır. Zira üst sınır ipoteğinde sonradan ipotek hakkı veya mülkiyet hakkı kazanan kişiler bu bakımdan korunmaya ihtiyacı bulunmamaktadır. Bu kişiler tapuda yazılı miktarın tüm alacaklar için üst sınır teşkil ettiğini bilebilecek durumdadırlar. Üst sınırı aşan alacaklar ise adi alacak kabul edilecek ve güvence kapsamında yer almayacaktır³⁹.

Süre sınırlamasında iki farklı zaman dilimi öngörülmüştür. Bunlardan ilki, rehnin paraya çevrilmesinin talep edildiği veya iflasın açıldığı andan geriye doğru muaccel olmuş üç yıllık süreye tekabül eden faizdir. İkinci zaman dilimi ise son vade tarihinden ipotekli taşınmazın satışının tamamlandığı ana kadarki süreye tekabül eden faizdir. Son vade ile rehnin paraya çevrilmesinin talep edildiği tarih arasındaki süredeki faiz ise üç yıllık faize dâhil olmayacaktır⁴⁰.

Anaparaya ilişkin diğer faiz alacakları ise adi alacak olarak kabul edilecektir. TMK m. 852/I uyarınca, taraflar, faiz oranını aşırı yararlanma hükümlerine, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmamak koşuluyla diledikleri şekilde kararlaştırabilirler. Ancak kararlaştırdıkları anapara faizi oranı üzerinden hesaplanacak faiz tutarının ipotek kapsamında yer almasını istiyorlarsa TST m. 31/I/ç uyarınca ipotek hakkı tescil edildiği sırada faiz oranını da taşınmazın kütükteki sayfasının faiz sütununa yazmaları gerekmektedir⁴¹.

Tarafların anapara için ayrı bir faiz oranı yerine kanuni faiz oranında karar kılmaları durumunda tapu kütüğünde kanuni faiz oranının geçerli olacağına dair bir ibareye yer vermeleri gerekir. Taraflarca kendi aralarında faiz oranı kararlaştırılmış olmasına karşın faiz isteneceğine dair bir ibareye tapu kütüğünde yer verilmediği ya da kararlaştırılan faiz oranının tescil edilmediği durumlarda tescil edilmeyen faiz oranı üzerinden hesaplanacak faiz alacağı adi alacak niteliğinde olacaktır⁴².

³⁹ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 968; ACAR, § 6, N. 332; AKÇAAL, s. 691; ÜNLÜTEPE, s. 206; GÖNEN, s. 1010.

⁴⁰ ACAR, § 6, N. 328; GÖNEN, s. 1010.

⁴¹ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 964.

⁴² GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 964; ACAR, § 6, N. 325; HELVACI, s. 152; GÖNEN, s. 1009; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 819 N. 123. Tapu kütüğüne faizsiz kaydı tescil edilmiş ise anapara faizleri ipotek kapsamında yer almayacaktır. Tapu kütüğüne

Anapara ipoteğinden farklı olarak taraflarca kararlaştırılan anapara faizi ve kanuni faiz oranını aşan temerrüt faizi miktarı da tapu kütüğüne tescil edilmese dahi üst sınır dâhilinde ipotek kapsamında yer alacaktır⁴³.

Anapara ipoteğinde taraflar arasında kararlaştırılan ve tapu kütüğüne yazılan faiz oranının sonradan arttırabilmesi için TMK m. 875/II gereğince varsa alt derecedeki ve aynı derecedeki diğer ipotekli alacaklıların rızasını almak gerekir. İpotek alacaklısının diğer ipotek alacaklılarının rızasını almadan borçlu ile anlaşarak faiz oranını arttırması halinde eski faiz oranı üzerinden güvence devam edecek yeni anlaşmaya dayanan artış kısmı sonra gelen ipotek alacaklılarına karşı etkisiz olacaktır. Rehnin paraya çevrilmesi sonrası elde edilen meblağdan, sonra gelen ipotek alacaklıları tatmin edilmiş ve geriye bir miktar para kaldıysa bu kalan tutardan artırılan faiz oranı çerçevesinde ipotek hakkı sahibi yararlanacaktır⁴⁴. Üst sınır ipoteğinde ise taraflar arasında kararlaştırılan

belirli bir süre ile faizsiz kaydı tescil edilmişse, belirlenen sürenin tamamlanmasının ardından üç yıllık sürenin kalanı için kanuni faiz oranına göre hesaplanacak anapara faizi ipoteğin kapsamında yer alacaktır. ÇETİNER, s. 156. Y. 12. HD., E. 2005/15879, K. 2005/19438, T. 10.10.2005, "... Somut olayda, akit tablosunda yer alan bir yıllık süre, faiz ödenmeden geçecek zamanı ifade etmekte olup, bu dönemin geçmesinden sonra talep tarihine kadar anapara ve eklentilerinin ödenmesi halinde ipoteğin kaldırılmasına karar verilebilir ...", ALTAY/ESKİOCAK, s. 96. Öğretide yer alan bir görüşe göre, tapu kütüğüne tescil edilmiş bulunan faiz oranının taraflar arasındaki sözleşme ile tayin edilmiş bulunan faiz oranından daha yüksek olması durumunda yüksek tescil edilmiş faiz oranı kanuna karşı hile olarak değerlendirilmeli ve sözleşme ile belirlenen faiz oranı uygulanmalıdır. ÜNLÜTEPE, s. 199.

⁴³ SİRMEN, s. 678. Belirlilik ilkesi ve alacağın kapsamını tayin eden hükümler emredici nitelikte olduğundan tarafların üst sınır ipoteğinde tapuda tescil edilen yük miktarını aşan kısmın da ipotek güvencesinden yararlanabileceğini kararlaştırmaları mümkün değildir. ÜNLÜTEPE, s. 208. Y. 11. HD., E. 1988/9717, K. 1990/1883, T. 08.03.1990, "... Davacı dava dışı bir şirketin kredi borcu için kendi taşınmazlarını rehnetmiştir. M. K. 766. maddesi uyarınca ipotek, ancak muayyen bir alacak için miktarı Türk parasıyla gösterilmek suretiyle tesis olunabilir. İpotek veren kişinin sorumluluğu, ipotek sözleşmesinde belirtilen miktar ile sınırlıdır. Taraflar arasındaki akit tablolarına göre toplam 9.950.000 lira üst limit olup buna ek olarak ve limiti aşan faiz vs. masrafların da ayrıca alınacağı şartı geçersizdir. Binnetice tüm alacaklar dahil taşınmaz 9. 950. 000 lira ile sorumlu olup ipoteği verenin temerrüdü ve sonuçlarından taşınmazın sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda; davacının, davalı bankaya 9. 950. 000 lira ödediği uyuşmazlık konusu olmadığına göre mahkemece, ipoteğin kaldırılmasını teminen davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken...", Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, e.t.: (09.09.2020).

⁴⁴ ACAR, § 6, N. 327; ÜNLÜTEPE, s. 200; HELVACI, s. 154; ÇETİNER, s. 159. İsviçre Hukuku'nda, önceden kararlaştırılan faiz oranının sonraki ipotek alacaklılarının

ve tapu kütüğüne yazılan faiz oranının sonradan arttırılması durumunda sonradan gelen alacaklılar rıza göstermese dahi alacak üst sınır dâhilinde güvence kapsamında yer almaya devam edecektir⁴⁵.

TBK m. 387/II'de ticari tüketim ödücü sözleşmelerinde olduğu gibi anapara faizinin Kanun tarafından doğrudan öngörüldüğü durumlarda, kanuni faiz oranı üzerinden hesaplanacak anapara faizi tapu kütüğüne tescil şartı aranmaksızın ipotek kapsamında yer alacakken, kanuni faiz oranı üzerindeki oranla hesaplanan anapara faizi alacağı ise ancak bu orana tapu kütüğünde yer verildiği takdirde ipotek kapsamında yer alacaktır⁴⁶.

SONUÇ

İpotek hakkında güvencenin alacak bakımından tespiti belirlilik ilkesinin bir sonucudur. Güvencenin alacak bakımından belirlenebilmesi ise ipotegün türü ile yakından bağlantılıdır. Kanunun sistematik yapısına uygun şekilde öğreti ve uygulamada anapara ve üst sınır olmak üzere iki tür ipotek türünün varlığı kabul edilmektedir.

Anapara ipotegünde güvence kapsamında nelerin yer aldığı TMK m. 875/I'de sınır olarak sayılmıştır. Üst sınır ipotegünün sağladığı güvencenin alacak bakımından neleri kapsadığı ise TMK m. 851/I'de düzenleme altına alınmıştır.

TMK m. 876'da öngörülen kanuni rehin hakkı yan alacaklara ilişkindir. Zorunlu masraflara ilişkin alacakları güvence altına alan bu rehin hakkı asıl ipotek hakkına bağlı ancak ondan "*ayrı*" ve ona "*paralel*" nite-

aleyhine %5'ten fazlaya çıkarılmayacağı düzenlemesi Türk Hukuku'nun aksine mevcudiyetini korumaktadır. Faiz oranının sonraki ipotek alacaklarının aleyhine %5'ten fazlaya çıkarılması durumunda yalnızca %5'i aşan kısım geçersiz olacaktır. CHK-FASEL, ZGB 818 N 10; ZK-DÜRR, ZGB 794 N. 22; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 818 N 14; KUKO-THIER, ZGB 818 N 1; BGE 101 III 74, 75. %5'in altında kararlaştırılan faiz oranının güvence kapsamında yer alabilmesi için tapu kütüğüne tescil edilmesine de gerek olmadığı öğretilerde bazı yazarlarca kabul edilmektedir. BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 818 N 10. Taraflar ipotek kurulurken bir üst sınır faiz oranını da tapu siciline kaydettirebilirler. Böyle bir durumda faizin, kaydettirilen faiz oranına kadar arttırılması için sonra gelen alacaklıların rızasının alınması ihtiyacı ortadan kalkar. SİRMEN, s. 678.

⁴⁵ SARI, s. 986; GÖNEN, s. 1012.

⁴⁶ ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 819 N. 57; ÇETİNER, s. 155.

likte farklı bir rehin hakkıdır⁴⁷. Alacaklı TMK m. 876 çerçevesinde zorunlu masraflara ilişkin yapmış olduğu gideri hem anapara ipoteğinde hem de üst sınır ipoteğinde sahip olduğu ipotek hakkıyla aynı sırada olmak üzere talep edebilecektir. Alacaklının TMK m. 876'da yer alan kanuni rehin hakkı kapsamında talep edebileceği alacak, üst sınır ipoteğinde tapu kütüğüne tescil edilen yük miktarıyla sınırlı olmamalıdır.

TMK m. 875/I/b.1'de yer verilen anapara alacağı, tapu kütüğüne tescil edilen ipotek yükünün sınırları içinde kalmak şartıyla, alacaklının ipoteğin paraya çevrilmesini talep ettiği ya da iflasın açıldığı andaki alacağıdır. Anapara alacağı olarak tapu kütüğüne tescil edilen ipotek bedeli miktarı, belirlenen üst sınır kapsamında yer alması koşuluyla üst sınır ipoteğinde de güvence kapsamındadır. Alacak tapu dışı tanımlanan bir unsur olduğundan alacağa bağlı olarak sona eren ya da miktarı değişen ipoteğin iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından kazanılması halinde yolsuz tapu kaydına güven korunmamaktadır.

Tapuda tescil edilmelerine gerek olmaksızın icra harç ve icra organlarının icra takibini gereği gibi yürütebilmek için yaptıkları giderler anapara ipoteğinde güvence kapsamındadır. İpotek konusu taşınmazın kapsamının belirlenmesi, ipotek konusu alacağın ya da ipotek hakkının varlığının tespitine ilişkin ortaya çıkabilecek itilafları çözüme kavuşturmak ve ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesini sağlamaya yönelik açılacak davalara ilişkin masraflar da takip masrafları olarak kabul edilmeli ve güvenceden yararlanmalıdır. Üst sınırı aşmamak kaydıyla dava ve takip giderleri ile faiz gibi yan alacaklar da üst sınır ipoteği kapsamında da güvenceye dâhildir.

Tarafların 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerinde belirlenen kanuni temerrüt faizi oranı üzerinde bir faiz oranı kararlaştırmaları halinde kanuni faiz oranı üzerinde kararlaştırılan kısım ipoteğin kapsamına kural olarak dâhil olmayacak yalnızca kanuni temerrüt faizi üzerinden hesaplanacak temerrüt faizi tutarı ipoteğin sağladığı güvenceye dâhil olacaktır. Yabancı para üzerinden ku-

⁴⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3367; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 818 N. 13; ZK-DÜRR/ZOLLINGER, ZGB 808 N. 70; KUKO-THIER, ZGB 819 N. 1. Aksi yönde görüş için bkz. ÇETİNER, s. 160; HELVACI, s. 15; BSK-SCHMID-TSCHIRREN, ZGB 818 N 2.

rumuş ipoteklerde temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ya da yabancı para borcunun faizi, 3095 sayılı Kanunun 4a maddesine göre Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranından düşük kararlaştırılmışsa hesaplanacak temerrüt faizi tutarı ipoteğin sağladığı güvenceye dâhil olacaktır.

Rehnin paraya çevrilmesinin talep edildiği veya iflasın açıldığı ana kadar muaccel olmuş üç yıllık faiz ile son vadeden başlayarak işleyen faiz anapara ipoteğinin sağladığı güvenceden yararlanabilecektir. Anapara faizi için öngörülen süre sınırlaması üst sınır ipoteğinde uygulanmayacaktır. Anapara ipoteğinden farklı olarak taraflarca kararlaştırılan anapara faizi ve kanuni faiz oranını aşan temerrüt faizi miktarı da tapu kütüğüne tescil edilmese dahi üst sınır dâhilinde ipotek kapsamında yer alacaktır.

KAYNAKLAR

- ACAR Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2017.
- AKÇAAL Mehmet, *Eşya Hukuku*, Ankara, 2021.
- AKİPEK Jale/AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2018.
- ALTAY Sümer/ESKİOCAK Ali, *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni*, İstanbul, 2007.
- ALTOP Atilla, "4489 Sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Çerçevesinde İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı ve Anapara İpoteği-Limit (Üst Sınır) İpoteği Ayırımının Uygulamaya Yansıyan Sonuçları", *MHB*, C. 19, Sa. 1-2, 1999, s. 11-41.
- ANTALYA Gökhan, *MHY Eşya Hukuku: C. IV/I, Giriş, Temel Kavramlar ve İlkeler*, (Ed. ANTALYA Gökhan), Ankara, 2019.
- ATAR Eray Aksın, *Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkında Güvencenin, Güvenceyi Oluşturan Değerler Bakımından Kapsamı ve Taşınmazdaki Değer Düşmesine Karşı Alacaklının Korunması*, İstanbul, 2021.
- ÇETİNER Bilgehan, *Taşınmaz Teminatı*, İstanbul, 2015.
- DÜRR David, *ZK - Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr. IV/2b, Art. 793-804 ZGB*, (Hrsg. GAUCH Peter/SCHMID Jörg), Zürich, 2009.
- DÜRR David/ZOLLINGER Daniel, *ZK - Zürcher Kommentar, ZGB Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Das Grundpfand, Band/Nr. IV/2b/2, Art. 805-823 ZGB*, (Hrsg. SCHMID Jörg), Zürich, 2013.
- FASEL Urs, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Band 3*, (Hrsg. BREITSCHMID Peter /JUNGO Alexandra), Zürich - Basel - Genf, 2016.
- GÖNEN Doruk, "Anapara ve Üst Sınır İpoteği Kavramları", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 2, Sa. 16, 2004 s. 996-1016.

- GÜLEKLİ Yeşim, İpoteğin Taşınmaz ve Alacak Açısından Kapsamı, İstanbul, 1992.
- GÜRSOY Kemal Tahir/EREN Fikret/CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984.
- HELVACI İlhan, Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul, 2008.
- KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, 1982-1983.
- KUNTALP Erden, Ana Para ve Üst Sınır İpoteği, Ankara, 1989.
- KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2017.
- OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul, 2021.
- SARI Suat, "Taşınmaz Rehninde Belirlilik İlkesi", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000.
- SCHMID-TSCHIRREN Christina, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, (Hrsg. HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas), Basel, 2019.
- SEROZAN Rona, "Taşınmaz Rehni, İÜHFİM, C. LXIV, Sa. 2, 2006, s. 301-324.
- SİRMEN Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2021.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, 1994.
- THIER Andreas, KUKO-Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, (Hrsg. BÜCHLER Andrea/JAKOB Dominique), Basel, 2018.
- ÜNLÜTEPE Mustafa, "İpoteğin Alacak Bakımından Kapsamı", TBB Dergisi, Sa. 102, 2012, s. 173-218.
- YILDIRIM Kamil/DEREN-YILDIRIM Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2016.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 5651 SAYILI KANUN'UN 9. MADDESİ BAĞLAMINDA İNTERNETE ERİŞİMİN ENGELLENMESİNE DAİR DEĞİŞEN YAKLAŞIMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK*

Öz

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Türk hukukunda internete erişimin engellenmesi usullerini belirleyen temel kanundur. Söz konusu Kanun'un 9. maddesi, kişilik hakkı ihlallerinde erişim engeli usulünü düzenlemektedir. 9. Madde ifade özgürlüğüne müdahale oluşturması sebebiyle, sürekli olarak Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuru konusu yapılmaktadır. AYM, son dönemde 9. Maddeye dair içtihadında değişikliğe gitmiş ve pilot karar usulünü uygulayarak ifade özgürlüğüne yönelik ihlalin kanundan kaynaklandığına hükmetmiştir. AYM bu kararlar söz konusu maddeyi tartışmaya açmış ve yasama organını bu konuda yasal düzenleme yapmaya davet etmiştir. Makalede, AYM kararı sonrasında ortaya çıkabilecek olası durumlar ve internete erişim engeli usulünün nasıl olması gerektiği ele alınacaktır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye | Asst. Prof. Sakarya University Faculty of Law, General Public Law Department, Sakarya, Turkey.

✉ alper@sakarya.edu.tr • ORCID 0000-0002-3784-8297

✎ **Atıf Şekli | Cite As:** IŞIK Alper, "Anayasa Mahkemesi'nin 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Bağlamında İnternete Erişimin Engellenmesine Dair Değişen Yaklaşımın Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 967-998.

✎ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Kişilik Hakkı • İfade Özgürlüğü • Erişimin Engellenmesi • 5651 sayılı Kanun • İnternet Hukuku

**THE EVALUATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S
CHANGING APPROACH TO BLOCKING INTERNET ACCESS
WITHIN THE CONTEXT OF ARTICLE 9 OF LAW NO 5651**

Abstract

Law No. 5651 on the Regulation of Broadcasts via Internet and Prevention of Crimes Committed through Such Broadcasts, is the fundamental law regulating the procedure for blocking internet access in Turkish law. Article 9 of the Law regulates the access blocking procedure in violations of personal rights. Since the article constitutes an interference with the freedom of expression, individual applications are constantly made to the Constitutional Court. The Constitutional Court has recently changed its case-law regarding Article 9 and, by applying the pilot decision procedure, has ruled that the violation of freedom of expression stems from the law. With this decision, the Constitutional Court has opened the article to discussion and invited the legislature to make new laws or change existing laws on this issue. In the article, possible situations that may arise after the decision of the Constitutional Court and how the internet access blocking procedure should be will be discussed.

Key Words

Personal Right • Freedom of Expression • Access Blocking • Law No. 5651
• Internet Law

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi tarafından 27 Ekim 2021 tarihinde verilen ve 7 Ocak 2022 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret AŞ ve Diğerleri Başvurusu* kararında¹ 5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un* (5651 sayılı Kanun) 9. maddesi kapsamında yapılan başvurular için pilot karar usulünü işletilmesi

¹ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220107-17.pdf> Erişim Tarihi: 19.05.2022.

oybirliğiyle karar verilmiştir. Başvuru kapsamında daha önce 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesindeki usul işletilerek erişimi engellenen internet sitelerinin başvuruları ele alınmış ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararda, ihlalin kanundan kaynaklandığına ve gerekli değişiklikleri yapmak üzere durumun Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) bildirilmesine hükmetmiştir. Makalede öncelikle 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin koruma kapsamından ve madde bağlamındaki erişim engelleme usullerinden kısaca bahsedilecektir. Sonrasında ise 9. maddeyle ilgili AYM bireysel başvuru içtihadı genel olarak ele alınacaktır. AYM'nin konuyla ilgili temel bir değişiklik ortaya koyduğu *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret AŞ ve Diğerleri Başvurusu* kararında yaptığı değerlendirmeler ayrı bir başlık olarak ele alınacak ve AYM'nin ideal bir yasal düzenlemeye dair önerilerine yer verilecektir. Son olarak ise karar sonucunda AYM'nin ilgili kanun maddesini iptal edip edemeyeceği ve TBMM'nin karar sonrasındaki sorumluluğu konularına değinilerek ideal bir kanuni düzenlemenin nasıl olacağı konusunda somut önerilere yer verilecektir.

I. 5651 SAYILI KANUN'UN 9. MADDESİNİN KAPSAMI

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi 2007 yılında Türk hukukuna girmiştir. Madde, zaman içerisinde esaslı değişikliklere uğramıştır. Maddenin son hali, internet üzerinden yapılan yayınlarla kişilik hakları ihlal edilenlerin hızlı bir koruma elde etmesini sağlamaktadır².

² *İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi*

"Madde 9 - (1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hakim bu maddede belirtilen kapsamda içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hakim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak,

A. 9. Maddenin Koruduğu Menfaat Olarak Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı, özel hukuk temelli bir kavramdır. Tanım olarak kişilik hakkı, kişiye tanınmış ve kişiden ayrılamaz şekilde sahip olunan değerlerin bütünüdür ifade etmektedir³. Kişilik hakkının kapsamına; yaşam, beden bütünlüğü, sağlık, şeref ve haysiyet, gizli ve özel hayat alanı, özgürlükler, ad, resim, ses gibi kişinin kişiliği kapsamına dâhil olan kişisel değerlerinin tamamı girmektedir⁴. Bu hakların çoğu gerçek kişilerin sahip olabileceği kişisel hakları ifade etmektedir. Dolayısıyla tüzel kişilerin kişilik hakkının olup olmadığı ya da hangi hakların tüzel kişiler açısından da kişilik hakkının kapsamına girdiği konusunda doktrinde tartışmalar vardır. Ancak genel olarak tüzel kişilerin, hayat, sağlık, vücut bütünlüğü gibi "...yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar

hakim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi halinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hakimin bu madde kapsamında verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hakim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hakim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Birlik tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hakimin verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayımlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi halinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hakim tarafından, başvuranın adının bu madde kapsamındaki karara konu internet adresleri ile ilişkilendirilmemesine karar verilebilir. Kararda, Birlik tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterilir.

(11) Sulh ceza hakiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

³ HELVACI, Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayınları, İstanbul, 2017, s. 24.; TURGUT, Cemile, *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 109.

⁴ AYDIN, Gülşah Sinem, *Kişilik Hakkı İhlâlinde Doğan Vekâletsiz İşgörme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 13.

dışındaki bütün... ” kişisel değerlere kişilik hakkı kapsamında sahip olduğu söylenebilir⁵.

Kişilik hakkına dair koruma sağlayan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi, internet üzerindeki yayınlardan kaynaklanan ihlallere karşı gidilebilecek bir başvuru yoludur. Kişilik hakkına yönelen ve internet üzerindeki yayınlardan kaynaklanmayan ihlaller için ise ihlale uğrayan gerçek veya tüzel kişilerin 4721 sayılı *Türk Medeni Kanunu (TMK)* kapsamında kişiliğin korunmasını talep etmeleri gerekmektedir.

B. 9. Madde Kapsamında Başvuru Yolları

1. Uyar/Kaldır Yöntemi

9. madde, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlara koruma sağlamaktadır. Bu noktada kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasını taşıyanlar uyar/kaldır yöntemi olarak adlandırılan yöntemle, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilirler⁶. Bu başvuruları içerik ve/veya yer sağlayıcısı yirmi dört saat içerisinde cevaplandırır. Ancak yer sağlayıcının sosyal ağ sağlayıcı olması durumu farklı bir hükme tabidir. 7253 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme ile getirilen Ek 4. maddenin 3. fıkrasına göre, içerik veya yer sağlayıcıya başvurulduğunda yirmi dört saat olan başvuru süresi, sosyal ağ sağlayıcıya başvurulduğunda kırk sekiz saat olarak düzenlenmiştir. Sosyal ağ sağlayıcı içerik kaldırma talebine bu süre içerisinde olumlu ya da olumsuz cevap vermekle yükümlüdür. Bu çerçevede cevap olumsuz ise gerekçeli olmak zorundadır.

2. Sulh Ceza Hakimine Başvuru

İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler, içerik sağlayıcı veya yer sağlayıcıya başvurmadan, doğrudan sulh ceza hakimine de başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini iste-

⁵ Söz konusu tartışmalar için bkz.

GÖNEN, Doruk, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 59.

⁶ KENT, Bülent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 98.

yebilir⁷. İçeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi talepleri ayrı ayrı ya da birlikte yapılabilir⁸. Sulh ceza hâkimi bu başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmadan dosya üzerinden karara bağlar. Hâkimin yirmi dört saat içerisinde, duruşma yapmadan ve dosya üzerinden karar vermesi, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği açısından eleştirilmekte ve maddenin bu yönüyle adil yargılanma hakkına aykırı olduğu da ifade edilmektedir⁹.

Erişim engeline karar verilmesinin ardından kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan başvuru açısından başkaca bir işlem yapılmasına gerek yoktur. Sulh ceza hâkimi kararına karşı ise 5271 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu*'nun (CMK) 268. maddesine göre ilgililerin itiraz hakkı mevcuttur. Dolayısıyla içeriği erişime engellenen kişiler ya da erişim engeli talebinin reddedilmesi halinde erişim engeli talep eden kişiler bu hakkı kullanabilir. İtiraza dair kararı ise bir üst numaralı sulh ceza hâkimi karara bağlamaktadır¹⁰. Karar verildikten ve itiraz hakkı kullanıldıktan sonra ise erişim engeli kalıcı hale gelmektedir. Böylelikle kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan kişi bu noktada çelişmeli bir yargılama ve duruşma yapılmadan yalnızca dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda hukuk veya ceza davası yollarına gitmeden erişimi kalıcı olarak engelleme imkanına sahip olmaktadır¹¹. Kuşkusuz erişim engeli kararının kalıcı olarak verilmiş olması ve ihlale uğrayan kişinin hukuk ya da ceza davasına başvurma zorunluluğunun olmaması içerik sağlayıcının ifade özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale oluşturmak-

⁷ KENT, s. 99.

⁸ DOĞAN, Aişe Sena, "Kişilik Hakkının 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması" *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 2, Yıl: 2020, s. 162.

⁹ GÖZLER, Kemal, 'Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi', *Legal Hukuk Dergisi Özel Sayı, Rona Aybay'a Armağan*, S. 1, Yıl: 2014, s. 1064–1066.

¹⁰ Söz konusu madde AYM tarafından anayasaya aykırılık iddiasıyla incelenmiş ve oyçokluğuyla anayasaya uygun bulunmuştur. Karar için bknz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/05/20150522-18.pdf> Erişim Tarihi: 19/05/2022.

¹¹ KARAKAYA, M. Süheyl, "5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükümü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 31, S. 137, Yıl: 2018, s. 111.

tadır. Çünkü içerik sağlayıcının oluşturmuş olduğu içerik duruşma yapılmadan, dosya üzerinden ve yirmi dört saatte verilmek zorunda olunan bir kararla kalıcı olarak erişime engellenmektedir. Dolayısıyla ifade özgürlüğüne sağlanan koruma yetersiz kalmaktadır.

3. İnternet Adresleriyle İlişkilendirilmeme Bağlamındaki Talepler

9. maddeye 2020 yılında 7253 sayılı Kanun'la eklenen 10. fıkraya göre; internet ortamındaki yayından dolayı kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin talep etmesi halinde hâkim, başvuranın karara konu internet adresleriyle ilişkilendirilmemesine karar verebilmektedir. Kararda Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı da belirtilmektedir. Söz konusu karar sonucunda ilgili internet içeriğine erişim engellenmemektedir. Yalnızca arama motorlarında arama yapıldığında karara konu internet içeriği, başvuran kişiyle ilişkilendirilmemektedir. Ancak ihlale konu içeriğe arama motorlarını kullanmadan ya da başvuran kişinin adını kullanmadan arama yaparak erişmek hala mümkündür. Sadece başvuran ile ilgili içerik ilişkilendirilmemektedir. Dolayısıyla erişim engellenmemekte ama güçleşmektedir. Bu durum erişim engeline kıyasla daha hafif bir tedbirdir ve ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı arasında bir denge kurma şansını artırmaktadır.

Ancak arama motorlarının bir sorumluluk öznesi olarak düzenlenmesi 5651 sayılı Kanun'un temel sistematigiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü 5651 sayılı Kanun'da arama motorlarının ne olduğu tanımlanmamaktadır. Bununla birlikte 5651 sayılı Kanun'un düzenlediği sorumluluk rejimi, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcılar arasındaki ilişkilerden oluşmaktadır. Bu yüzden arama motorlarına bir yükümlülük getirilmesi 5651 sayılı Kanun'da öngörülen sistemin dışında kalmaktadır. Haklı olarak arama motorlarının sorumluluk atfedilen kategorilerden hangisine dahil olduğu sorusu akla gelmektedir. Arama motorlarının içerik veya erişim sağlayıcı olmadığı konusunda bir tereddüt yoktur. Çünkü arama motorları herhangi bir içeriğin doğrudan üreticisi ya da saklayıcısı değildir. Yer sağlayıcı olup olmadıklarına ilişkin ise farklı görüşler ileri sürülebilir. Ancak arama motorlarının temel faaliyet alanı

içerikleri endekslemektir. Arama motorları, içerikleri barındıran sistemleri sağlayan kuruluşlar da değildir. Bu yüzden yer sağlama ya da içeriğin sahibi olmaları gibi bir durumun söz konusu olmadığı belirtilmektedir¹². Arama motorlarının sorumluluğu unutulma hakkı bağlamındaki taleplerde de gündeme geldiği için konuya bir de unutulma hakkı açısından yaklaşmak yerinde olacaktır. Unutulma hakkı konusunda Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun yayınlamış olduğu dokümanlar incelendiğinde de arama motorlarının veri sorumlusu olarak tanımlandığı görülmektedir¹³. Konuyla ilgili ilk ortaya çıkan karar olarak kabul edilen Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google İspanya kararında da bu konu tartışılmış ve arama motorlarının veri sorumlusu olduğuna karar verilmiştir¹⁴.

Kuşkusuz bu tanımlama da 5651 sayılı Kanun bağlamındaki sorumluluk rejimini belirlemek için yeterli değildir. Bu yüzden 5651 sayılı Kanun'da arama motorlarının tanımlanması ve sorumluluk rejiminin bu doğrultuda belirlenmesi de isabetli olacaktır. Konuyla ilgili olarak AB Genel Veri Koruma Tüzüğü bağlamında getirilen unutulma hakkı düzenlemesinden yararlanılması da yerinde olacaktır¹⁵.

¹² GÜRKAYNAK, Gönenc/ YILMAZ, İlay/ KARA, Pınar, "Türk İnternet Hukuku Uygulamasının ve Mevzuatının Evriminin İlk Dönemini Tamamlaması İçin Öneriler ve Gözlemler" https://www.gurkaynak.av.tr/docs/Turk_Internet_Hukuku_Uygulamasinin_ve_Mevzuatinin_Evriminin_Ilk_Donemini_Tamamlamasi_Icin_Oneriler_ve_Gozlemler.pdf.

Erişim Tarihi: 25.01.2022. Alman hukuku açısından benzer yönde bir değerlendirme için bkz. KAYA, Mine, "Almanya'da İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, Yıl: 2015, s. 739-774.

¹³ *Unutulma Hakkı (Unutulma Hakkının Arama Motorları Özelinde Değerlendirilmesi)* [online]. Ankara: Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2021. Available at: <<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/11b6fd99-d42a-45b1-a009-21f2d36ded21.pdf>>

¹⁴ Söz konusu karar metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 Tarihli Google Unutulma Hakkı Kararı, Çev: Mehmet Bedii KAYA, *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 14, Yıl: 2015.

¹⁵ KAMA IŞIK, Sezen, *Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış: 2016/679 Sayılı GVKT (GDPR) ile 6698 Sayılı KVKK'nın Detaylı Analiz ve Karşılaştırılması İle*, On İki

II. 9. MADDEYLE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ (AYM) İÇTİHADİ

A. AYM'nin Genel Olarak 9. Maddeye Yaklaşımı

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamındaki başvurular AYM'ye 5651 sayılı Kanun bağlamında yapılan bireysel başvuruların ezici bir çoğunluğunu oluşturmaktadır¹⁶. Dolayısıyla AYM'nin söz konusu madde hakkında geniş bir içtihadi değerlendirmesi mevcuttur. Söz konusu maddeyle ilgili olarak verilen ilk kararlardan biri olan *Ali Kıdık*¹⁷ başvurusunda AYM, 9. maddeye yönelik önemli tespitler yapmaktadır. AYM ilk olarak, 9. madde kapsamında erişim engeli kararı verdikten sonra içerik sahibi hakkında soruşturma açılıp açılmayacağına belirsiz olduğunu tespit etmiştir. Soruşturma açılmadığı durumlarda engellenen içerik belirsiz bir süreliğine erişime engellenmektedir¹⁸.

AYM'nin yaptığı bir diğer tespit ise sulh ceza hâkimin, talebi dosya üzerinden inceleyip karara bağlayacağına dair düzenlemenin içerik sahibinin, başvurudan haberdar olmasını engellemesidir. İçeriğine dair erişim engeli istenen kişi ya da kuruluşlar, söz konusu talepten haberdar olmadıkları için talebe karşı beyan ve delillerini ortaya koyamamaktadır. Hâkimin yirmi dört saat içinde karar vermesi de karşı tarafın savunmasının alınmasını mümkün kılmamaktadır¹⁹. Karşı tarafın savunması alınmadan ve duruşmasız bir şekilde verilen bu kararlarda silahların eşitliği ilkesinden karşı taraf faydalanamamaktadır. Dolayısıyla hâkim, kararını yalnızca talepte bulunanın sunduğu bilgi ve belgelere göre vermekte ve karşı tarafın görüşlerini alamamaktadır²⁰.

Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 163; SÖZÜER, Eren, *Unutulma Hakkı: İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 145-157.

¹⁶ AYM tarafından 5651 sayılı Kanun'la ilgili olarak 45 adet bireysel başvuru karara bağlanmıştır. Bu kararların 33 tanesi 9. Maddeyle ilgili kararlardır. İlgili kararlar için bkz.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?MevzuatTuru=2&MevzuatNumaraSilsmi=143&MaddeNumarasi=9&KararBulteni=1> Erişim Tarihi: 23.01.2022.

¹⁷ *Ali Kıdık*, B. No: 2014/5552, 26/10/2017,

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5552> Erişim Tarihi: 19.05.2022.

¹⁸ *Ali Kıdık* § 59.

¹⁹ *Ali Kıdık* § 60.

²⁰ *Ali Kıdık* § 61.

Yukarıdaki durumları tespit eden AYM, 9. madde kapsamında verilecek erişim engeli tedbirinin istisnai durumlarda verilecek bir karar olduğunu vurgulamaktadır. Bu istisnai durum ise internet yayınının kişilik haklarını ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı durumlar olarak ifade edilmektedir²¹. Söz konusu tespitler, erişim engeli kararına yapılan itirazlar için de geçerlidir²². Yayının ceza kanunu bağlamında suç oluşturmadığı durumlarda ise özel hukuk bağlamında sorumluluk gündeme gelmektedir. Burada da AYM, 9. maddenin istisnai ve hızlı karar almaya yönelik bir madde olduğunu vurgulayarak ilgili kişinin özel hukuk davalarıyla hakkını araması gerektiğini belirtmiştir²³. Yayın aynı zamanda suç oluşturuyorsa müşteki, suç duyurusunda bulunabilir. Açılacak olan ceza kovuşturmasının sonucunda erişim engeline dair bir karar da verilebilir²⁴. Dolayısıyla sulh ceza hakiminin erişim engeline dair vermiş olduğu karar, uyuşmazlığı tamamen çözen bir karar değildir. İlk bakışta ihlal doktrinine göre verilmiş bir karar, normal bir dava için kesin hüküm teşkil etmemektedir²⁵. Sulh ceza hakimliği, yalnızca ilk bakışta ihlal olup olmadığına dair bir karar verirken, genel mahkemelerde görülen davalarda ihlal iddiasının her türlü delille ispatlanması mümkündür²⁶. Bu yüzden 9. maddenin kapsamı, AYM tarafından son derece dar tutulmuş ve istisnai olarak bu yolun kullanılması hukuka uygun bulunmuştur. Ancak AYM, aşağıda ele alacağımız kararda, 9. maddenin bu şekilde uygulanmadığından bahisle, yaklaşımında temel bir değişikliğe gitmiş görünmektedir.

²¹ *Ali Kızılcık* § 62.

²² *Ali Kızılcık* § 63.

²³ *Ali Kızılcık* § 64.

²⁴ *Ali Kızılcık* § 65.

²⁵ *Ali Kızılcık* § 66.

²⁶ *Ali Kızılcık* § 67.

B. AYM'nin Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusunda 9. Maddeye Yaklaşımı

1. Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusunda Öne Çıkan Unsurlar

AYM *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusunda pilot karar usulünü uygulamıştır. Pilot karar usulü²⁷, AYM *İçtüzüğü*'nün 75. maddesinde düzenlenmektedir²⁸. Buna göre, benzer nitelikteki başvurular kararda belirtilen ilkelere göre idari mercilerce çözümlenmekte; çözümlenmediği durumda ise AYM tarafından topluca ele alınarak karara bağlanmaktadır²⁹. Pilot karar, sistematik bir sorunun var olduğuna ve benzer nitelikte şikayetlerde niceliksel bir yığılma olduğuna işaret etmektedir. Bu durumda benzer başvuruların incelenmesi askıya alınmakta ve pilot dava olarak seçilen olayda ulaşılan sonuçlarla birlikte genel tedbirlere de yer verilmektedir³⁰. Ancak çözümün idari mercilere bırakılması, AYM'nin İçtüzükle mahkemelere ait olan uyumsuzluk çözme yetkisini idareye devretmesinden ve paralel başvuruların

²⁷ Erdoğan Teziç, pilot karar usulü yerine, emsal karar usulü tabirinin daha doğru olacağını belirtmektedir. TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 276.

²⁸ *Pilot Karar Usulü*.

"Madde 75 - (1) Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır.

(2) Bölüm, pilot karar usulünü resen, Adalet Bakanlığının ya da başvuru sahibinin istemi üzerine başlatabilir.

(3) Pilot karar uygulaması için seçilen başvuru, gündemin öncelikli işleri arasında sayılır.

(4) Bölüm pilot kararında, tespit ettiği yapısal sorunu ve bunun çözümünü için alınması gereken tedbirleri belirtir.

(5) Bölüm pilot kararlarla birlikte, bu karara konu yapısal soruna ilişkin benzer başvuruların incelenmesini erteleyebilir. İlgililer erteleme kararı hakkında bilgilendirilirler. Bölüm, gerekli gördüğü takdirde ertelediği başvuruları gündeme alarak karara bağlayabilir".

²⁹ TEZİÇ, s. 276.

³⁰ ŞİRİN, Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 247.

yargısal korunmasını kesintiye uğratmasından dolayı doktrinde eleştirilmektedir³¹.

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri başvurusu, dokuz adet bireysel başvuru dosyasının konu yönünden hukuki bağlantı olduğu gerekçesiyle birleştirilmesinden oluşmaktadır. Kısaca özetlemek gerekirse; dosyaya konu edilen dokuz başvurudan yedi tanesi internet haber siteleri; (*www.diken.com.tr*, *sol.org.tr*, *www.gazeteduvar.com.tr* (iki başvuru), *www.tarimdanhaber.com* (iki başvuru), *www.artigercek.com*) iki tanesi ise ulusal çapta yayın yapan gazetelerin (*Cumhuriyet* ve *Birgün*) internet sitelerinde yayımlanan içeriklere aittir. Bu gazetelerdeki içeriklerden birisi bir köşe yazısına (*Cumhuriyet*'ten Çiğdem Toker) diğeri ise bir habere (*Birgün*) aittir.

AYM kararda ilk olarak konuyla ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat hükümlerini sonrasında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadını ele almıştır. Devamında ise *5651 sayılı Kanun* hakkında uluslararası kuruluşlar tarafından düzenlenen raporların bir değerlendirmesi yapılmıştır. Bu başlık altında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Basın Özgürlüğü Temsilciliği, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği ve Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi (Venedik) Komisyonu raporlarına yer verilmiştir. AGİT raporunda; internete erişim engelinin orantısız bir önlem olduğundan ve engellemelerin medya çoğulculuğu ve ifade özgürlüğü açısından olumsuz olduğuna yer verilmiştir³². Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği ise *5651 sayılı Kanun*'un AİHM içtihadına göre tekrar düzenlenmesi tavsiyesinde bulunmuştur³³. Buna ek olarak sulh ceza hakimliklerinin yetersiz inceleme ve gerekçeyle karar verdikleri ve AYM tarafından ortaya konan ilkeleri yasama organıyla birlikte uygulamakta isteksiz oldukları vurgulanmıştır³⁴.

³¹ KANADOĞLU, Korkut, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 238.

³² *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Kararı*, § 69.

³³ Konuyla ilgili AİHM içtihadının detaylı değerlendirmesi için bkz. KAYA, Mehmet Bedii, *İnternet Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 209 vd.

³⁴ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 70.

Venedik Komisyonu ise, 9. maddede tedbiri aşacak düzeyde esaslı kararlar alındığını ve erişim engeli kararı aldırان kişilerin başka bir hukuk yoluna başvurma zorunlulukları olmadığından bahsetmektedir. Bu durumda uyuşmazlığın çelişmeli bir yargılama usulüyle giderilmesi mümkün olmamaktadır. Hâkime yirmi dört saat içinde kararını açıklama yükümlülüğü getirilmesi de savunma yapma imkanını engellemektedir. Bu yüzden 9. madde kapsamındaki erişim engelleme düzenlemesi bir hukuk veya ceza davasıyla bağlantılı bir süreç haline getirilmeli ve davaya bakan mahkeme tedbirin devam edip etmeyeceğine karar vermelidir. Ancak söz konusu düzenleme bağımsız bir usul olarak uygulanmaya devam ederse de internet sağlayıcısına savunma yapabilmek için yeterli zaman ve olanak sağlanmalıdır. Aynı şekilde sulh ceza hakimine de iyi gerekçelendirilmiş bir karar alabilmesi için duruşma yapma yetkisi tanınmalıdır. Söz konusu kararlara karşı da temyiz yolu açık olmalıdır. Son olarak 9. maddeye, erişim engelleme tedbirinin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olması gerektiğine dair bir hüküm eklenmelidir³⁵.

AYM, yukarıdaki açıklamaların ardından yaptığı değerlendirmede ifade ve basın özgürlüğü açısından inceleme yapılmasına ve kabul edilemezlik kararı verilmesini gerektirecek başka bir durumun olmadığına hükmetmiştir. Esas yönünden yaptığı incelemede AYM, erişimi engelleme tedbirinin, hem başvuruçuların haber ve fikir verme hakkına, hem de halkın haber ve fikir alma hakkına müdahale olduğu ifade etmiştir. Söz konusu müdahalenin ifade ve basın özgürlüğüne bir ihlal oluşturup oluşturmadığının tespitinde ise üçlü test uygulanmıştır. İlk inceleme konusu olan kanunilik şartıyla ilgili detaylı açıklamalar bir sonraki başlıkta yapılacaktır. Meşru amaç konusunda ise AYM, söz konusu haber ve köşe yazılarına erişimin engellenmesinin başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğuna ve meşru bir amaç taşıdığına hükmetmiştir³⁶. Son unsur olarak ise demokratik toplumda gereklilik unsuru incelenmiş ve internete erişimin engellenmesi kararları ile ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalenin

³⁵ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 71.

³⁶ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 103.

daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varılmıştır³⁷.

AYM, başvuruda pilot karar usulünü uyguladığı için benzer kararların görüşülmesini de bir yıl süreyle ertelediğini belirtmektedir. Bu durumda görüşülmesi ertelenen kararların listesinin AYM sitesinde yayınlanacağı da karara bağlanmıştır³⁸. Söz konusu başvurular açısından ise yeniden yargılama yapılmak üzere kararların ilgili mahkemelere gönderilmesine karar verilmiştir. Bu durum mevcut erişim engeli kararlarının kaldırılması açısından kararın inşai niteliğini ortaya koymaktadır³⁹. Ayrıca başvuru lehine manevi tazminata da hükmedilmiştir.

a. Kanunilik Şartı Bakımından

Kararda ilk önemli nokta 9. maddenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığını tartışmaya açılmasıdır. Örneğin daha önce ele alınan *Ali Kırık* kararında, kanunilik ölçütünün sağlandığı sonucuna ulaşılmıştır⁴⁰. AYM, *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* kararında ise şekli anlamda bir kanunun varlığını erişilebilirlik açısından yeterli görmüş ve incelemesini hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine yoğunlaştırmıştır. AYM, 9. maddedeki kuralın kapsamı ve sınırlarının belli olmamasının yargı makamlarına oldukça geniş bir takdir alanı yarattığını da belirtmektedir⁴¹.

Kararda 5651 sayılı Kanun'un amacıyla 9. maddeyi ele alan kısımlar, Kanun'un amacıyla düzenlemenin uyumlu olmadığını göstermektedir. Çünkü Kanun'un amacı "*internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek*" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla bir suçun söz konusu olmadığı durumlarda 5651 sayılı Kanun'un uygulanmaması gerekmektedir⁴². Yargıtay'ın da bu konuda benzer bir kararı mevcuttur⁴³. 5651 sayılı

³⁷ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 119.

³⁸ Pilot karar listesi için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/media/8051/pilotkararlar01.pdf>
Erişim Tarihi: 19.05.2022.

³⁹ BÜYÜK, Elif Irmak, *Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 104.

⁴⁰ *Ali Kırık*, § 39.

⁴¹ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 129.

⁴² *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 94.

Kanun'un ilk halinde 8. maddede bazı suçlar tahdidi olarak sayılmışken, 9. maddenin ilk halinde “İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” düzenlenmiş⁴⁴ ve erişim engeli bir tedbir olarak yer almamıştır. İlgili tedbir 2014 yılında yürürlüğe giren 6518 sayılı *Kanun'un* 93. maddesi ile 9. maddeye dahil edilmiştir. Ancak söz konusu tedbir, kişilik haklarının ihlali halinde anılan tedbire başvurma imkânı tanıyarak *Kanun'un* amacına uygun düşmeyen bir engelleme sebebinin *Kanun'a* dahil etmiştir. Ayrıca maddede, kişilik haklarına yönelecek haksız fiilin ağırlığına dair bir ölçüte de yer verilmeyerek kapsam oldukça genişletilmiştir⁴⁵.

Ayrıca 9. madde kapsamında verilen bir erişim engeli kararının ardından, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenler bakımından, söz konusu içeriği yayınlayan kişilere karşı medeni veya ceza yargılamasına başvurma yükümlülüğü de yoktur. Bu yüzden 9. maddede getirilen bu usul, görülmekte olan bir davada ortaya çıkabilecek telafisi güç zararları önleyen ara bir çözüm olmaktan ziyade, şekli yönden kesin

⁴³ DOĞAN, Aişe Sena, *Kişilik Hakkının 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması*, s. 155.

⁴⁴ Maddenin ilk hali;

“Madde 9-(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi on beş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayım sorumlusu hakkında uygulanır”. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523-1.htm> Erişim Tarihi: 18.01.2022.

⁴⁵ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 98.

hüküm teşkil eden özerk bir yoldur⁴⁶. Bu yüzden 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle getirilen sınırlamanın kapsamı, amacı ve sınırları ile sınırlama aracının hukuki niteliğinin müdahalenin kanuniliği yönünden bir takım tereddütlere sebebiyet verdiği AYM tarafından belirlenmiştir⁴⁷. AYM, bu başlık altında ilgili müdahalenin kanunilik şartını taşımadığına karar verdiğini söylemekten kaçınmaktadır. Çünkü kanunilik şartı sağlanmadığı takdirde yapılan müdahalenin ihlal oluşturacağı hususu açıktır. Bu yüzden diğer güvence ölçütlerine uyulup uyulmadığını ele almaya gerek yoktur⁴⁸. AYM'nin bu yaklaşımını *Halime Sare Aysal* kararında görmek mümkündür⁴⁹. Ancak AYM konuyu, derece mahkemelelerinin kararlarının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı yönündeki incelemeden bağımsız şekilde ele alınmasının isabetli olmayacağını belirterek uygulamadaki sorunlara dikkat çekmeyi tercih etmiş görünmektedir⁵⁰. Söz konusu sorunlar kanunilik kapsamında kalsa da aşağıda ayrı başlık altında ele alınacaktır.

b. 9. Maddenin Uygulamasına Yönelik Tespitler

AYM'nin *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri* başvurusunda getirdiği bir başka eleştiri ise sulh ceza hakimliklerinin erişim engeli kararlarına itirazları değerlendirmede yeterli araçlara sahip olmamasıdır. Bu noktada çelişmeli bir yargılama yapılmaması önemli bir eksikliktir. Çünkü somut olaylarda yayın organı veya sorumluları aleyhlerine açılan davada cevap verme konusunda güçlükler mevcuttur. Bu kişilere iddialarını ortaya koyabilecek bir savunma yapma imkânı verilmemesi ifade ve basın özgürlüğünün ihlali anlamına gelmektedir⁵¹. Başvurucular, kararların alınması sürecine dahil değillerdir ve erişim engeli talep edenlerin taleplerine karşı görüş bildirme imkanlarına sahip

⁴⁶ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 101.

⁴⁷ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 102.

⁴⁸ GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s. 343.

⁴⁹ *Halime Sare Aysal*, B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 72–74.; ŞEKER, Gülseven, "Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif Etiksinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1. Yıl: 2021.

⁵⁰ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 102.

⁵¹ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 123.

olamamışlardır⁵². Söz konusu eksikliklerin yargılama sürecinin sonraki aşamalarında giderilmesi bir zorunluluktur. Bunun için de etkili bir denetim mekanizması varlığına ihtiyaç vardır⁵³.

Karardaki en somut önerilerden biri, erişim engeli kararlarına karşı yapılan itirazların çelişmeli yargılama araçlarına yer verecek şekilde ele alınması ve tarafların itiraz aşamasında dinlenmesine imkân sağlanmasıdır. Bu aşamada kararda, itirazı inceleyen sulh ceza hakimliğinin taraflara delil ve savunmalarını ortaya koyabilecek bir imkân sağlaması gerektiğine de yer verilmektedir. Çünkü, AYM'ye göre ifade özgürlüğü sınırlandırılan kişilerin delil sunmak da dahil olmak üzere savunmalarını ortaya koyma imkanı bulabilecekleri, hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama hakkına sahip olabilecekleri tek merci itiraz makamıdır⁵⁴. CMK'nın 271. maddesine göre itirazlara da duruşma yapılmadan karar verilmektedir ama itiraz makamının incelemesini tamamlaması bir süreye bağlanmamıştır. Ayrıca ilgili kanun, her ne kadar itiraz makamının takdirine bıraksa da şikâyet konusu olayla ilgili olarak araştırma ve inceleme yapma yetkisini tanımaktadır. Dolayısıyla itiraz makamının, iki tarafın iddialarını dinlemesinin, dosyadaki eksiklikleri tamamlamasının ve karşı tarafa gerekli güvenceleri sağlayarak çatışan haklar arasında bir dengeleme yapmasının önünde bir engel yoktur⁵⁵. Ancak karar kapsamındaki hiçbir başvuruda bu yola gidilmemiştir⁵⁶.

Ek olarak 9. maddedeki kuralın kapsamı ve sınırlarının belirli olmaması yargı makamlarına oldukça geniş bir takdir alanı yaratmaktadır. Dolayısıyla bu durum engelleme kararlarına yapılan itirazlardan sonuç almanın zor olduğunu göstermektedir⁵⁷. Bu yönüyle 9. maddedeki kural meşru bir sınırlandırma sebebi sunmuş ancak sulh ceza hakimliklerinin bu yetkiyi nasıl kullanacaklarına dair bir tarif yapmamış ve sınırlandırma yaparken sulh ceza hakimliklerine demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı karar vermelerine yardımcı olacak araçları

⁵² Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 124.

⁵³ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 125.

⁵⁴ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 126.

⁵⁵ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 127.

⁵⁶ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 128.

⁵⁷ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 129.

sunamamıştır⁵⁸. Bu yüzden AYM, 9. maddenin ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin temel güvencelere sahip olmadığını tespit ederek, ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığı sonucuna varmıştır⁵⁹.

c. Etkili Başvuru Hakkı

Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Diğerleri Başvurusu kararında başvuru sahiplerinin etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine dair itirazları da AYM tarafından değerlendirilmiştir. Etkili başvuru hakkı, AİHM içtihadı çerçevesinde ele alındığında dört alt ilke içermektedir. Bunlar; erişilebilirlik, etkinlik, verimlilik ve önceki ihlallere olası uygulama olarak sıralanabilir⁶⁰. Yine AİHM içtihadına göre hukuk yolunun etkililiği hem hukuki hem de pratik açıdan etkisine göre belirlenmektedir. Bu durumda, söz konusu hukuk yolunun kullanılması ihlali engelleyememelidir⁶¹. İhlal iddiasına ilişkin çare sunmadığı hususunda genel kabul olan bir yolu tüketme zorunluluğu ise kişilere yüklenemez⁶².

AYM, başvuru sahiplerine itiraz amacıyla tanınan hukuki yolların pratikte başarı sağlayacak yollar olması gerektiğini, bu durumun da çelişmeli yargılamaya imkân verecek şekilde tarafların dinlenebilecekleri ve karara itiraz edebilecekleri bir mahkemenin varlığını gerekli kıldığını belirtmektedir. Böyle bir mahkemenin yokluğu, başvuru sahiplerinin etkili bir başvuru yoluna sahip olmadığı anlamına gelecektir. *5651 sayılı Kanun*'un 9. maddesinin, sulh ceza hakiminin kararına karşı itiraz hakkını tanımış olması, AYM tarafından bu noktada etkili bir başvuru yolu olarak görülmemiştir. Çünkü, itiraz edilen sulh ceza hakimlikleri gerekçeli kararlarında, başvuru sahiplerinin iddia ve delillerini dikkate almamış, erişim engellenmesi tedbirinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı olup olmadığını değerlendirmemiştir. Bu yüzden söz konusu

⁵⁸ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 131.

⁵⁹ *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 133.

⁶⁰ KAMA, Sezen, "What Is the Meaning of an Effective Remedy? An Approach of the European Court of Human Rights on Effectiveness", *Kamu Hukuku Arşivi*, C. 14, S. 1, Yıl: 2014, s. 32.

⁶¹ HARRIS, D. J. et al., *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2009, s. 562.

⁶² DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt 1*. Baskı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 562.

itiraz yolu AYM tarafından, etkili bir başvuru yolu olarak nitelendirilmemiştir⁶³.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamında yapılan itirazlar, mevcut CMK düzenlemesine göre bir üst numaralı sulh ceza hakimliğine yapılmaktadır. Bu noktada bir öneri olarak yakın zamanda CMK'ya eklenen bir düzenlemeden bahsetmek yerinde olacaktır. 7331 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen, CMK'nın 268. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi, tutuklama ve adli kontrole ilişkin olarak verilen sulh ceza hakimliği kararlarına karşı itirazların asliye ceza mahkemelerine yapılacağını öngörmektedir. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi kapsamındaki itirazların da asliye ceza mahkemeleri tarafından incelenecek işlemler kapsamına alınması, AYM'nin yukarıda belirttiği eksikliklerin çözümüne dair bir önlem olarak düşünülebilir. Ayrıca söz konusu itiraz incelemesinin asliye ceza mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi, çelişmeli yargılama yapılmasına, tarafların iddialarının dinlenmesine ya da bilirkişi incelemesi gibi yollarla olayın esasına girilerek erişim engeli kararının denetlenmesi de imkân sağlayabilir⁶⁴.

Yine yakın zamanda Hakimler Savcılar Kurulu (HSK) tarafından, sulh ceza hakimliklerine belirli bir kıdeme erişen hakimlerin görevlendirileceği konusunda ilke kararı alınmıştır⁶⁵. Bu durum da kararların daha tecrübeli hakimler tarafından verilmesine imkân sağlayabilir.

2. AYM'nin Kararda Getirdiği Öneriler

İhlalin kanundan kaynaklandığı tespit eden AYM, sonraki aşamada yeni ihlallerin önüne geçmek için nasıl bir düzenleme yapılması gerektiğine dair önerilere de yer vermiştir. Kuşkusuz bu önerileri hayata geçirecek kanuni düzenlemeleri yapmak yasama organının takdirinde-

⁶³ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 141-145.

⁶⁴ Önceki yıllarda var olan bu yolun hakimim takdiriyle de olsa etkili bir hukuki denetim sağlayabileceğine ancak yine de bu durumun 9. Maddede öngörülen erişim engeli usulünün anayasaya aykırılığını gidermeyeceğine ilişkin görüş için bkz. GÖZLER, 'Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi', s. 1068-1069.

⁶⁵ Söz konusu karar için bkz.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/01/20220121-8.pdf> Erişim Tarihi: 21.01.2022.

dir. AYM bu yüzden kararın bir örneğinin TBMM'ye gönderilmesine hükmetmiştir⁶⁶. AYM'nin konuyla ilgili önerileri; öngörülebilirlik, erişim engeli kararlarının mahiyeti, çelişmeli yargılama, hükmün kanun yollarıyla denetimi, tedbirin geçiciliği ve istisnailiği üzerine yoğunlaşmaktadır.

İlk olarak AYM'ye göre 9. madde öngörülebilir bir niteliğe kavuşmalıdır. Maddedeki erişim engellemesi usulünün kapsamı ve hukuki niteliği açık ve net bir şekilde yeniden düzenlenmelidir. Ancak bu kapsam oldukça dar tutulmalı ve kullanımı acil bir toplumsal ihtiyacın zorunlu kıldığı durumlara özgülenmelidir. Bu bağlamda 9. madde, 5651 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle uyumlu hale getirilmelidir. Hangi davranışın hangi hukuki sonuca bağlandığı ve kamusal makamlara nasıl bir müdahale yetkisi verdiği ortaya konulmalıdır. Bu yüzden kişilik haklarına dair getirilen korumanın sınırları netleştirilmeli ve erişim engeline sebep olabilecek haksız fiillerin hangi düzeye ulaşması gerektiğine dair bir ölçüt belirlenmesi gibi kriterler oluşturulmalıdır.

AYM tarafından yapılan bir diğer öneri de erişim engeli kararının hukuki mahiyetine dair bir belirleme yapılmasıdır. Eğer söz konusu karar bir koruma tedbiri ise buna uygun şekilde yargılama yapılmalı ve erişim engellenenin akıbeti tedbir kararının ardından yapılacak çelişmeli yargılamada belirlenmelidir. Ancak internet üzerinden yapılan ihlallerde failerin bulunmasının kolay olmaması her durumda failerin bulunup soruşturulmasını veya yargılanmasını mümkün kılmadığı için her durumda yargılama makamlarına böyle bir yükümlülük yüklenmemelidir. Bu yüzden alternatif yargılama usulleri meşru olmakla birlikte bu usullerin keyfi uygulamalara yol açmaması gerekmektedir. Bu çerçevede usule ilişkin güvenceleri içermesi de kaçınılmazdır.

Usuli güvenceler için ise erişim engeline itiraz edildiğinde itirazda bulunanların delil sunmak da dahil olmak üzere savunmalarını ortaya koymaları, hukuki dinlenilme ve çelişmeli yargılama haklarına sahip olmalarını içeren bir mekanizma kurulmalıdır. Çünkü ilk derece mahkemesi gibi hızlı değerlendirmede bulunma yükümlüğü, itiraz söz konusu olduğunda geçerli olmayacak ve taraf teşkili kendiliğinden sağ-

⁶⁶ Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], § 159.

landığından söz konusu imkanlar uygulama alanı bulabilecektir. Karara itiraz edilmediğinde ise devletin böyle bir yargısal mekanizma kurma yükümlülüğü sona erecektir. Mevcut kanuni düzenlemeye yapılacak bir ek ile itiraz mercii, tarafların aktif katılımını öngören çelişmeli bir yargılama yapmakla ve yargılamanın ilk aşamasındaki eksiklikleri telafi etmekle görevlendirilebilir. Kuşkusuz bu durum bir itiraz olsa da davanın esasına ilişkin ilk kez karar verilmektedir. Bu yüzden de bu karara karşı, istinaf veya temyiz gibi etkili bir adli denetim mekanizmasına yer verilmelidir. Bu durum, ifade ve basın özgürlüğüne yönelik ihlallerin önlenmesi açısından önemlidir.

Bir diğer öneri ise engelleme kararlarının süresiz olarak verilmesine hususudur. Mahkeme'ye göre bu durum ağır bir müdahale oluşturmaktadır. Bu yüzden erişim engelleme kararların istisnai niteliğine vurgu yapılarak, son çare ya da son önlem olarak uygulanması sağlanmalıdır. Yapılacak düzenlemede, erişim engeli tedbirine başvurmadan önce etki değerlendirmesi yapılması, internet içeriğine gecikmeksizin erişimin engellenmesinin haklı çıkarılması, kullanılacak araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir dengenin sağlanması yükümlülüğü getirilmeli ve ayrıca erişimin engellenmesi yöntemi dışında alternatif araçlara da yer verilmelidir⁶⁷.

III. KARAR SONRASINDA OLASI SENARYOLAR

A. AYM'nin 9. Maddeyi İptal Etmesi Mümkün Müydü?

2010 yılında referandumla kabul edilip 23 Eylül 2012 tarihinde Türk hukukuna giren bireysel başvuru yolunda AYM'nin norm iptali yapıp yapamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Çünkü, bir üst başlıkta da bahsedildiği üzere AYM'nin bir ihlalin kanun hükmünden kaynaklandığını tespit etmesi, kanun değişmedikçe ya da yürürlükten kalkmadıkça benzer ihlallerin tekrarlanacağı anlamına gelmektedir. Bu yüzden söz konusu yasal düzenlemenin AYM tarafından iptali, ihlallerin önünü kapatacak bir işlev görebilir. Ancak AYM'nin bireysel başvurularında böyle bir karar verip veremeyeceği konusunda farklı argümanlar ortaya atılmaktadır.

⁶⁷ Tüm öneriler için bkzn. *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri* [GK], § 137.

AYM'nin bireysel başvuru kararlarında norm iptali yapabilmesinin en temel gerekçesi, 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*'un (AYM Kanunu) 50. maddesine göre; ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmeden bir mahkeme olmasıdır⁶⁸. Kaldı ki Anayasa'nın 148. maddesine göre AYM'nin en temel işlevi, anayasaya aykırı kanunları hukuk düzeninden elemektir. Ayrıca Anayasa'nın 11. maddesine göre de kanunların anayasaya aykırı olması mümkün değildir. Dolayısıyla bu iki hükümden hareketle AYM'nin yargılama faaliyeti yürütürken uygulayacağı bir hükmün anayasaya aykırı olduğu şüphesi duyması durumunda bunu görmezlikten gelmesi kabul edilemez⁶⁹.

Bu yüzden AYM'nin bireysel başvuru sonucunda gerekli bir tedbir olarak ilgili kanun hükmünü iptal yetkisine sahip olduğu düşünülebilir. Bu konuda en mümkün yol ise bireysel başvuru yolunda somut norm denetimi incelemesine gidilmesidir. Şirin'e göre; AYM bir anayasa şikâyeti karşısında, *AYM Kanunu*'nun 45. maddesinin 3. fıkrasını⁷⁰ uygu-

⁶⁸ Kararlar

"Madde 50 - (1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

(3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir.

(4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.

(5) Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir".

⁶⁹ ŞİRİN, Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 295.

⁷⁰ "45(3) Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz".

lamak yerine, şikâyetçi tarafın istemi üzerine veya re'sen bu hükmün anayasaya aykırılığını tespit etmeli ya da kanunlara karşı anayasaya aykırılık incelemesi yapabilmelidir. Bu durumda Bölüm önündeki anayasa şikâyetini incelerken, konuyu bekletici mesele sayarak, dosyayı AYM Genel Kurulu'na sunmalı ve Genel Kurul anılan hükmü iptal etmelidir⁷¹. Aydın ise bu konuda farklı bir çözüm önermektedir. Buna göre AYM, bu durumda dosyayı somut norm denetimi yoluna başvurmak üzere ilgili mahkemeye göndermeli, ilgili mahkeme de inceleme konusu yapılan düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla AYM Genel Kurulu'na taşınmasını sağlamalıdır. Ancak bu çözümde ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda ilgili mahkemeye gönderim yapılmasından dolayı uygun görülmemektedir. Aydın'ın getirdiği diğer çözüm ise AYM'de bireysel başvuru incelemesini yapan bölümlerin anayasaya aykırı olduğunu düşündükleri kanun hükmünü somut norm denetimi yoluyla AYM Genel Kurulu'na taşımalarıdır⁷². Bir başka ihtimal olarak ise bireysel başvurularda davada uygulanacak hüküm olan *AYM Kanunu*'nun 45. Maddesinin 3. fıkrasının anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi ve böylelikle doğrudan yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemlere karşı bireysel başvuru yolunun açılması önerilmektedir⁷³.

Ancak genel anlamda bireysel başvuru yolu, hukuk kurallarının anayasaya uygunluğunun incelendiği bir yol değildir⁷⁴. Bir başka deyişle AYM, bireysel başvuru yolunda ilgili kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını incelememektedir. Bireysel başvuruda incelenen ilgili kanunun Anayasa'da ve AİHS'te düzenlenmiş hakları bir başka deyişle bireysel mekanizmasıyla korunan temel hakları ihlal etmiş olup olmasıdır⁷⁵. Dolayısıyla bu karar soyut ya da somut norm denetiminde olduğu

⁷¹ ŞİRİN, Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru)*, s. 297.

⁷² AYDIN, Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4, Yıl: 2011, s. 144.

⁷³ AYDIN, Öykü Didem, s. 145.

⁷⁴ ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 791.

⁷⁵ KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2021, s. 368.; AYDIN, Öykü Didem, s. 137.

gibi anayasaya aykırılık incelemesi mahiyetinde değildir. Bu durum ilgili kanunun iptali yetkisinin olduğu konusunda kesin cevap bulmayı zorlaştırmaktadır.

AYM'nin norm iptali yapamayacağı, yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı düzenlemesiyle gerekçelendirilmektedir. Özbudun'a göre ise Anayasa'da norm iptalinin dayanağı olarak sadece iptal davası ve itiraz yolunun öngörülmesi ve söz konusu anayasa değişikliğinde bu maddelerde bir değişiklik yapılmaması, AYM'nin re'sen harekete geçerek ihlale sebebiyet veren kanunu iptal edemeyeceği anlamına gelmektedir⁷⁶. Bu noktadaki bir başka gerekçe ise AYM'nin norm iptali yetkisinin, Hükümet tasarısında⁷⁷ yer alıp sonradan yasalaşmadan tasarıdan çıkartılmasıdır⁷⁸. Bu durum, kanun koyucunun AYM'ye bu yetkiyi vermek istemediği şeklinde yorumlanabilir. Göztepe'ye göre AYM'nin anayasaya aykırılığı tespit edip ilgili kanunun iptali için Genel Kurul'a başvurmayı içtihat yoluyla benimsemesi mümkündür ama bu durumda tarihsel yorum tamamen göz ardı edilmiş olmaktadır⁷⁹. Buna ek olarak İyimaya, AYM'ye bu görev yasayla değil, yalnızca anayasayla verilebilir şeklinde bir belirlemede bulunarak söz konusu düzenleme tasarıdan çıkartılmayıp yasalaşmış olsaydı dahi, AYM'nin somut norm denetimi yapamayacağını ifade etmektedir⁸⁰.

⁷⁶ ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 391.

⁷⁷ Söz konusu tasarıya göre 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin 6. fıkrasındaki ibare şu şekildedir:

"(6) Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlalinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar"

⁷⁸ Konuyla ilgili gelişmelerin detaylı değerlendirmesi için bknz. YILDIZ, Ceren, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2021, S. 2, Yıl: 2021, s. 373.

⁷⁹ GÖZTEPE, Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 24, S. 95, Yıl: 2011, s. 32.

⁸⁰ İYİMAYA, Ahmet, "Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 27, S. 116, Yıl: 2015, s. 428.

AYM de şimdiiye kadar vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında bu durumu kanıksamış ve bireysel başvuru incelemelerinde ihlalin kanundan kaynaklandığını tespit etse dahi, iptal yoluna gitmeyerek ilgili yasa hükmünü uygulamamış, yasama organına çağrı yapmakla yetinmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine yönelik olarak verilen *YouTube* kararı⁸¹, AYM'nin konuya yaklaşımı açısından önemli bir örnektir. Söz konusu kararda AYM, başvuruçuların anayasaya aykırılık iddiasının Genel Kurul tarafından incelenmesi talebini değerlendirmeye almamış ama kararda farklı bir usulle de olsa Genel Kurul tarafından somut norm denetimi yapılmıştır. Ancak sonuç itibariyle AYM, kanunu iptal etmemiş, ihmal etmiştir⁸². Bu durum Amerikan tipi anayasa yargısındaki ihmal kurumunu akla getirmektedir.

Bir başka örnek ise evli kadının eşinin soyadını alması hakkındaki *TMK*'nin 187. maddesiyle ilgili olarak AYM'nin vermiş olduğu kararlar⁸³. AYM, ilgili *TMK* hükmünü iptal etmemiş ama Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereği AİHS'in üstün olduğunu belirtmiştir. Bu karar, *TMK* hükmünü zımnen ilga etse de hükmün uygulanması sürmektedir⁸⁴. Ancak doktrinde Anayasa'nın 90. maddesinin normlar arasındaki çatışma durumuna bir çözüm getirdiği ve bu durumun bir ilga olamayacağı da ifade edilmektedir⁸⁵.

AYM bir başka kararında da "*bireysel başvuru kapsamında, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılamaz*"⁸⁶ şeklinde hüküm kurmuştur. Bu yüzden, bireysel başvurunun yasama işlemine değil, onun

⁸¹ *YouTube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri* [GK], B. No: 2014/4705, 29/05/2014.

⁸² EREN, Abdurrahman, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı*, C. 32, S. 1, Yıl: 2016, s. 251.

⁸³ Söz konusu kararlar; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013; *Gülsim Genç*, B. No: 2013/4439, 06/03/2014; *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No: 2014/5836, 11/07/2015.

⁸⁴ Konu hakkında detaylı açıklamalar için bknz. 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.

⁸⁵ ERGÜL, Ozan, 'Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir', *Yıldırım Uler'e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014.

⁸⁶ *Gökhan Ünal*, B. No: 2012/30, 05/03/2013.

uygulanmasına yönelik olarak yapılabileceği kabul edilmektedir⁸⁷. Ancak AYM'nin bireysel başvurularda ihlalin kaynağı olan kanun hükmünü iptal yetkisine sahip olması anayasaya uygun bir kamu düzeninin tesisi için gereklidir⁸⁸. İhlalin kanundan kaynaklandığı durumlarda ihlalin tekrarlanmaması ve TBMM'nin konuya dair yasal düzenleme yapmaya hukuk yoluyla zorlanabilmesi açısından bu yola ihtiyaç vardır.

B. TBMM'nin Düzenleme Yapması

AYM kararda ortaya koymuş olduğu öneriler ışığında, kanun hükmünü gözden geçirmek üzere, söz konusu kararın bir örneğinin TBMM'ye gönderilmesine karar vermiştir⁸⁹. Aynı kararda AYM, söz konusu maddeyle ilgili olarak elinde bulunan dosyaları ve yeni gelecek başvuruları bir yıl süreyle incelemeyeceğini ifade etmiştir. Doktrinde AYM'nin kanunun ilgasına yönelik bir karar vermesi halinde bu ilga işlemini gerçekleştirecek organ olan TBMM'nin bu karara uymayan üyelerinin yargı kararlarını yerine getirmemekten dolayı sorumlu olacakları söyleyen görüşler olsa da⁹⁰, TBMM'nin bu süre zarfında kanunu değiştirmek yönünde bir zorunluluğu mevcut değildir. Çünkü Kılıç'ın ifade ettiği gibi, AYM'nin bireysel başvuru kararlarında, yasama yetkisinin kullanımına müdahale etmediği açık bir şekilde ifade edilmektedir ve bu tür bir bildirim, kanun teklifi hüküm ve etkisinde değildir⁹¹.

Unutmamak gerekir ki, AYM'nin somut norm denetiminde vermiş olduğu erteleme kararlarında dahi TBMM'nin erteleme süresince bir yasal düzenleme yapma yükümlülüğü hukuken yoktur. Bu durum olsa olsa siyasi anlamda bir sorumluluk doğurabilir. Ancak yine de kanun değişikliği yapılmaması durumu kanunun uygulanmasından doğan ihlallerin sayısını artırma potansiyeline sahiptir⁹².

⁸⁷ KARAN, Ulaş, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 154.

⁸⁸ GÖZTEPE, s. 32.

⁸⁹ Şimdiye kadar TBMM'ye bildirilmesine karar verilen bireysel başvuru kararlarının değerlendirmesi için bkz. KILIÇ, Abbas, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi", *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 1, Yıl: 2021.

⁹⁰ Söz konusu görüş için bkz. AYDIN, Öykü Didem, s. 142.

⁹¹ KILIÇ, s. 122.

⁹² YILDIZ, s. 412.

AYM'nin ihlalin kanundan kaynaklandığına hükmettiği kararlardan bazılarının sonunda TBMM, gerekli yasal düzenlemeyi yerine getirmiş, bazılarında da yasal düzenleme yapmama yolunu tercih etmiştir. Ancak hukuk devleti açısından ideal olan, sürekli olarak ihlale sebebiyet verme ihtimalindeki bir kanun hükmünün yasama organı tarafından süratle değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılmasıdır. Nitekim şimdiye kadar AYM'nin vermiş olduğu benzer kararlarda TBMM'nin bazı konularda, gerekli yasal düzenlemeleri yaptığı görülmektedir. Bunlara örnek olarak; *Y. T. başvurusu*⁹³, *Bedrettin Morina başvurusu*⁹⁴ verilebilir⁹⁵.

Ancak kadının soyadına dair AYM kararları gibi TBMM'nin henüz bir düzenleme yapmadığı durumlar da mevcuttur. Üstelik bu kararların AYM tarafından TBMM'ye bildirilmesine karar verilmemiştir⁹⁶. Bu kararlara ek olarak *Süleyman Başmeydan başvurusunda*⁹⁷ yapılan bildirim karşılıksız kalmış, *Recep Bekik ve Diğerleri başvurusunda*⁹⁸ ise yetersiz bir yasal düzenleme yapılarak ihlal potansiyeli artırılmıştır⁹⁹. Dolayısıyla TBMM'nin yasal düzenleme yapmama ihtimali de mevcuttur. Bu durum benzer ihlallerin tekrarlanacağı anlamına gelmektedir. Özellikle AYM'nin benzer başvuruların görüşülmesini bir yıl süreyle ertelemesi, yeni ihlallerin bu süre zarfında AYM korumasından faydalanamayacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bir yıllık erteleme kararı, somut norm denetiminde olduğu gibi yasama organı üzerinde bir baskı yaratmamakta, tam tersi yasama organının üzerinden belirli bir süreliğine bu yükümlülüğü almaktadır.

Bu çerçevede, TBMM'nin konuya dair yaklaşımın ne olacağı bilinmemekle birlikte, ideal bir düzenlemenin ne şekilde olması gerektiği konusunda birtakım önerilerde bulunmak faydalı olacaktır. İlk olarak AYM kararında işaret edilen öneriler internet sitelerine erişim engeli konusunda yol gösterici niteliktedir. Özellikle 9. maddenin istisnai nitelikte olduğunun vurgulanması ve her ihlal iddiası karşısında 9. madde-

⁹³ *Y. T., B. No: 2016/22418, 30/05/2019.*

⁹⁴ *Bedrettin Morina, B. No: 2017/40089, 05/03/2020.*

⁹⁵ Söz konusu kararlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. YILDIZ, s. 380-392.

⁹⁶ KILIÇ, s. 122.

⁹⁷ *Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/06/2019.*

⁹⁸ *Recep Bekik ve Diğerleri, B. No: 2016/12936, 27/03/2019.*

⁹⁹ Söz konusu kararlar hakkında detaylı açıklamalar için bkz. YILDIZ, s. 385-395.

deki usulün işletilmemesine dair bir düzenleme yapılması şarttır. Burada 5651 sayılı Kanun'un amacından hareketle kişilik hakkını ihlal ve aynı zamanda suç teşkil eden içeriklerin erişim engeline konu olması gerekmektedir. Tedbirin geçiciliğin güvence altına alınması için tedbir belirli bir süreyle sınırlı tutulabilir. Tedbirin belirli bir süreyle sınırlı olması AİHM kararlarından da çıkan bir sonuçtur¹⁰⁰. Bir başka ihtimal olarak söz konusu içeriğe dair şikâyet üzerine ya da re'sen soruşturma açılarak cumhuriyet savcısının talebine dayanarak tedbirin devamına dair sulh ceza hâkimi tarafından tekrar inceleme yapılması, kovuşturma aşamasında da davaya bakan mahkeme tarafından erişim engeli tedbirinin devamına dair karar verilmesi uygun olacaktır. Yargılama sonucunda çıkacak kararlara karşı kanun yollarına başvurmak ve erişim engeline dair hak arama yollarını kullanmak da bu yolla mümkün olacaktır. Belirtmek gerekir ki AİHS'in 6. maddesi bağlamında ihlallere sebebiyet verilmemesi için uygun hak arama yollarının sunulması da bir gerekliliktir¹⁰¹. Yukarıda bahsedilen çözümden bağımsız olarak; soruşturma süreci başlamadan da içeriğe erişimin engellenmesi kararına yapılacak itirazların asliye ceza mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi yerinde olacaktır. AYM kararında da belirtildiği üzere itiraz sürecinde taraf teşkili kendiliğinden sağlandığı ve emredici bir süre sınırı olmadığı için çelişmeli yargılamaya bu yolla da imkân sağlanabilir.

SONUÇ

AYM'nin *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret AŞ ve Diğerleri Başvurusu* kararı şimdiye kadar olan bireysel başvuru kararlarından farklılaşmaktadır. Önceki kararlarda 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin uygulamasındaki eksik yanları vurgulayan ve ihlal kararları veren AYM, artık ihlallerin kanundan kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Bireysel başvuru kararlarında kanun metinlerini anayasaya aykırı olduğu gerekçeyle iptal etmeyen AYM, kanundan kaynaklanan sorunların giderilmesi için TBMM'ye bildirim ve önerilerde bulunmuştur. Dolayısıyla konuyla ilgili kanundan kaynaklı sorunları çözmek TBMM'nin takdirindedir. Ayrıca ilgili başvuruda pilot karar usulü uygulandığı için AYM benzer

¹⁰⁰ KAYA, Mehmet Bedii, s. 512.

¹⁰¹ KAYA, Mehmet Bedii, s. 511.

nitelikteki mevcut ve yeni yapılacak başvuruları bir yıl süreyle incelemeyeceğini belirtmiştir. Ancak kanun iptali olmadan böyle bir erteleme kararı verilmesi, TBMM üzerinde ilgili kanunun değiştirilmesi yönünde bir zorlayıcılık yaratmamaktadır. Hatta tam tersi, TBMM'nin bu bir yıllık süre zarfında ihlal kararı gelmeyeceğinden dolayı daha yavaş hareket etmesi sonucu da ihtimal dahilindedir. Kararın 9. maddedeki eksikliklere ilişkin tespitleri yerinde olmakla birlikte, bir yıl süreli ertelemenin yerinde olmadığı ve bu sürenin yeni ihlallere kapı aralayacağı düşünülmektedir.

Konuyla ilgili olarak AYM'nin getirmiş olduğu öneriler doğrultusunda bir kanun değişikliği yapılması hukuk devleti ilkesi açısından zorunludur. Aksi halde ifade özgürlüğü ve adil yargılanma hakları özelinde birçok ihlalin doğması kaçınılmazdır. Bu yüzden kararda yer verilen tavsiyeler doğrultusunda yapılacak yasal düzenlemede öncelikle, erişim engeli tedbirinin belirli bir süreyle sınırlı olması gerekmektedir. Tedbire karşı gidilecek itiraz kanun yolunun etkili bir başvuru yolu olmadığı da AYM kararıyla tespit edilmiştir. Dolayısıyla itiraz hakkına sahip olanlar için delillerini ve savunmalarını ortaya koyabilecekleri yeni mekanizmalar oluşturulmalı, buradan çıkan kararlara karşı da kanun yollarına gidebilme imkânı sağlanmalıdır. Bir model önerisi olarak AYM kararında işaret edildiği üzere, 9. maddenin 5651 sayılı Kanun'un amacına uygun olarak yalnızca suç unsuru taşıyan yayınlar bakımından uygulanabilir olması gerekmektedir. Dolayısıyla kişilik hakkını ihlal eden yayının aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda klasik ceza yargılaması yolu da açılmış olacaktır. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma evrelerinde erişim engeli tedbirinin akıbeti inceleme konusu olabilecektir. Davanın sonuçlanmasının ardından kanun yolu incelemesinde de söz konusu tedbirin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesi mümkün olacaktır. Böyle bir düzenleme yapılmadığı takdirde ise sulh ceza hakimlikleri tarafından verilen kararlara yapılan itirazların asliye ceza mahkemeleri tarafından karara bağlanması da başka bir çözüm önerisidir. Bu durumda asliye ceza mahkemeleri tarafların iddia ve savunmalarını dinleyerek, gerekli gördüğü takdirde araştırma yaparak kişilik hakkına yönelen bir ihlal olup olmadığını karara bağlayacak imkanlara sahip kılınmalıdır.

KAYNAKÇA

- ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AYDIN, Gülşah Sinem, *Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- AYDIN, Öykü Didem, *Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 4. Yıl: 2011.
- BÜYÜK, Elif Irmak, *Medeni Usul Hukukunda İnşai Dava ve İnşai Hüküm*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- DOĞAN, Aişe Sena, *Kişilik Hakkının 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi Kapsamında Korunması*, *Bilişim Hukuku Dergisi*, C. 2, S. 2. Yıl: 2020.
- DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*. 1. Baskı, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- EREN, Abdurrahman, *Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri*, *Anayasa Yargısı*, C. 32, S. 1, Yıl: 2016.
- ERGÜL, Ozan, *Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir*. In: *Yıldırım Uller'e Armağan*, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014.
- GÖNEN, Doruk, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- GÖZLER, Kemal, *Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usûlü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanunun 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi*. *Rona Aybay'a Armağan I (Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı)* 2014.
- GÖZTEPE, Ece, *Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 24, S. 95, Yıl:

2011.

GÜRKAYNAK, Gönenc/YILMAZ, İlay/KARA, Pınar, Türk İnternet Hukuku Uygulamasının ve Mevzuatının Evriminin İlk Dönemini Tamamlaması İçin Öneriler ve Gözlemler. In: . Available at: <https://www.gurkaynak.av.tr/docs/Turk_Internet_Hukuku_Uygulamasinin_ve_Mevzuatinin_Evriminin_Ilk_Donemini_Tamamlaması_Icin_Oneriler_ve_Gozlemler.pdf>

HARRIS, D. J. et al, *Harris, O'Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. 2nd ed., Oxford University Press, Oxford ; New York, 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.

HELVACI, Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayınları, İstanbul, 2017.

İYİMAYA, Ahmet, Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 27, S. 116, Yıl: 2015.

KABOĞLU, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, 16. Baskı. Legal Yayınları, İstanbul, 2021.

KAMA IŞIK, Sezen, *Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış: 2016/679 Sayılı GVKT (GDPR) ile 6698 Sayılı KVKK'nin Detaylı Analiz ve Karşılaştırması İle*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

KAMA, Sezen, What is the Meaning of an Effective Remedy? An Approach of the European Court of Human Rights on Effectiveness, *Kamu Hukuku Arşivi*, C. 14, S. 1, Yıl: 2014.

KANADOĞLU, Korkut, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

KARAKAYA, M. Süheyl, 5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükümü. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. C. 30, S. 137, Yıl: 2018.

KARAN, Ulaş, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

- KAYA, Mehmet Bedii, *İnternet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- KAYA, Mine, Almanya'da İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, Yıl: 2015.
- KENT, Bülent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KILIÇ, Abbas, Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi, *Anayasa Yargısı*, C. 38, S. 1, Yıl: 2021.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ŞEKER, Gülseven, Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif Etkisinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 1, 2021.
- ŞİRİN, Tolga, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ŞİRİN, Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- SÖZÜER, Eren, *Unutulma Hakkı: İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TURGUT, Cemile, *Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- YILDIZ, Ceren, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Hak İhlalinin Kanundan Kaynaklanması Sorunu ve Bu Soruna İlişkin Çözüm Önerileri, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2021, S. 2, Yıl: 2021.
- Unutulma Hakkı (Unutulma Hakkının Arama Motorları Özelinde Değerlendirilmesi)*, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Ankara 2021.

TASARRUF FİNANSMAN ANONİM ŞİRKETLERİNİN HUKUKİ YAPISI, FAALİYETLERİ VE BU ŞİRKETLERDE MENFAAT SAHİPLERİNİN KORUNMASI

Dr. Öğr. Üyesi Altan Fahri GÜLERCİ*

Öz

Tasarruf finansman şirketleri çok sayıda kişiden para toplanması ve toplanan paraların kendine özgü usullerle finanse edilmesi gibi bankacılığa benzer faaliyetlerde bulunmaktadır. Ancak 2021 yılına gelene kadar bu şirketlere güvenerek tasarruflarını yatıran menfaat sahiplerini koruyacak ve şirketlere kurumsal bir nitelik kazandıracak hukuki düzenlemeler yapılmamıştır. Bu çalışmada tasarruf finansman sistemi hakkında sadece temel bilgiler verilmiş olup, çalışmanın ana konusu tasarruf finansman şirketleridir. Bu minvalde tasarruf finansman anonim şirketleri hakkında getirilen hukuki düzenlemeler incelenecektir. Yeni düzenleme ile bu kurumların anonim şirket şeklinde kurulmaları zorunlu kılınmıştır. Bu anlamda şirketlerin kuruluşu, yönetimi ve faaliyetleri irdelenecek, Türk Ticaret Kanunu ve Bankacılık Kanunu ile mukayesesi yapılacaktır. Tasarruf finansman anonim şirketlerinde menfaat sahiplerinin korunması büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla şirketlerin finansal yapısının korunması, tasfiyesi ve sorumluluk hallerine ilişkin getirilen düzenlemeler de ayrıca irdelenecektir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Afyonkarahisar, Türkiye | Asst. Prof., Afyon Kocatepe University, Faculty of Law, Commercial Law, Afyonkarahisar, Turkey.

✉ afgulerici@aku.edu.tr • ORCID 0000-0001-8731-4181

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: GÜLERCİ Altan Fahri Anıl, "Tasarruf Finansman Anonim Şirketlerinin Hukuki Yapısı, Faaliyetleri Ve Bu Şirketlerde Menfaat Sahiplerinin Korunması", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 999-1042

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Tasarrufa dayalı finansman • Tasarruf finansman anonim şirketi • Kurumsal yönetim • Finansal yapı • Tasfiye

LEGAL STRUCTURE, ACTIVITIES, AND PROTECTION OF STAKEHOLDERS OF SAVINGS FINANCE JOINT-STOCK COMPANIES

Abstract

Savings finance joint-stock companies engage in activities similar to banking, such as collecting money from a large number of people and financing the collected money with their own unique methods. However, until 2021, no legal arrangements have been made to protect the stakeholders who trust these companies and invest their savings, and give companies a corporate character. In this study, just basic information, about the saving-based financing system is given, and the main subject of the study is financial saving companies. In this context, as a joint-stock company, legal regulations about savings-based financing companies will be examined. The new regulation necessitated the establishment of these institutions as joint-stock companies. In this sense, the establishment, management, and activities of the companies will be examined and compared with the Turkish Commercial Code and the Banking Law. Protection of stakeholders is of great importance in savings finance joint-stock companies. Therefore, the regulations regarding the protection of the financial structure of the companies, their liquidation, and liability problems will also be examined.

Key Words

Saving based finance • Savings finance joint-stock company • Corporate governance • Financial structure • Liquidation

GİRİŞ

Tasarruf finansmanı, ülkemizde eskiden beri yaygın bir şekilde uygulanan altın günü esasının, sistematik hale getirilip taşıt ve konut alımları için finansman aracına dönüştürülmesidir. Bu yönüyle “dayanışmalı sözleşme ilişkisi” olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak sanıldığı gibi aksine faizsiz olma ya da İslami finansman aracı olma dünya genelindeki tasarruf finansman sistemleri açısından *conditio sine qua non* niteliğinde de değildir. Zira tasarruf finansman sistemi ve buna ilişkin şirket ve kurumların kökeni İngiltere’dir. Sistemi Türkiye’ye özgü kılan temel özellik ise faizsiz bir finansman aracı niteliğine sahip olması ve bu amaçla

kurulacak şirketlerle ilgili getirilen hukuki düzenlemelerin, faizsiz tasarruf finansmanı sistemini esas almak isteyen ülkeler için model teşkil edebilme potansiyelidir. Gerçekten de ortaya çıkması taşıt alımları bakımından doksanlı yıllara kadar uzanan sistem, 2021 yılında kanuni altyapısının da tesis edilmesiyle birlikte kurumsal bir nitelik kazanmıştır. Böylelikle dünyadaki tasarruf finansman yöntemleri arasında kendine özgü özellikleri ile yerini almıştır. Sistemin mukayeseli hukuk anlamında “model” olarak telakki edilip edilemeyeceği, dolayısıyla Türk hukukunun mukayeseli hukuka bu anlamda bir katkısının olup olamayacağı ise, ancak kanunun uygulanması esnasında ortaya çıkabilecektir. Hemen belirtelim ki, bu çalışmanın ana konusunu tasarruf finansman sistemi ve tasarruf finansman sözleşmeleri değil; sistemin omurgasını teşkil eden ve aynı zamanda da tasarruf finansman sözleşmelerinin de tarafı olan tasarruf finansman şirketleri teşkil etmektedir. Buna göre ilk olarak tasarruf finansman şirketlerinin hukuki yapıları incelenecek ve 6102 sayılı TTK ve 5411 sayılı BankK hükümleri ile mukayesesi yapılacaktır. Yine bu şirketlerin gerçekleştirebilecekleri ticari faaliyetlerle ilgili hukuki düzenlemeler de ele alınacaktır. Tasarruf finansman şirketlerinin, faaliyetlerinin niteliği gereği halktan para toplayan bir finansal kurum olmaları nedeniyle, bu şirketlerde menfaat sahiplerinin korunması da oldukça önem taşımaktadır. Bu nedenle çalışmamızda bu konuda yapılan hukuki düzenlemeler sistematik olarak incelenecek ve bu düzenlemelerin olması gereken hukuk bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. TASARRUF FİNANSMAN SİSTEMİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Ana Hatlarıyla Tasarruf Finansman Sistemi

Faizsiz bir finansman modeli olarak tasarruf finansman sisteminin ülkemizde ortaya çıkışı konut değil, çekilişle araç sahibi olunması şeklindeki uygulama ile doksanlı yılların başlarına dayanır. Sistemin konut, çatılı işyeri ve hatta arsa ya da arazi gibi gayrimenkuller için de uygulanmaya başlaması çok sonraları, 5582 sayılı kanunla ipotek teminatlı menkul kıymetler ve konut finansmanına ilişkin düzenlemelerin yürürlüğe

girmesiyle birlikte gerçekleşmiştir¹. Gerçi 5582 sayılı kanun öncesinde de sayıca daha az da olsa, tasarruf finansman sistemi yolu ile konut finansmanı uygulanıyordu. Ancak 5582 Sayılı kanun sonrasında konut finansmanının kârlı bir faaliyet olduğunun anlaşılması ile birlikte; bu tarihe kadar sektörde daha ziyade taşıt finansmanı gerçekleştiren şirketler, artık konut ve hatta her türlü gayrimenkul alımına yönelik finansman sağlamaya odaklanmış ve faaliyetlerini bu alanda yoğunlaştırmışlardır². Tasarruf finansman sistemi, konut finansmanı yöntemi olarak kullanılması ile birlikte, yoğun bir rağbet görmüş ve ipotek teminatlı konut kredilerine önemli bir alternatif konumuna gelmiştir. Elbette bunda sistemin işleyiş mantığında yatan “faizsizlik” olgusunun payı büyüktür.

Bu sisteme Türk uygulamasında elbirliği sistemi, faizsiz tasarruf finansmanı gibi isimler verilmiş ve konu iktisadi ve finans yönü de dahil olmak üzere İslam hukukçuları tarafından bir sempozyum kapsamında çeşitli açılardan tartışılmış ve meseleyi İslam iktisadı açısından ele alan bazı lisansüstü tezler de kaleme alınmıştır³. Ancak İslam hukukçularının da hemfikir olduğu konu bu sistemin pozitif hukukta mutlaka yer alması gerektiği şeklindedir⁴.

¹ 21 Şubat 2007 tarihinde kabul edilen ve 6.3.2007 tarihli 26454 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

² BİRSİN Mehmet/ÖTEGEÇELİ, Hatice, “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fıkhî Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler”, Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi, 10/1, 2019, s. 89.

³ Gerçekten de 12-14 Ekim 2017 tarihinde düzenlenen VII. Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısında bir oturum tamamen tasarruf finansman sistemine ayrılmıştır. Sempozyumda sunulan tebliğlerin bazılarında çalışmamızın bu kısmında atıf yapılmıştır. Lisansüstü tezler için YÖK tez veri tabanına bakılabilir.

⁴ Kanuni bir düzenleme yapılmamasının, ortaya çıkabilecek sorunlardan mütevellit olarak yargısal anlamda da sonuçları olabileceği, dolayısıyla böylesine bir durumun da İslami açıdan önem taşıyan bir konunun kişilerin vicdanına terk edilmesi anlamına geleceği, bu nedenle kanuni bir düzenlemenin şart olduğu hususunda bkz. HACAK Hasan, “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemine Yeni Yaklaşımlar”, VII. Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı (12-14 Ekim 2017), Ankara, 2019, s. 108. Sistemin pozitif hukuk altyapısı ile ilgili çözüm alternatifleri hususunda bkz. İslam İktisadı Araştırma Merkezi İKAM- Politika Notları, Tasarrufa Dayalı Finans Kurumları, İstanbul, Kasım 2020, s. 4.

Sistem oldukça basit gibi görünen bir mantıktan yola çıkarak karmaşık birtakım hukuki ilişkilerin doğmasına yol açar niteliktedir⁵. Temelde iki finansman yöntemi bulunmaktadır. En yaygını altın günü esasına dayalı olan ve elbirliği olarak adlandırılan çekiliş yöntemidir. Bu yöntemde belirli sayıda gruplar bulunmaktadır. Her ay yapılan çekilişle bir grup üyesi finansmana hak kazanmakta ve kendisine tahsisat yapılmaktadır. Çekilişli yöntemde genel olarak vade ortasına gelindiğinde grup, tasarruf finansman şirketi tarafından finanse edilmekte ve grupta yer alan tüm üyeler konut satın alma hakkına kavuşmaktadır. Ayrıca çekilişli yöntemin bir diğer özelliği de kura kendisine isabet etmeyen üyelere kira yardımı imkânı sunulmasıdır⁶. İkinci yöntem ise herhangi bir grup olmadan, tek bir şahsa münferit olarak finansman sağlanması esasına dayanmakta olup, bu yöntemde müşteri kendi ödeme planını şirketle anlaşarak kendisi belirlemektedir. Her iki yöntemde de şirketin müşteriye belirli bir miktar ödünç kullandırması söz konusudur. Yine her iki yöntemde de satın alınacak konut ya da taşıt, müşteri tarafından belirlenmekte ve belirlenen konut ya da taşıt için kararlaştırılan finansman bedeli (tasarruf finansman sözleşmesinde belirtilmiş tutar oranında) kıymet takdiri yapıldıktan sonra şirket tarafından sağlanmaktadır. Şirket tarafından sağlanan finansman nispetinde konut ya da taşıt üzerinde rehin tesis edilmektedir. Böylelikle müşteri satın almak istediği konut ya da taşıtın belirlenmesinde kural olarak serbestiye sahiptir. Örneğin tasarruf finansman sözleşmesi ile konut için 1.000.000 TL gurubundan ödeme yapan bir müşteri, sıra kendine geldiğinde (aradaki farkı bizzat ödemek suretiyle) 5.000.000 TL'lik bir konut satın alabilmektedir⁷.

⁵ Tasarruf finansman sisteminin işleyişi konusunda ayrıntılı olarak bkz. AYDIN Fatih Mehmet, "Tasarrufa Dayalı Yardımlaşma Usulü Finansman Modelleri ve Fıkhî Açısından Değerlendirilmesi", Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı (12-14 Ekim 2017), Ankara, 2019, s. 41-51; ERGÜVEN Murat, Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi ve Yapı Tasarruf Sandığı Sistemi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 63-73; YAZICI Mehmet, "Konutta Alternatif Finans Yöntemi Olarak Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemi", Academic Review of Humanities and Social Sciences, 2/3, Bursa, 2019, s. 228-230; BİRSİN/ÖTEGEÇELİ, s. 94-100.

⁶ Kira yardımı uygulaması hakkında bkz. HACAK, s. 95-96.

⁷ Konut ya da taşıtı seçme hakkı kişiye ait olmakla beraber, şirket tarafından yapılacak olan kıymet takdiri ve ekspertiz raporu da önem taşımaktadır. Şirketin alacağı

Görüldüğü gibi, tasarruf finansman sistemi sözleşme ilişkisi içerisine girilen müşterilerden toplanan paraların, bu müşteriler arasında gerekli şartları yerine getirenlere ödünç olarak tahsis edildiği bir havuz şeklinde betimlenebilir. Kuşkusuz böyle bir sistem tasarruf finansman şirketlerinin bir kredi kuruluşu hüviyetine sahip olduğu anlamına gelecektir. Sonuç itibarıyla tasarruf finansman sisteminin müşterinin tasarruf faaliyeti ve şirketin finansman faaliyeti olmak üzere iki temel üzerine oturduğu ve ilişkilerin, bu temel ekseninde şekillendiği anlaşılmaktadır⁸. Bütün bu işlemlerde aracılık fonksiyonunu üstlenen tasarruf finansman şirketine de belli bir bedelin ödenmesi gerekmektedir. Bu ücret organizasyon ücreti olarak adlandırılmaktadır⁹. Yukarıda ana hatlarıyla özetlemeye çalıştığımız tasarrufa dayalı finansman sisteminin pek çok hukuki meseleyi bünyesinde barındırdığı açıktır¹⁰.

tahsil edilmesini zorlaştırabilecek hukuki ve fiili engellerin, ekspertiz raporunda tespit edilmesi halinde, söz konusu konut ya da taşıtın satın alınması taleplerinde, şirketin finansman sağlamayı reddetmesi gerekir.

⁸ Bkz. 7292 sayılı Kanun, md. 7 gerekçesi.

⁹ Organizasyon ücreti hakkında ayrıntılı olarak bkz. ERGÜVEN, *Yapı Tasarruf*, 76-77.

¹⁰ Bu kapsamda sisteme dahil olan ve aynı grup içerisinde yer alan üyeler arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, toplanan tasarrufların hukuki niteliği, üyeler ile tasarruf finansman şirketi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği bunlardan sadece birkaçıdır. Çalışmamızın sınırlarını zorlamadan belirtmek gerekirse kanaatimizce aynı grupta yer alan üyeler arasındaki ilişkinin zımni olarak tesis edilmiş bir adi şirket ilişkisi olarak kabul edilmesi mümkündür. Uygulamada tasarruf finansman şirketi ile her bir üye arasında münferit bir sözleşme yapılmaktadır. Ancak bu durum aynı grupta yer alan üyeler arasında adi şirket ilişkisi bulunmadığı anlamına da gelmemektedir. Bu anlamda tasarruf finansman şirketini de söz konusu adi şirketin yöneticisi olarak telakki etmek gerektiği kanaatindeyiz. Toplanan tasarrufların hukuki niteliği konusunda ise, Alman hukukunda Busparkassengesetz (BauSparkG) § 1.1 hükmünün bu tasarruflar hakkında "mevduat" anlamına gelmek üzere "einlagen, bauspareinlagen" ifadelerinin kullanılmış olduğu görülmektedir. Ancak Alman hukukundaki sistemin bu tasarrufları mevduat olarak kabul etmeye elverişli olduğunu da unutmamak gerekir. Zira Alman hukukunda faizli bir sistem benimsendiği için tasarruf sahiplerinin kullanacakları kredinin faizinin, piyasa faiz oranlarına göre oldukça düşük olmasının temelinde de tasarruf sahiplerinin sisteme dahil ettikleri bu tasarrufları için düşük bir faiz oranına rıza göstermeleri yatmaktadır; bkz. KILIÇ Selim, "Konut Finansman Modeli Olarak Yapı Tasarruf Sandıkları; Almanya ve Türkiye'deki Uygulamaları, Yönetim ve Ekonomi, 14/1, Manisa, 2007, s. 241.

B. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

Katılımcıların belirli bir süre tasarrufta bulunulmasının akabinde, sözleşme konusu ile ilgili olarak finansman imkanına kavuşması esasına dayalı sistemler dünyada yaygın bir uygulama alanına sahiptir¹¹. Bu amaçla kurulan organizasyonlar dünyada genel olarak “Rotating Saving and Credit Associations- RoSCA” olarak adlandırılmaktadır. Bu çeşit tasarrufa dayalı finansman sistemleri arasında en yaygın uygulama, konut edindirme amaçlı kurulan teşekküller olup; Anglo-Amerikan hukuk çevresinde “building society” ve “saving and loan association”, Alman hukuk çevresinde ise “Bausparkassen” olarak ifade edilmekte ve karşılaştırmalı hukukta bu amaçla kurulan birlikler “yapı tasarruf sandığı” üst kavramı altında ele alınmaktadır. Hemen belirtelim ki tasarruf finansmanında RoSCA teşekkül ettirilmesi yöntemi konut edindirme amacı dışında farklı amaçlarla az gelişmiş ülkelerin yanısıra gelişmekte olan ve gelişmiş ülkelerde de uygulanabilme özelliğine sahiptir¹². Tasarruf finansmanında konut edinme amacıyla “Building society” adlı tasarruf sandıklarının kurulması ise günümüzde özellikle de Birleşik Krallık’ta hala yaygın bir şekilde uygulanmaktadır¹³.

Kıta Avrupa’sına gelince; konut finansmanına yönelik tasarruf finansmanının bu amaçla kurulan teşekküller eliyle gerçekleştirilmesi dü-

¹¹ Bu sistemler hakkında ayrıntılı olarak bkz. KOÇ İlker, Konut Finansmanında Yapı Tasarrufu Yöntemi ve Risk Modelleri, 1. Baskı, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, İstanbul, 2021, s. 78-97.

¹² Özellikle de gelişmiş ülkelere yerleşen göçmenler çeşitli amaçlarla birikim yapmak amacıyla RoSCA’dan faydalabilmektedir.

¹³ Birleşik Krallıkta tasarrufa dayalı finansman uygulaması ilk olarak 1775 yılında Ketley Building Society of Birmingham ile birlikte ortaya çıkmış olup, temel özelliği bir defaya mahsus olmak üzere kurulması ve amacına ulaşmasını müteakip sona ermiş olmasıdır. İlk kanuni düzenleme ise 1836 tarihlidir. 1962 tarihli Building Societies Act’in uygulandığı dönemde Birleşik Krallık Yapı Tasarrufları Birliği (UK Building Societies Association- BSA), building society’nin kanundan doğan kendine özgü bir hukuki varlık olduğunu ifade etmiştir. COOK Jacqueline/ DEAKIN Simon/ HUGHES Alan, “Mutuality and Corporate Governance: The Evolution of UK Building Societies Following Deregulation, Journal of Corporate Law Studies, 2/1, 2002, s. 116-118.

şünçesi ilk olarak Almanya'da gerçekleşmiş ve bu ülkede yaygın ve gelişmiş bir uygulama alanı bulabilmiştir¹⁴. Alman hukuk sisteminde geliştirilen Bausparkassen sistemi zamanla tüm Avrupa ülkelerinde kabul görmüştür¹⁵. Alman sistemi aynı zamanda Türk sisteminin de esinlenme kaynağını teşkil etmektedir. Bu nedenle aşağıda öncelikle Alman ve Avusturya hukuklarındaki bauspark sisteminin ana aktörü konumunda olan "Bausparkassen" hakkında bilgiler verilecektir. Birleşik Krallık hukukundaki "Building society" ise, bunların hemen akabinde farklı bir alternatif olarak ele alınacaktır¹⁶.

1. Alman Hukuku

Alman hukukunda tasarrufa dayalı finansman modeli ve bu amaçla kurulan birliklerin tarihi 1885 yılına kadar uzanmaktadır¹⁷. Pozitif hukukta ise yapı tasarruf sandıkları 16.11.1972 tarihinde yayınlanan Bausparkassengesetz (BauSparkG) ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹⁸. Yine bu amaçla çıkartılan bir diğer düzenleme de Bausparkassen Verordnung (BausparkV) adlı yönetmeliktir. Söz konusu yönetmelik 29.12.2015 tarihli olup, kendinden önceki 1990 tarihli yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır. BauSparkG yapı tasarruf sandıklarını (Bausparkassen) kredi kuruluşu olarak düzenlemiştir (BausparkV, § 1.1). Alman hukukunda bu kuruluşların faaliyeti bankacılık faaliyeti olarak kabul edildiği için Basel standartlarına uyma mükellefiyeti bu kuruluşlar için de geçerlidir¹⁹.

¹⁴ SCHOLTEN Ulrich, "Rotating Savings and Credit Associations in Developed Countries: The German-Austrian Bausparkassen", *Journal of Comparative Economics*, 28, 2000, s. 343.

¹⁵ Bauspark sistemini Almanya ve Avusturya haricinde Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Lüksemburg, Romanya, Slovakya gibi ülkeler uzun yıllardır uygulamaktadır. Bir tarafın Bausparkassen'lar ile akdedilen bauspark sözleşmesi olduğu sözleşme sayısı kırk milyonun üzerindedir; bkz. European Federation of Building Societies, *Bausparen in Europe*, Brussels, 2018, s. 7.

¹⁶ Building society ile benzerlik arz eden ABD Hukuk sistemindeki "saving and loan association" adlı finansal kurum ise çalışmamızda ele alınmamıştır.

¹⁷ Almanya'da ilk yapı tasarruf sandığı "Bausparkasse für Jederman" adıyla 1885 yılında kurulmuş, 1938 yılında ise ülke çapında yaygınlık kazanmıştır; bkz. KILIÇ, s. 237-238.

¹⁸ Kanun metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/bausparkg/BJNR020970972.html> (Erişim Tarihi: 20.04.2022).

¹⁹ KOÇ, *Konut Finansmanında Yapı Tasarrufu Yöntemi*, s. 121.

Bu sandıklar aynı zamanda bankalar gibi BaFin'in²⁰ gözetim ve denetimine tabidir (BausparkV, § 1.9). Alman hukukunda Bausparkassen kurulabilmesi için Federal Alman Bankacılık Kanunu (Kreditwesengesetz- KWG) § 32'de belirtilen şartlara ilaveten, en az 20 milyon EUR tutarında bir sermaye, sisteme dahil olanların bekleme sürelerinin mümkün olan en kısa bekleme sürelerine tabi olacağına ilişkin garanti verilmesi, alanında tecrübeli yönetim kurulu üyeleri ile yöneticilere sahip olunması, tasarruf finansman faaliyetlerinin yürütülmesine uygun hukuki organizasyonun sağlanması, risk yönetim süreçleri için gerekli araçlara sahip olunması şartlarının da sağlanmış olması gerekmektedir (BauSparkG § 2).

Alman hukukunda özel sermayeli tasarruf sandıklarının (bausparkassen ortaklığının) anonim şirket şeklinde kurulmaları şarttır²¹. Ayrıca Alman hukukunda Bauspar faaliyeti konusunda uzmanlık ilkesi benimsenmiştir²². Bu anlamda söz konusu faaliyet münhasıran Bausparkassen tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu bir faaliyettir. Yine uzmanlık ilkesi doğrultusunda Bausparkassen münhasıran kendi faaliyet alanını ilgilendiren konularla iştigal edebilmektedir (BauSparkG § 4). Bunun yanı sıra BaFin'in kasten veya ihmalle hukuka aykırı hareket ettiği anlaşılan yöneticilerin görevden alınmasını talep konusunda yetkili olduğu da belirtilmelidir (BauSparkG § 11). Keza yapı tasarruf sandığının yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğinin anlaşılması durumunda tasarruf sahiplerinin menfaatlerinin korunması amacıyla kredilerin ve ödemelerin geçici olarak yasaklanması konusunda da BaFin yetkili kılınmıştır (BauSparkG § 15). BauSparkG § 12 hükmü ise her bir yapı tasarruf sandığına BaFin tarafından bir ombudsman atanmasını zorunlu kılmıştır. Bu ombudsman Bauspar sözleşmelerinin hukuka uygun olarak akdedilmesini gözetmekle

²⁰ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

²¹ Alman hukukunda kamu sermayeli yapı tasarruf sandıkları da kurulabilmektedir; BauSparkG, § 2.2.

²² ZACHARIAS David, Bausparkassen according to the German Bausparkassen Act: Revisions to the Act and the Regulation, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2016/fa_bj_1602_bausparkassen_en.html (Erişim Tarihi: 25.04.2022).

yükümlü olduğu gibi, tahsis usulü ile ilgili olarak sandığın defter ve kayıtlarını da incelemek yetkisini haizdir.

BauSparkG § 5 uyarınca her Bausparkassen sandık faaliyetlerinin işleyişinin sağlanmasını amaçlayan bir iş planı hazırlamak ve buna uygun hareket etmekle yükümlüdür. BauSparkG § 8.3 hükmüne göre de her Bausparkassen, kur risklerinden kaçınmak ve bu konuda gerekeni yapmak noktasında tedbirli bir iş insanının özenini göstermek zorundadır.

Son olarak BauSparkG'nin tasarruf sözleşmelerinin devri, kredi sınırları ve yapı tasarruf sandıklarının tasfiyesi (BauSparkG § 16) gibi konulara ilişkin de hükümler ihtiva ettiği görülmektedir. Tüm bu yönleriyle tasarruf finansman şirketleri konusunda 7292 sayılı kanun ile Türk hukukunda getirilen sistemin, Alman hukukundan esinlenerek gerçekleştirildiğini söylemek yanlış bir ifade olmayacaktır²³.

2. Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda yapı tasarruf sandıkları 30 Temmuz 1993 tarihinde yayınlanan Bausparkassengesetz- BSpG adlı 19 maddeden müteşekkil Yapı Tasarruf Sandıkları Kanunu ile düzenlenmiştir²⁴. Mezkûr kanunun büyük oranda Alman BauSparkG'den esinlendiği ve pek çok hüküm benzer olduğu söylenebilir.

Bu kanuna göre yapı tasarruf sandıkları (Bausparkassen) faaliyette bulunabilmek için Bankacılık Kanunu (Bankwesengesetz- BWG) kapsamında ruhsat alması gereken bir kredi kuruluşu niteliğindedir (BSpG § 1). BSpG yapı tasarruf sandıklarının ruhsat kapsamındaki bankacılık faaliyetleriyle doğrudan ilgili olan veya bunlara fer'ilik arz eden tüm faaliyetleri yapma konusunda yetkili olduğunu belirtmiş [BSpG § 1 (1)]; ancak hemen akabinde § 2 (1) hükmünde sandıkların gerçekleştirebileceği bankacılık faaliyetlerini sınırlı sayıda sayma yolunu seçmiştir. Yine § 2 (2) hükmüne göre de bir Bausparkassen, bauspar faaliyetinin görülmesinde

²³ Bu hususta bkz. KOÇ İlker, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sisteminin İşleyişi", Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı (12-14 Ekim 2017), Ankara, 2019, s. 37.

²⁴ Kanun metni için bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/Geltende-Fassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10004829> (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

faydalı olabileceksen sınırlı sorumlu olmak kaydıyla şirketlerde hisse edinebilecektir.

3. Birleşik Krallık Hukuku

Birleşik Krallık hukukunda konuyla ilgili temel düzenleme Building Society Act of 1986'dır²⁵. "Building society" kurumunun sui generis bir yapı kooperatifi nevinde kabul edilebileceğini belirtmek gerekir. Building Societies Act of 1986 md. 5 hükmüne göre building society, üyeleri tarafından finanse edilen ve konut mülklerini (residential property) teminat altına almak suretiyle konut amaçlı krediler tahsis eden bir finansal kurumdur. Kanunun 2 numaralı Ek Çizelge kısmına göre bu kurum on veya daha fazla kişi tarafından en az 1 milyon Sterlin sermaye ile kurulabilecektir. Aynı ek çizelgenin md. 5 hükmüne göre ise, building society, hissedar üye (shareholding member) ve borç alan üye (borrowing member) olmak üzere iki tür üyeye sahiptir.

Kanunun 9. maddesi building society kurumlarına bir takım faaliyet kısıtlamaları öngörmektedir. Bununla birlikte 1997 yılında yapılan değişiklikler sonrasında bu kurumlara kanuni kısıtlara uymak şartıyla ana sözleşmelerinde belirtilmiş hususlarla ilgili faaliyetleri yürütme imkânı getirilmiştir²⁶.

Kanunun 8. maddesi ise tüzel kişilerin building society ortağı olmasını yasaklamaktadır. Building Societies Act of 1986 md. 58-70 hükümleri ise building society yönetimi ile ilgilidir. Bu hükümlerde yönetici seçimlerinde her üyenin bir oy hakkına sahip olması esas (one member-one vote) benimsenmiştir.

Building Societies Act of 1986 md. 93-96 hükümleri building society birleşmeleri ile ilgili olup, birleşmenin gerçekleşmesi için borç alan üyelerin yüzde ellisinin, hissedar üyelerin de yüzde yetmiş beşinin lehte oy

²⁵ Kanun metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/53/contents> (Erişim Tarihi: 26.04.2022).

²⁶ <https://www.bsa.org.uk/information/consumer-factsheets/general/the-building-societies-act-1986-a-bsa-summary-fift> (Erişim Tarihi: 26.04.2022).

kullanması şart kılınmıştır²⁷. Birleşmeler ayrıca Financial Conduct Authority- FCA ile Prudential Regulation Authority- PRA adlı düzenleyici otoritelerin onayına tabidir (BSA of 1986 md. 93/2-d).

Building Societies Act of 1986 ayrıca kredi sınırları, finansal tablolar ve hesaplar, building society tarafından yürütülen iş veya işlerin başka bir şirkete²⁸ devri gibi konuları düzenlemiştir. Ayrıca FCA ve PRA adlı düzenleyici otoritelerin building societies üzerinde önemli yetkileri bulunmaktadır (BSA of 1986 md. 36-57).

Görüldüğü gibi Building Societies Act of 1986 adlı kanun, building society kurumunu oldukça ayrıntılı olarak hükme bağlanmıştır. Ancak building society kurumunun gerek Alman hukuk sistemindeki bauspar-kassen gerekse Türk hukuk sistemindeki tasarruf finansman şirketinden farklılık arz ettiği de açıktır. Buna karşılık daha ziyade nev'i şahsına münhasır bir yapı kooperatifi hüviyetinde olan bu kurum, özellikle de kooperatif bankacılığı faaliyetleri açısından Türk hukuku için önemli bir alternatif olarak da görülebilir.

C. Tasarruf Finansman Sistemi ve Bu Amaçla Kurulan Şirketlerin Hukuki Bir Yapıya Kavuşması

Tasarruf finansman şirketlerinin karşı karşıya kalabileceği en önemli riziko sisteme üye girişinin belli bir oranın üzerinde seyretmesi zorunluluğu ile vade uyumsuzluğu rizikosudur²⁹. Sistemin işleyişi açısından bu iki soruna çözüm bulamayan bir şirketin; sadece kendisinin değil, aynı zamanda şirket üzerindeki menfaat sahiplerinin de zarara maruz kalması kaçınılmaz hale gelecektir. Sistemin kanuni bir altyapıya duyduğu ihtiyaç da burada kendini göstermektedir. Bu duruma kanun koyucu da kayıtsız kalmamış ve 7292 sayılı kanun ile tasarruf finansman

²⁷ <https://www.bsa.org.uk/information/consumer-factsheets/general/the-building-societies-act-1986-a-bsa-summary-fift> (Erişim Tarihi: 26.04.2022).

²⁸ Kanun burada md. 97 (1) hükmünde "şirket" ifadesini kullanmıştır.

²⁹ ERGÜVEN Murat, Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 6.

şirketleri ile ilgili ayrıntılı hükümler sevk etmek suretiyle mevzuyu kanuni bir altyapıya kavuşturmuştur³⁰. 7292 Sayılı Kanun tasarruf finansman şirketlerine ilişkin hükümleri 6361 sayılı kanun hükümlerine dahil etmek suretiyle gerçekleştirmiştir. 7292 Sayılı Kanun md. 20 hükmü, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun adını "Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu" şeklinde değiştirilmiştir³¹. Keza kanun değişikliğinin hemen akabinde Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik³² ile Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketlerince Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik³³ olmak üzere konu ile ilgili ikincil düzenlemeler de gerçekleştirilmiştir.

Kanaatimizce tasarruf finansman şirketlerinin 6361 sayılı FKK bünyesinde düzenlenmesi doğru olmamıştır. Zira bu şirketlerin yürüttüğü fa-

³⁰ 7292 Sayılı 04.03.2021 tarihli Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 07.03.2021 tarihli ve 31416 sayılı Resmî Gazete.

³¹ Söz konusu kanunla yapılan önemli değişikliklerden bir diğeri de "finansal kurumlar" ifadesinin kullanılmasıdır. Gerçekten de 7292 sayılı Kanun md. 9 hükmü ile 6361 sayılı Kanun md. 40 hükmünde değişikliğe gidilerek "Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Birliği" olarak ifade edilen birliğin adı "Finansal Kurumlar Birliği" olarak değiştirilmiş; Birliğe üye olması zorunlu kuruluşlar arasına da 6361 sayılı Kanuna tabi kurumların yanı sıra, varlık yönetim şirketleri ile BDDK'nın denetim ve gözetimine tabi kuruluşlardan uygun görülenler dahil edilmiştir. 6361 Sayılı Kanun'a tabi şirketlerin "finansal kurum" olarak kabul edilmesi ve buna ilişkin kurulacak birliğin adının da "Finansal Kurumlar Birliği" şeklinde değiştirilmesine karşılık, kanunun adının da artık "Finansal Kurumlar Kanunu" şeklinde değiştirilmesi icap ederdi. Ancak 6361 sayılı Kanun md. 40 hükmünün, Finansal Kurumlar Birliği'ne üye olması zorunlu şirketlerin kapsamını 6361 sayılı Kanun'u aşar şekilde genişletmesi nedeniyle, kanunun adı "Finansal Kurumlar Kanunu" olarak değil, kanun adına sadece tasarruf finansman şirketlerinin adının da eklenmesi şeklinde değiştirilmiştir. Kanaatimizce 6361 sayılı Kanun'un adının "Finansal Kurumlar Kanunu" şeklinde değiştirilmesi ve hangi şirketlerin finansal kurum olduğunun kanunda belirtilmesi ve BDDK'nın takdirine bırakılmaması hukuk tekniği açısından daha uygun olurdu. Bu düşünceden hareketle bu çalışmada 6361 sayılı Kanun'un Finansal Kurumlar Kanunu (FKK) şeklinde ifade edileceğini belirtmek isteriz.

³² 07.04.2021 Tarihli ve 31447 sayılı Resmî Gazete.

³³ 11.01.2022 Tarihli ve 31716 sayılı Resmî Gazete.

aliyetlerin uzmanlık gerektiren özel bir bankacılık faaliyeti niteliğinde bulunduğu gerçeği karşısında, bu şirketlerin 5411 sayılı BankK kapsamına alınması mümkün olabilirdi. Bu görüşümüzün doğruluğunu, tasarruf finansman şirketlerine ilişkin mevzuatın, üstelik kanuni düzenlemeler olmasına rağmen kısa sürede müteaddit defalar değişikliğe maruz kalması da ispatlar niteliktedir. Bizim önerimiz tasarruf finansman şirketlerinin kooperatif bankacılığı faaliyeti olarak kabul edilmek suretiyle 5411 sayılı BankK içerisinde düzenlenmesi ve böylelikle banka örgütlenmesinde anonim şirket şeklinde kurulma şartının alternatifi olarak hükme bağlanması şeklindedir. Kooperatif bankacılığı şeklinde düzenlenemese dahi, tasarruf finansman şirketlerinin mutlaka banka olarak kabul edilip, 5411 sayılı kanuna dahil edilmesi ileride ortaya çıkabilecek sorunların daha baştan önlenmesini sağlayacaktır.

7292 Sayılı Kanun ile tarafımızca Finansal Kurumlar Kanunu (FKK) olarak adlandırılan 6361 sayılı kanunda tasarruf finansman şirketleri ile ilgili yapılan hukuki düzenlemeleri, tasarruf finansman sözleşmelerine ilişkin olanlar ve tasarruf finansman şirketlerinin hukuki yapısına ilişkin olanlar şeklinde iki kısma ayırmak gerekir. Tasarruf finansman sözleşmelerinin hukuki açıdan ele alınması ayrı bir bilimsel çalışmayı gerektirecek kapsamdadır³⁴. Tasarruf finansman şirketlerinin hukuki yapısı ise çalışmamızın ana konusunu teşkil ettiğinden aşağıdaki başlıklarda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

³⁴ 7292 Sayılı Kanun md. 7 ile 6361 sayılı Kanun'a "Tasarruf Finansman Sözleşmesi" başlıklı 39/A maddesi eklenmiştir. Bu maddede tasarruf finansman sözleşmesinin kanuni bir tanıma kavuştuğu ve "belirli bir tasarruf tutarı ve dönemine bağlı olarak önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla konut, çatılı iş yeri veya taşıt edinimi için müşteriye finansman kullanma hakkı veren, şirkete ise müşteriye ait birikmiş tasarruf tutarını yönetme, geri ödeme ve finansman kullandırma yükümlülüğü ile organizasyon ücreti alma hakkı veren, faizsiz finansman esaslarına göre düzenlenen sözleşme" şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Ayrıca Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik ile Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketlerince Kullanılacak Uzaktan Kimlik Tespiti Yöntemlerine ve Elektronik Ortamda Sözleşme İlişkisinin Kurulmasına İlişkin Yönetmelik hükümlerinde de tasarruf finansman sözleşmeleri ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Tüm bu hükümlerden tasarruf finansman sözleşmesinin isimli bir sözleşme hüviyetine kavuştuğu sonucunu çıkartmak mümkündür. Tasarruf finansman sözleşmesinin bir tarafında her zaman için tasarruf finansman

II. TASARRUF FİNANSMAN ŞİRKETLERİNİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

A. Şirketin Kuruluşu ve Şirket Sözleşmesi

FKK, tasarruf finansman şirketlerinin anonim şirket şeklinde kurulmasını öngörmüş bulunmaktadır (FKK md. 5/1-a). Ancak bu şirketlerin diğer anonim şirketlere ve hatta aynı kanunda düzenlenen finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerine nazaran birtakım özel hükümlere tabi tutulduğu görülmektedir. FKK md. 5/1-a bendinde 7292 sayılı kanunun 2. maddesi ile yapılan değişiklikle kurucu ortak sayısının beşten az olmaması şartı kaldırılmış, böylelikle tasarruf finansman şirketlerinin (finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile birlikte) tek kişilik anonim ortaklık şeklinde kurulması da mümkün hale gelmiştir. Ayrıca tasarruf finansman şirketlerinin kurulabilmesi, en az 5 BDDK üyesinin olumlu oyu ile mümkün olabilecektir (FKK md. 4)³⁵. Ancak şirket kuruluşunda ve esas sözleşme değişikliklerinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı nezdinde izin alınmasına gerek bulunmamaktadır³⁶.

şirketi yer alırken, sözleşmenin karşı tarafı için kanun “müşteri” ifadesini kullanmıştır. Kanun sözleşmenin diğer tarafı olan müşteriye, sözleşme kapsamında biri sözleşmenin akdedilmesinden itibaren on dört gün içerisinde kullanılabilir cayma hakkı (FKK md. 39/A-3); diğeri de tasarruf süresi müddetince kullanılabilir fesih hakkı (FKK md. 39/A-4) olmak üzere iki önemli imkân tanımıştır. Tasarruf finansman sözleşmesinin hukuki niteliği, cayma hakkı ve fesih hakkı konularında bkz. ENDES SELVİ Nurtaç, “Tasarruf Finansman Sözleşmesi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Konya, 2021, s. 447-451 ve s. 460-462; TAŞATAN Caner, “Tasarruf Finansman Sözleşmesine İlişkin Düzenlemelerin Tüketicinin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi”, Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 10-12 Nisan 2021 Bildiri Tam Metin Kitabı, Konya, 2021, s. 273-275.

³⁵ Tasarruf finansman şirketlerinin kurulması için gerekli olan, 5 BDDK üyesinin olumlu oyu şartı, FKK’da düzenlenen tüm şirketler için geçerlidir. Bu şartla ilgili olarak 7292 sayılı kanunun 2. maddesinin gerekçesinde, daha kuruluş aşamasında önleyici bir denetimin yapıldığı örtülü olarak ifade edilmiştir.

³⁶ Gerçekten de tasarruf finansman şirketleri 7292 sayılı kanun ile 6361 sayılı FKK bünyesine dahil edilmiş olmasına rağmen, 15.11.2012 tarihli 28468 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ hükümlerinde bir değişikliğe gidilmemiştir. Adı geçen tebliğin 5. maddesinde finansal kiralama ve faktoring şirketlerine yer verilmiş ancak 6361 sayılı kanunda hükme bağlanan finansman şirketlerine yer veril-

Şirketin kurulabilmesi için gereken şartlar FKK md. 5 hükmünde ayrıntılı olarak hükme bağlanmış durumdadır. Her şeyden önce şirket ana sözleşmesinin FKK hükümlerine uygun olarak teşekkül ettirilmesi gerekmektedir (FKK md. 5/1-f). Böylelikle TTK md. 340 hükmünde ifadesini bulan emredici hükümler ilkesinin tasarruf finansman şirketleri bakımından farklı bir uygulama alanı bulunduğu görülmektedir³⁷. Yine şirket ticaret unvanında “Tasarruf Finansman Şirketi” ibaresinin de bulunması şarttır (FKK md. 5/1-c)³⁸.

Bir diğer önemli husus da şirketin ana faaliyet konuları dışında faaliyette bulunmasının mümkün olmamasıdır (FKK md. 9/1-a). Bu hükmün, TTK md. 371/2 hükmünün tasarruf finansman şirketleri bakımından uygulama kabiliyetini ortadan kaldırdığı görülmektedir³⁹. TTK md.

memiştir. Keza tasarruf finansman şirketleri için de aynı durum geçerlidir. Bu durumda tebliğ hükümlerinde değişikliğe gidilene kadar, tasarruf finansman şirketleri ile finansman şirketlerinin kurulması ve esas sözleşme değişikliklerinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınmasına gerek bulunmadığı söylenebilecektir.

³⁷ Burada TTK md. 340 ikinci cümlede yer alan “Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülmiş olarak hüküm doğururlar” hükmünün FKK ile ilgili olarak özel bir görünüm biçimi söz konusudur. TTK md. 340/2 hükmünün madde gerekçesinde bu hükmün amacının SerPK, (mülga) Bank ve (mülga) Finansal Kiralama Kanunu gibi kendine has kuralları bulunan ve anonim şirketler açısından yorum sıkıntılılarına neden olan kanunların kendi konuları bağlamında TTK'dan ayrılabilmelerine imkân tanımak ve böylelikle bu kanunların TTK'ya müdahale etmelerinin önüne geçmek olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda SerPK, BankK ve FKK gibi özel kanunların TTK ile çelişmesi durumunda bu kanunların uygulanması gerekecektir. Bu durumun tipik örneği de yönetim kurulunun yapısına ilişkin BankK md. 23 ile genel müdürlerle ilgili BankK md. 25 hükümleridir. Buna yönetim kurulu ve genel müdür ile ilgili FKK md. 13 hükmünü de ekleyebiliriz. TTK md. 340/2 hükmü ekseninde yürütülen tartışmalar ve bu hükmün anonim şirketlerle ilgili özel kanunlara etkisi hakkında bkz. KARASU Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 63-65.

³⁸ Uygulamada tasarruf finansman faaliyeti işe iştigal eden şirketlerin unvanları incelendiğinde “F.... Gayrimenkul Yatırım A.Ş.,” “B.... Tasarruf Gayrimenkul Otomotiv Organizasyon Pazarlama ve Ticaret Anonim Şirketi,” “İ.... Yatırım Org. A.Ş.,” “M.... Gayrimenkul Yatırım Org. San. Ve Tic. A.Ş.,” “S... Yapı Endüstrisi A.Ş.” gibi unvanlar kullandıkları ve bu unvanların kanun hükümlerine uygun bir şekilde teşekkül ettirilmediği görülmektedir.

³⁹ Gerçekten de ticaret şirketlerinin ehliyeti noktasında TTK md. 125/2 hükmünün ikinci cümlesi kanuni istisnaları saklı tutmuştur. Doktrinde bu ifade ile özellikle de

371/2 hükmü, işletme konusunun dışındaki işlemlerin de anonim şirket açısından bağlayıcı olduğunun altını çizen ve bunun istisnasını hükme bağlayan bir düzenlemedir⁴⁰. Şirketin ana faaliyet konuları dışında faaliyette bulunmasının mümkün olmadığına ilişkin FKK md. 9/1-a hükmünün, bizi ultra vires ilkesinin tasarruf finansman şirketleri bakımından geçerliliğini koruduğu ve sıkı sıkıya uygulandığı sonucuna ulaştırdığı kanaatindeyiz. Tasarruf finansman şirketlerinin ana faaliyet konusu dışında işlem yapması durumunda 6361 sayılı FKK özel bir hüküm sevk etmemiştir⁴¹. Bu nedenle TTK md. 210/3 hükmünün⁴² tasarruf finansman şirketleri bakımından uygulama kabiliyetinin bulunduğu söylenebilecektir⁴³.

BankK kapsamındaki düzenlemelerin kastedildiğinin altı çizilmiştir; bkz. ALPER Gizem, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 46. Bu konuda 5411 sayılı BankK md. 57/1-2 hükmü örnek gösterilmiştir; bkz. BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 52; UZUNALLI Sevilay, Anonim Şirkette İşletme Konusu, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 105-106. 5411 Sayılı BankK md. 57/1-2 hükmüne benzer bir düzenleme 6361 sayılı FKK md. 9/5 hükmünde tasarruf finansman şirketleri bakımından da öngörülmüştür. Bu hükmü FKK md. 9/1-a bendinde yer alan hükümle birlikte değerlendirmek gerekir. Sonuç olarak 6361 sayılı FKK'nın pek çok noktada 5411 sayılı BankK ile özdeş hükümler içerdiği gerçeği karşısında, aynı durumun tasarruf finansman şirketleri için de geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

⁴⁰ Bkz. TTK md. 371 gerekçesi.

⁴¹ 6361 sayılı FKK md. 9/1-a bendine aykırı hareket edilmesi durumunda uygulanacak müeyyidenin ne olacağı belirtilmemiştir. Gerçekten de 6361 sayılı FKK md. 50/1 hükmü d bendi, FKK md. 9/1-a bendine aykırı hareket edilmesi durumunu sadece tasarruf finansman şirketleri dışındaki şirketler bakımından, faaliyet izninin iptal sebebi olarak kabul etmiştir. Tasarruf finansman şirketlerinin faaliyet izninin kaldırılmasına ilişkin olarak 6361 sayılı FKK md. 50/A hükmünde ise md. 9/1-a hükmüne aykırılık haline ilişkin bir düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla tasarruf finansman şirketlerinin FKK md. 9/1 hükmü a bendine aykırı hareket etmesi halinde uygulanacak müeyyide konusunda kanunda bir boşluk bulunmaktadır.

⁴² TTK md. 210/3 hükmü söz konusu fıkranın uygulanması açısından özel kanunlarda yer alan hükümleri saklı tutmuştur.

⁴³ TTK md. 210/3 hükmü kamu düzenine veya işletme konusuna aykırı işlemlerin varlığı durumunda Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na fesih davası açma yetkisi tanımaktadır. Alışkan, TTK'nın ultra vires ilkesi konusunda benimsediği yeni yaklaşım karşısında TTK md. 210/3 hükmünün hatalı bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz. Yazar TTK md. 210/3 hükmünün işletme konusuna aykırı işlemler bakımından uygulama kabiliyetinin bulunmadığı, işletme konusuna aykırılığın fesih davası için haklı ge-

Tasarruf finansman şirketlerinin ödenmiş sermayesinin FKK'da düzenlenen şirketlerden farklı olarak, en az yüz milyon Türk lirası olması gerekmektedir. Madde gerekçesinde tasarruf finansman şirketlerinin müşterilerinden fon toplaması nedeniyle sistemdeki müşterilerin hak ve menfaatlerinin korunması nedeniyle böyle bir farklılık öngörüldüğünün altı çizilmiştir⁴⁴. Şirketin kurulması için gereken diğer şartlar bakımından ise FKK'da düzenlenen finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinden farklı bir husus söz konusu değildir. FKK md. 5 hükmü yukarıda bahsettiğimiz ayrık hallerin dışında tasarruf finansman şirketleri için de aynı şekilde geçerlidir. Keza şirket kurucularında aranan şartlara ilişkin FKK md. 6, şirketin faaliyete geçmesi hususu ile ilgili olarak FKK md. 7 ve şube açma hususunda da FKK md. 8 hükümlerinin finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile birlikte tasarruf finansman şirketleri için de geçerli olduğu görülmektedir. Şirket ana sözleşmesinde değişikliğe gidilmesine ilişkin FKK md. 10 ve şirkette pay sahibi olma ve payın devrine ilişkin FKK md. 11 hükümleri için de aynı husus geçerlidir.

Şirket sözleşmesinin değiştirilecek olması halinde, öncesinde BDDK'ya bilgi verilmesi gerekmekte ve söz konusu değişikliğin genel kurul gündemine alınabilmesi, BDDK'nın on beş işgünü içerisinde olumsuz görüş bildirmemesi şartına bağlanmış bulunmaktadır (FKK md. 10/1). Bu bilgilendirme değişiklik taslağı ve ilgili yönetim kurulu kararının da bir örneğinin BDDK'ya gönderilmesi şeklinde gerçekleşecektir (Yön. md. 7/1). Sermaye artırımında ise önceki sermayenin ödendiğine ilişkin bir rapor ile birlikte; iç kaynaklardan sermaye artırımında iç kaynakların sermayeye ilave edilebilirliğine dair bir tespit raporu, dış kaynaklardan

rekçe olamayacağı ve madde hükmünün salt kamu düzenine aykırılık halleriyle sınırlı olarak uygulanması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür; bkz. ALIŞKAN Murat, "İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, İstanbul, 2012, s. 215. Alper de söz konusu hükmü eleştirmiş ve kanunda değişikliğe gidilerek bu hükmün kaldırılmasını önermiştir; bkz. ALPER, s. 155. Uzunallı ise feshin şirketler hukukunda son çare olması gerektiği, bir anonim şirketin münferit bazı işlemlerle işletme konusu dışına çıkmasının fesih kararı için yeterli olmayacağı ve bunun süreklilik arz etmesi gerekeceği kanısındadır; UZUNALLI, s. 149.

⁴⁴ Bkz. 7292 sayılı kanun md. 2 gerekçesi.

sermaye artırımında ise artırım tutarının muvazaasız olduğuna dair beyan, kayıtlı sermaye tavanı dahilinde yapılacak artırımlarda da buna ilişkin tespit raporunun bağımsız denetçiler tarafından onaylanmak suretiyle BDDK'ya bildirilmesi gerekmektedir (Yön. md. 7/2,3,4).

FKK, şirkette pay sahibi olma ve pay devirleri hususunda da oldukça önemli hükümler sevk etmiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, henüz tasarruf finansman şirketleri kanuni bir düzenlemeye kavuşmadan, bir başka ifadeyle FKK'nın, 7292 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde; faktoring, finansal kiralama ve finansman şirketlerinin kurulabilmesi için en az 5 kurucu ortağın varlığının şart olduğu öngörülmüştü. Ancak FKK'nın 5/1-a bendi 7292 sayılı kanunun 2. maddesi ile TTK ile uyum sağlanması amacıyla değiştirilmiş ve en az beş kurucu ortak şartı kaldırılmıştır. Dolayısıyla tasarruf finansman şirketlerinin de tek kişilik anonim şirket şeklinde kurulması mümkündür⁴⁵. Bunun haricinde şirke-

⁴⁵ Bu şirketlerin halktan topladığı paralarla faaliyetlerini yürüten bir kredi kurumu niteliğine sahip olması ve bu yönüyle faaliyetlerinin özel konulu bir bankacılık olarak nitelendirilmesi karşısında, tasarruf finansman şirketleri bakımından kurucu sayısında farklı bir hüküm sevk edilmesi gerekir miydi? Öncelikle belirtelim ki, BankK 'da dahi bankaların en az beş kişiden teşekkül edebileceğini doğrudan doğruya belirten bir hüküm yoktur. Sadece BankK md. 18/4 hükmünde "ortak sayısının beşten aşağı düşmesi" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin de BankK 'nun yürürlüğe girdiği 2005 yılında yürürlükte olan 6762 sayılı eski TTK md. 277 hükmünden kaynaklandığı söylenebilir. Ayrıca tek kişilik bir şirketin kurumsal bir yapıya haiz olmaması için de hiçbir neden bulunmamaktadır. Tek kişilik şirketlere yönelik eleştiriler ve bu şirketin gerekliliğine dair görüşler için bkz. AYDOĞAN Fatih, Tek Kişi Ortaklığı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 42-88. TTK md. 338 hükmünün gerekçesinde ise tek kişilik şirketlerdeki muvazaasızlığının herhangi bir şirketten farklı olmadığı belirtilmiş ve tek kişilik şirketin çok sayıda personele, kapsamlı bir örgüt yapısı ve geniş bir yönetim kuruluna dahi sahip olabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte doktrinde tek kişilik şirketin kötüye kullanımının da mümkün olduğu da kabul edilerek; bunun önüne geçilmesi amacıyla malvarlığının ayrılığı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, ortağın şirkete borçlanmasının birtakım şartlara tabi tutulması gibi çözümler önerilmiştir; bkz. TEKİNALP Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 45-51. Tasarruf finansman şirketleri bakımından meseleyi ele aldığımızda, bu şirketlerin tek kişi ile kurulmasından kaynaklanabilecek sorunların yapılan kanuni düzenlemelerle büyük ölçüde giderildiği söylenebilir. Zira bu şirketler her aşamada BDDK'nın gözetim ve denetimine tabi tutulmuşlar ve ortakların sorumluluğu bakımından da 6361 sayılı FKK md. 50/A'nın dördüncü fıkrası gereği, 5411 sayılı BankK md. 110 hükmü tasarruf finansman şirketleri

tin sermayesinin en az yüzde onunu temsil eden payların bir kişi tarafından edinilmesi ya da şirketin kontrolünün el değiştirmesi sonucunu doğuran pay devirleri ile (FKK md. 11/1); yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı ihtiva eden paylarla ilgili olarak herhangi bir oran olmaksızın imtiyazlı pay ihraçları BDDK'nın iznine tabi tutulmuştur (FKK md. 11/2). Keza şirkette en az yüzde on pay sahibi olan tüzel kişilerin de kontrolünün el değiştirmesi ile neticelenen pay devirleri de aynı şekilde BDDK iznine tabi tutulmuştur (FKK md. 11/3). Bu izin gerçekleşmeden pay defterine yapılan kayıtlar ise hükümsüz kabul edilmiştir (FKK md. 11/5).

B. Birleşme, Bölünme, Devir Bakımından Özellik Arz Eden Haller

Tasarruf finansman şirketlerinin birleşme, bölünme, devir ve iradi tasfiyesi⁴⁶ ile ilgili olarak FKK, aynı kanunda düzenlenen diğer şirketler olan finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinden farklılık arz eden birtakım özel hükümler sevk etmiştir⁴⁷. Buna göre tasarruf finansman şirketlerinin birleşme, bölünme ve devri BDDK'nın izin ve denetimine tabi tutulmuştur (FKK md. 12/3)⁴⁸. Şirketin bu kapsamda kuruma

açısından da uygulama kabiliyeti bulmuştur. Bu nedenle tek kişilik tasarruf finansman şirketi kurulabilmesine ilişkin düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz; BankK. md. 110 hükmü için bkz. GÖKTÜRK Kürşat, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, özellikle de s. 99-207.

⁴⁶ İradi tasfiye konusu çalışmamızın III.C.1. kısmında ayrıca ele alınacaktır.

⁴⁷ 7292 sayılı kanun md. 5 gerekçesi bu farklılığın müşterilerin yaptıkları tasarrufları geri alma ve finansman talebinde bulunma olarak ifade edilebilecek iki temel hakkının en üst düzeyde garanti altına alınması amacından kaynaklandığının altını çizmiştir.

⁴⁸ Bankaların birleşme, bölünme ve devirleriyle ilgili olarak BankK md. 19 hükmünde yer alan, bu işlemlere TTK'nın ve devir veya birleşmeye konu bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının yüzde yirmiyi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun md. 7, 10 ve 11 hükümlerinin uygulanmaya çağına ilişkin düzenleme, tasarruf finansman şirketleri için öngörülmemiştir. Dolayısıyla 4054 sayılı kanunun tüm hükümleri tasarruf finansman şirketleri için istisnasız uygulanacaktır. Ayrıca 01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik md. 22'deki söz konusu işlemlerde yer alan tarafların en az birinin SerPK'ya tabi olması durumunda Sermaye Piyasası Kurulundan izin alınması gerektiğine dair düzenlemeye benzer bir düzenleme de FKK ve ilgili yönetmelikte yer almamaktadır. Bununla birlikte yönetmeliğin söz konusu hükmünün kıyasen tasarruf

mevcut yükümlülüklerini yerine getirebileceğine dair bir plan sunması gerekmektedir (FKK md. 12/3-a). Ayrıca birleşme, bölünme ve devir için verilen izin; plana uyulmadığının ya da müşteri hak ve menfaatlerinin söz konusu işlemler neticesinde zarara uğrayacağına tespit edilmesi hâlinde, en az beş BDDK üyesinin aynı yöndeki kararıyla iptal edilebilecektir (FKK md. 12/3-c, birinci cümle). Yönetmelik md. 9/3 hükmüne göre iznin tebliğ tarihinden itibaren üç ay içinde şirket genel kurulunda karar almak suretiyle birleşme, bölünme veya devir işlemlerine geçilmediği takdirde verilen izin geçersiz olacak ve yeniden izin alınmadan bu işlemlere devam edilemeyecektir.

C. Şirketin Organları, Yönetimi ve Temsili

Tasarruf finansman şirketlerinin yönetim yapısının TTK'ya tabi anonim şirketlere nazaran birtakım farklılıklar içerdiği, Bankacılık Kanunu'na tabi şirketlerle ise benzer özellikler gösterdiği görülmektedir. Her şeyden evvel FKK, tasarruf finansman şirketlerinin yönetim kurulu ve yöneticilerine ilişkin olarak ilave birtakım hükümler sevk etmiştir (FKK md. 13). Bununla birlikte FKK, genel kurulun işleyişi ve şirketin temsili konusunda kural olarak özel hükümler sevk etmemiştir. Bu nedenle söz konusu hususlarda FKK md. 2/6 hükmü gereğince TTK hükümlerinin uygulanacağı söylenebilecektir.

Tasarruf finansman şirketleri yönetim kurulunda genel müdür, kurulun doğal üyesi olarak öngörülmüş ve yönetim kurulunun da en az 3 kişiden teşekkül edeceği hükme bağlanmıştır (FKK md. 13/2). Aynı fıkradaki bir diğer önemli hüküm ise, genel müdür için aranan mesleki tecrübe şartının, yönetim kurulu üyelerinin yarıdan bir fazlası için de aranmış olmasıdır. Nitekim FKK md. 13/3 hükmü genel müdürlerde lisans mezunu olma, işletme veya finans alanlarında 7 yıl, genel müdür yardımcılarında ise 5 yıl tecrübe şartını gerekli görmektedir. FKK md. 13/4 ise unvanı ne olursa olsun gördüğü fonksiyon itibarıyla genel müdüre denk görevleri bulunan yöneticilerin de genel müdürle aynı hükümlere tabi olduğunu

finansman şirketleri için de uygulanabileceği kanaatindeyiz. Bu hükümlerle ilgili olarak bkz. GÜNGÖR Seda Ş., Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 137-149.

hükme bağlamıştır. Görüldüğü gibi tasarruf finansman şirketlerinin yönetim sistemine ilişkin kanuni yapının Bankacılık Kanunu örnek alınarak oluşturulduğunu söylemek mümkündür (Bkz. BankK md. 23 vd.).

FKK md. 13/1 hükmünde bu şirketlerde kurumsal yönetime ilişkin de özel hükümler sevk edileceği öngörülmektedir⁴⁹. Nitekim FKK'nin üçüncü kısmının başlığı "kurumsal yönetim" adını taşımaktadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, kurumsal yönetim başlığı altında düzenlenen hususların kurumsal yönetimden ziyade BDDK'nın şirket üzerindeki gözetim ve denetim gücüne ilişkin hükümler içerdiği görülmektedir. Bununla birlikte FKK md. 13/1 kurumsal yönetime ilişkin ikincil düzenlemenin yapılması hususunda BDDK'yı yetkili kılması ile soyut normların somutlaştırılabilmesine imkân tanınmıştır⁵⁰. Gerçi kurumsal yönetim bir ilkelere bütünü olması nedeniyle soyut birtakım standartları ihtiva eder. Yine de tasarruf finansman şirketlerinin pek çoğunun aile şirketi hüviyetinde olması ve bu şirketlerin tek kişilik anonim şirket şeklinde kurulma

⁴⁹ Kurumsal yönetim temel felsefe olarak pay sahiplerinin değil, geniş bir şekilde menfaat sahiplerinin şirkete ve şirketin yönetimine karşı korunması yaklaşımını esas alır; bkz. ÖZDEMİR Semih Sırrı/ TAMER Elanur, "Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7/14, Ankara, 2019, s. 332. Menfaat sahipleri kavramı ise çalışanlar, alacaklılar, yatırımcılar, müşteriler ve hatta kamu alacaklıları nedeniyle devleti de kapsayacak şekilde geniş bir anlama sahiptir; bkz. PASLI Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi Corporate Governance, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 211-242.. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri md. 3.1.1. menfaat sahiplerinin kapsamını "şirketin hedeflerine ulaşmasında veya faaliyetlerinde ilgisi olan çalışanlar, alacaklılar, müşteriler, tedarikçiler, sendikalar, çeşitli sivil toplum kuruluşları gibi kişi, kurum veya çıkar grupları" olarak belirlemiştir. Tüm bu yönleriyle tasarruf finansman şirketlerinde menfaat sahiplerinin korunması bakımından kurumsal yönetim ilkelerine uyum sağlanmasının önem taşıdığı söylenebilir. Zira bu şirket türünde tabana yayıldıkça menfaat sahibi kitle genişlemektedir.

⁵⁰ Kanun koyucunun BDDK'ya bu konuda 01.11.2006 tarih ve 2633 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik benzeri bir düzenleme yapma konusunda yetki verdiği anlaşılmaktadır. Ancak BDDK 6361 sayılı FKK'ya tabi şirketler için kurumsal yönetime ilişkin münhasır bir düzenleme yapmak yerine factoring, finansman ve finansal kiralama için ayrı, tasarruf finansman şirketleri için ayrı uygulama yönetmelikleri çıkartmıştır. Bu yönetmeliklerde kurumsal yönetim başlığı altında düzenlenen hususlar ise özü itibarıyla şirketlerin örgütü ile ilgili hususlardır. Bu hususta özellikle de tasarruf finansman şirketleri bakımından özel bir kurumsal yönetim ilkelerinin yayınlanmasının menfaat sahiplerinin korunması bakımından gereklilik arz ettiği kanaatindeyiz.

imkanına da sahip bulunması gerçeği karşısında, özel bir bankacılık faaliyetinde bulunan bu şirketlerde kurumsal yönetim ilkelerine uyumun sağlanmasının, ihtiyaçtan öte zorunluluk arz ettiği açıktır⁵¹.

Burada tasarruf finansman şirketlerinin iç sistemlerinin ne şekilde teşekkül edeceğine ilişkin olarak yönetmeliğin 12. maddesine de değinmek gerekir. Bu madde uyarınca şirketin risk yönetim, iç kontrol ve iç denetim sistemlerini kurması gerekmektedir. Yönetmelik md. 12/5 uyarınca ikisi yönetim kurulu üyesi ve biri birim yöneticisi olmak üzere risk yönetim komitesi kurulması öngörülmektedir⁵². Altıncı fıkraya göre ise risk yönetim birimi yöneticisinde belirli alanlarda en az lisans mezunu olma ve bu alanlarda en az 5 yıllık mesleki tecrübe şartı aranmaktadır. Ayrıca risk yönetim birimi yöneticisine icrai görev verilemeyeceğinin altı çizilmiştir. Yönetmeliğin aynı maddesinin 7. fıkrası ise şirketin faaliyetlerine göre değişkenlik arz etmekle beraber en az bir iç kontrol personeli, sekizinci fıkrası ise yeteri kadar iç denetçi bulundurulmasını şart kılmış ve iç kontrol birimi personelinin yılda en az iki kez yönetim kurulu ya da genel müdür harici bir yönetim kurulu üyesine, iç denetçinin ise yılda en az bir kez yönetim kuruluna rapor sunması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Tasarruf finansman şirketleri denetim komitesi kurulmasının gerekmemesi noktasında bankalardan ayrılmaktadır. Gerçekten de denetim

⁵¹ Türkiye'deki şirketlerin ortaklık yapıları bakımından kurumsal yönetimin anlam ve önemi konusunda bkz. EMİNOĞLU Cafer, Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 64-65.

⁵² Önemle belirtelim ki, 6361 sayılı FKK uyarınca çıkartılan Tasarruf Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik, risk yönetim komitesi kurulması noktasında, 5411 sayılı BankK ve bu kanuna dayanılarak çıkartılan 11.07.2014 tarihli 29057 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Bankaların İç Sistemleri ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkında Yönetmelik hükümlerinden ayrılmaktadır. Zira bahsedilen düzenlemeler tasarruf finansman şirketlerinden farklı olarak, bankaların risk yönetim komitesi kurmalarına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bankalarda hangi hallerde riskin erken teşhisi komitesi teşekkül ettirilebileceği hususunda bkz. ŞAHİN Adem, "Riskin Erken Teşhisi Komitesi (TTK md. 378 ve 625/1-e'nin Değerlendirilmesi)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/2, Malatya, 2016, s. 302. Altay söz konusu durumun bankalarda risk yönetim birimlerinin denetim komitesinin bir alt unsuru olarak teşekkül ettirilmesinden kaynaklandığını ifade etmiştir; bkz. ALTAY Sıtkı Anlam, Hukuki Açıdan Banka Anonim Ortaklığı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s.

komitesi kurulması zorunluluğuna ilişkin BankK md. 24 hükmüne benzer bir düzenlemeye ne 6361 sayılı FKK ne de yönetmelikte yer verilmiştir. Yönetmeliğin bir yandan risk yönetim komitesi kurulması zorunluluğu öngörmüşken diğer yandan denetim komitesine ilişkin bir hükme yer vermemesinin büyük bir eksiklik olduğu kanaatindeyiz⁵³.

III. TASARRUF FİNANSMAN ANONİM ŞİRKETLERİNDE MENFAAT SAHİPLERİNİN KORUNMASINA YÖNELİK DÜZENLEMELER

A. Tasarruf Finansman Anonim Şirketlerinin Faaliyetleri ile Tasarruf Finansman Faaliyetlerine İlişkin Birtakım Sınırlama ve Yasaklar Öngörölmüş Olması

1.Genel Olarak

Tasarruf ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik md. 4/5 uyarınca kuruluş aşamasında düzenlenecek ana sözleşme taslağında konut finansmanı faaliyetinin iştigal konusu olarak belirtilmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Bununla birlikte tasarruf finansman şirketlerinin münhasıran konut finansmanı ile iştigal etmediğini aynı zamanda taşıt finansmanı da gerçekleştirebildiğini de belirtmek gerekir (bkz. FKK md. 3/1-1 bendi). Her halükârda tasarruf finansman şirketinin ana faaliyet konusu dışında faaliyette bulunması mümkün değildir (FKK md. 9/1-a). Ayrıca fon toplama bu şirketlerin mahiyeti gereği olduğundan FKK md. 9/1-ç bendindeki yasağın, tasarruf finansman şirketleri bakımından geçerli olmadığını da kabul etmek gerekir (FKK md. 9/1-ç, ikinci cümle)⁵⁴.

⁵³ Denetim komitesinin bankaları yönetim kurulunun yapılanması bakımından düalist sisteme bir nebze de olsa yaklaştırdığı, ama yine de tam anlamıyla düalist bir sistem öngörmediği, bazı farklılıklar olsa da bankalar açısından da monist sistemin esas alındığı yönünde bkz. AKDAĞ GÜNEY Necla, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 51-52. Yazarın düşüncesini tasarruf finansman şirketleri bakımından değerlendirdiğimizde bu şirketlerde yönetim kurulu yapılanması bakımından monist sistemin daha baskın olarak benimsendiği sonucuna ulaşabiliriz.

⁵⁴ "Tasarruf finansman şirketleri, kapalı bir mekanizma içerisinde müşterilerine finansman kullanırmak amacıyla yine aynı müşterilerden fon toplama faaliyeti sürdür-

Tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetleri konusunda FKK kanuni bir tanım yapma gereği duymuş ve tasarruf finansman faaliyetini, “Bir sözleşme kapsamında önceden belirlenmiş koşulların gerçekleşmesi şartıyla konut, çatılı iş yeri veya taşıtın edinimi için faizsiz finansman esaslarına göre belirli bir süre tasarruf edilmesi, müşterilere finansman kullandırılması ve toplanan tasarrufların yönetimi” şeklinde tanımlamıştır (FKK md. 3/1-1 bendi). Tasarruf finansman faaliyetini doğrudan ilgilendiren bir diğer kavram ise tasarruf fon havuzu olup, “belirli bir dönemde tasarruf finansman şirketi nezdindeki birikmiş tasarruflar ve finansman geri ödemelerinden oluşan tutarlar toplamından, tahsisat olarak verilmiş tutarlar ile tasarruf geri ödemelerinin düşülmesinden sonra kalan tutarı” ifade etmektedir.

FKK’ya 7292 sayılı kanunun 8. maddesiyle eklenen 39/B maddesinin ikinci fıkrasına göre tasarruf fon havuzunun, şirketin diğer hesaplarından ayrı bir hesapta takip edilmesi, bu hesaptaki değer in salt tasarruf finansman sözleşmelerinden mütevellit yükümlülüklerin ifası ve bu sözleşmelerden kaynaklanan alacaklarla ilgili işlemler için kullanılması gerekmektedir. Buna göre havuzdaki değer in bu amaç dışında hapis hakkı, alacağın temliki, takas gibi hukuki işlemlere konu edilmesi ya da üzerinde rehin, haciz, ihtiyati tedbir gibi bir işlem tesis edilmesi, iflas masasına dahil olması da söz konusu olamayacaktır⁵⁵.

Yönetmelik md. 15 hükmü tasarruf finansman şirketlerini yönetim kurulunun sorumluluğunda olmak üzere, yürütecekleri faaliyetler ve yapacakları sözleşmelerle ilgili “genel faaliyet ilkeleri dökümanı” adlı bir belgeyi BDDK’ya vermekle yükümlü tutmuştur. Söz konusu belgenin BauSparkG § 5 hükmünde ifadesini bulan iş planı ile aynı işlevi gördüğü söylenebilir.

mektedirler. Bu bakımdan söz konusu fon toplama işleminin faktoring, finansal kiralama ve finansman şirketleri için getirilmiş bulunan para toplama yasağı kapsamında olmadığı hüküm altına alınmaktadır.”; bkz. 7293 sayılı kanun md. 3 gerekçesi.

⁵⁵ 7293 sayılı kanun md. 8 gerekçesinde şirketin faaliyetlerinin fon havuzundan ayrık tutulmak suretiyle tasarrufların münhasır bir korunmaya tabi tutulduğu ifade edilmiştir.

2. Tasarruf Finansman Şirketlerinin Faaliyetlerine İlişkin Sınırlamalar

FKK, tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetlerine ilişkin birtakım sınırlandırmalar getirmiştir. Bu sınırlandırmalar FKK'nın "Şirketin yapamayacağı iş ve işlemler" başlıklı 9. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu maddeye 7293 sayılı kanunun üçüncü fıkrası ile eklenen beşinci fıkra "Tasarruf finansman şirketleri konut, çatılı iş yeri veya taşıt ediniminden doğduğu tevsik edilmeyen borçları finanse edemez, tasarruf finansman sözleşmeleri dışında finansman sağlayamaz, üçüncü taraflara borç veremez, ortaklık payı edinemez, her türlü belge, ilan ve reklamlarında banka izlenimi yaratacak ifade ve deyimleri ve "katılım" ibaresini kullanamaz ve yalnızca yurt içinde tescil edilmiş konut, çatılı iş yeri veya taşıt alımını finanse edebilir" şeklinde kaleme alınmıştır⁵⁶. FKK md. 9'a 7293 sayılı kanunla eklenen beşinci fıkradaki bu hükmün aynı maddenin birinci fıkrası b⁵⁷ ve c⁵⁸ bentleri karşısında neyi ifade ettiğinin ortaya konulması gerekmektedir. FKK md. 9 hükmüne baktığımızda b ve c bentleri bakımından tasarruf finansman şirketleri için bir istisna getirilmediği, dolayısıyla bu hükümlerin tasarruf finansman şirketleri için de uygulama kabiliyetinin bulunduğu görülmektedir. Böylelikle bir tasarruf finansman şirketi, şirketler topluluğu bünyesindeki diğer şirketlere garanti, kefalet ve teminat mektubu verebilecektir. Bunun şirket menfaat sahipleri açısından büyük bir tehlike arz ettiği kanaatindeyiz.

Bu noktada tasarruf finansman şirketlerinin borçlu sıfatıyla kredi ilişkisi içerisine girebilip giremeyeceği hususundan da bahsetmek gerekir. Konuyla ilgili olarak yönetmelik md. 22/5, tasarruf finansman şirketlerinin banka ve finansal kurumlarla özkaynaklarının yüzde otuzunu aşmamak kaydı ile faizsiz finansman, kira sertifikası ihracı gibi mali yü-

⁵⁶ Söz konusu fıkraya ilişkin madde gerekçesinde müşteri menfaatlerinin korunmasının sağlanması nedeniyle mezkûr düzenlemenin kabul edildiği ifade edilmiştir.

⁵⁷ FKK md. 9/1-b bendi şöyledir nakdi kredi kullanım sınırlarına ilişkindir.

⁵⁸ FKK md. 9/1-c bendi şirketlerin verecekleri garanti ve kefalet sınırlamalarına ilişkindir.

kümlülüklerin altına girebileceğini belirtmiştir. Bu ifadelerden yola çıkarak faizsiz nitelik taşımak kaydı ile şirketlerin mali yükümlülük altına girebileceği söylenebilecektir.

FKK md. 8 uyarınca tasarruf finansman şirketlerinin yurtdışında şube açması BDDK'nın iznine tabi tutulduğu gibi, şube dışında bir teşkilatlanma öngörülmesi ya da acentelik vermesi de yasaklanmıştır. Bu noktada şirketin yurt dışında yeni bir şirket kurmak suretiyle tasarruf finansman faaliyetiyle uğraşmasının mümkün olup olmadığı ve yurt dışında hangi faaliyetlerde bulunabileceği sorusu akla gelebilir. FKK md. 9/5 hükmünde tasarruf finansman şirketlerinin yurt dışı faaliyetleri konu bakımından sınırlandırılmış olup, sadece yurt içinde tapu siciline tescil edilmiş konut, çatılı iş yeri ile taşıtları sözleşmeye konu edilebileceğinden bahsetmiştir. Yine 7293 Sayılı kanunun üçüncü maddesiyle FKK md. 9 hükmüne eklenen altıncı fıkra ile tasarruf finansman şirketlerinin yurt dışında iştirak edinmeyeceği hükme bağlanmıştır. Şu durumda tasarruf finansman şirketlerinin yurt dışında, sadece yurt içindeki tapuya tescilli konut ve çatılı işyerleri ile taşıtları finanse etmek amacıyla şube açabileceklerini kabul etmek gerekecektir.

3. Tasarruf Finansman Faaliyetine İlişkin Sınırlamalar

Kanun koyucu menfaat sahiplerinin korunması amacıyla tasarruf finansman şirketlerinin müşterilerle yaptıkları sözleşmeler ve sağladıkları finansmanlar üzerinde de birtakım sınırlamalar öngörmüştür. Bu sınırlamaların ilki yüksek oranlı tahsisat içeren tasarruf finansman sözleşmelerine ilişkindir. Yüksek oranlı tahsisat ile kastedilen bir milyon Türk lirası üzerindeki tahsisatlardır. Yönetmeliğin 21. maddesine göre yüksek oranlı tahsisat içeren sözleşmeler, şirketin müşterilerle akdettiği tüm sözleşme tutarlarının en fazla yüzde on beşini teşkil edebilecek ve bu tip sözleşmeler çekiliş işlemlerine de konu olamayacaktır.

Yönetmelik ayrıca tasarruf finansman sözleşmeleri kapsamında tahsisat ödemelerinin gerçekleştirilmesi için gerekli şartları da hükme bağlamış ve tahsisat ödemelerinde birtakım sınırlandırmalara gitmiştir. Gerçekten de müşteri bazlı tasarruf finansman sözleşmelerinde tahsisat ödemesi yapılabilmesi için, sözleşme ile kararlaştırılan tutarın en az

yüzde kırkının tasarruf edilmiş olması ve sözleşmede kararlaştırılan sürenin (müşterinin ödemiş olduğu peşinat oranına göre değişkenlik arz edebilmekle birlikte) kural olarak beşte ikisinin geçmiş olması gerekmektedir (Yön. md. 21/2-a ve 21/3). Yine müşteri bazlı tasarruf finansmanı en fazla müşterinin yaptığı tasarrufun yüzde ellisi kadar olabilecektir (Yön. md. 22/2). Çekilişli sözleşmelerde de en az üç ay grupta bulunarak ödeme yapmak, ancak grup üyelerinin toplam sözleşme tutarlarının yüzde kırkının tasarruf fon havuzunda birikmesi ve grup süresinin beşte ikisinin tamamlanması şartıyla çekilişte çıkmayan müşterilere de tahsisat ödemesi yapılabilecektir (Yön. md. 21/2-b ve 21/4).

Tasarruf finansman sözleşmelerinde finansman dönemi vadesi de konut ve çatılı işyeri alımlarında 120, taşıt alımlarında ise en fazla 60 ay olabilecektir (Yön. md. 22/3)⁵⁹. Bunun haricinde tasarruf finansman sözleşmesi ile sağlanabilecek toplam finansman tutarı da sınırlandırılmış ve en fazla tasarruf fon havuzu ile özkaynaklar toplamının yüzde yetmiş beşi kadar toplam finansman sağlanabileceği hükme bağlanmıştır (Yön. md. 22/1).

4. Faiz Yasakları

FKK'nın tasarruf finansman faaliyetini tanımlayan md. 3/1-1 bendi tasarruf finansman faaliyetinin faizsiz finansman şeklinde bir tasarruf olduğu, aynı kanununun 39/A-1 fıkrası şirket ile müşteri arasındaki tasarruf finansman sözleşmesinin faizsiz finansman esaslarına göre düzenlenen bir sözleşme olduğu ve 39/B maddesinin üçüncü fıkrası ise tasarruf finansman şirketlerinin faizsiz finansman sistemine göre faaliyetlerde bulunacağı hususlarını özellikle belirtilmiştir. Görülüyor ki, faiz yasağının şirket ile müşteri arasındaki tasarruf finansman sözleşmesinin faizsiz finansman niteliğinde bir sözleşme olması ve şirketin tasarruf finansman faaliyetlerinin faizsiz bir finansman faaliyeti niteliğinde olması olmak

⁵⁹ Tasarruf finansman sözleşmelerinde tasarruf dönemi ve finansman dönemi olmak üzere iki tür vade dönemi bulunmaktadır. Şirket tarafından tahsisatın yapılmasıyla başlayan dönem finansman dönemini ifade etmektedir.

üzere çift görünümü bulunmaktadır⁶⁰. Bu nedenle öncelikle faizsiz finansman ile neyin kastedildiği hususunun bu çift yönlülük bakımından ayrı ayrı ortaya konulması gerekmektedir.

Tasarruf finansman şirketi ile müşteri arasında akdedilen tasarruf finansman sözleşmesinin faizsiz finansman niteliği taşıması ile kastedilen, bu sözleşme kapsamında gerçekleşecek tahsisatların herhangi bir faiz içermemesidir. Bu durumda şirketin kazancı elde edeceği organizasyon ücretinden ibaret olacaktır.

Tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetlerinin faizsiz finansman niteliğine gelince; FKK tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetlerinin de faizsiz finansman esaslarına göre teşekkül ettirileceğinin altını çizmiştir (FKK md. 39/B- 3. Fıkra). Bunun nasıl gerçekleştirileceği ise tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetleri ile elde ettiği fonları nasıl nemalandıracağı ile doğrudan ilgilidir. FKK, bu fonların faizsiz yatırım araçlarında değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır (FKK md. 39/B-4. Fıkra). Keza yönetmeliğin 23. maddesi de aynı doğrultuda tasarruf fon havuzunda toplanan tutarların, faizsiz yatırım araçları ile nemalandırılacağına hükmetmiştir. Bunun sonucunda elde edilen nemanın nasıl değerlendirileceği ise, müşteri ile yapılan tasarruf finansman sözleşmesinde elde edilen nemaların, müşterinin birikimine eklenip eklenmeyeceğine ilişkin hüküm bulunup bulunmamasına göre değişiklik gösterecektir. Nemanın müşteri birikimine eklenmesine ilişkin bir hüküm sözleşmede mevcut değilse, sözkonusu birikim ihtiyat fonuna aktarılacaktır (Yön. md. 23/1). Hemen belirtelim ki, sadece tasarruf fon havuzundaki tutarın değil, aynı zamanda ihtiyat fonunda yer alan tutarın da faizsiz yatırım araçlarında değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten de ihtiyat fonundaki tutarların katılım hesabında veya iki güne kadar valörlü nakte dönüştürülebilir faizsiz yatırım araçlarından birine yatırılması gerekmektedir (Yön. md. 30/2). Yönetmelik tasarruf fon havuzundaki tutarların değerlendirilebileceği portföy bakımından ise çok daha geniş seçenekler sunmuş ve bunları

⁶⁰ Nitekim FKK md. 39/B hükmünün üçüncü fıkrasına ilişkin olarak 7292 sayılı kanunun madde gerekçesinde de Türk uygulamasında faizsizlik sisteminin benimsendiği ve bunun çift yönlü olduğu kesin olarak belirtilmiştir.

yönetmelik md. 23/2 hükmünde faizsiz yatırım araçları bakımından sınırlayıcı olmayan bir şekilde saymıştır. Bu düzenlemeye göre tasarruf fon havuzunda toplanan tutarlar devlet tarafından ihraç edilen veya Türkiye’de faaliyet gösteren varlık kiralama şirketlerinin ihraç ettiği yurt içi TL cinsi kira sertifikaları alımında, 5411 sayılı kanuna tabi olarak faaliyet gösteren katılım bankaları nezdinde açılan TL cinsi özel cari hesaplar ya da katılma hesaplarında veya BDDK tarafından belirlenebilecek sair faizsiz yatırım araçlarında değerlendirilebilecektir. Son olarak belirtelim ki, tasarruf fon havuzundaki tutarlar tasarruf finansman faaliyetleri harici kullanılmayacaktır (Yön. md. 23/5).

Kanaatimizce tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetlerinin bu şekilde faizsizlik esasının benimsenmek suretiyle sınırlandırılması doğru olmamıştır. Burada kanuni düzenleme yapılırken şirket yapılanmalarının faizli sistemi ve faizsiz sistemi benimsemesine göre alternatif sistemler öngörülmesi ve böylece Alman hukuk çevresinde uzun yıllardır sorunsuz uygulanan Bauspar sisteminin ülkemize kazandırılması mümkün olabilirdi. Bununla birlikte mevcut düzenleme, karşılaştırmalı hukuk açısından tasarruf finansman sistemini faizsizlik esasına kanunileştirmek isteyen ülkeler bakımından örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

B. Şirketin Finansal Yapısı ve Finansal Yapının Korunmasına İlişkin Özel Hükümler Öngörülmesi Olması

Tasarruf finansman şirketlerinin finansal yapısı ve bu yapının bozulması halinde izlenecek usûl büyük oranda finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketleri ile ortak hükümlere tabi tutulmuştur⁶¹. Bu noktada FKK’nın BDDK’yı oldukça geniş yetkilerle donattığı görülmektedir.

⁶¹ Gerçekten de FKK’nın “Finansal Raporlama” başlıklı üçüncü kısım ikinci bölümünde yer alan iç sistem, muhasebe, raporlama ve bağımsız denetime ilişkin 14; koruyucu düzenlemelere ilişkin 15; karşılıklara ilişkin 16 ve denetim, gözetim ve bilgi vermeye ilişkin 17.madde hükümlerinin FKK’ya tabi tüm şirketlere uygulanacak ortak hüküm niteliğinde olduğu görülmektedir. FKK md. 14/1, tasarruf finansman şirketlerini iç sistemleri kurmakla yükümlü kılmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrası ise şirketin tüm işlemlerinin gerçek mahiyetine uygun ve finansal raporların da bilgi edinme ihtiyacını giderebilecek şekilde hazırlanması gerektiğini belirtmiş; beşinci fıkrası da bağımsız denetimin 26/9/2011 tarihli ve 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre yapılacağını hükme bağlamıştır; 6361 Sayılı FKK’ya tabi şirketlerde iç sistemler, örgüt yapısı ve işleyişi hakkında bkz. TEPEGÖZ Şükrü Mete,

Örneğin FKK, tasarruf finansman şirketlerinin risk yönetim süreçleri ile ilgili olarak sınırlama ve standartlar belirleme ile her türlü konuda gerekli tedbiri alma konusunda BDDK'yı yetkili kılmıştır (FKK md. 15/1)⁶².

Yine FKK'nin "Koruyucu düzenlemeler" başlıklı 15. maddesine 7292 sayılı kanunun 6. maddesi ile eklenen 4. fıkraya göre, BDDK tarafından gerçekleştirilen denetimler sonucunda söz konusu fıkra da belirtilen ve 7 bent halinde sayılan hallerden biri ya da daha fazlasının varlığı halinde⁶³, BDDK tarafından lüzumlu addedilen tedbirlerin alınması, uygun bir süre ve BDDK'nın onayladığı bir plan dahilinde şirketten talep edilebilecektir⁶⁴. Ayrıca aynı fıkraya göre BDDK'ya tasarruf finansman şirketleri için tahsisat tarihlerini öteleme konusunda da yetki verilmiştir.

FKK, şirketin mali yapısını koruyucu nitelikteki bu düzenlemelerden sonuç alınamaması durumunda artık daha etkin tedbirlerin devreye gireceğini hükme bağlamıştır. Daha etkin tedbir ile kastedilen ise şirketin faaliyet izninin kaldırılması ve kanuni tasfiyeye tabi tutulmasıdır. Buna ilişkin düzenleme 7292 sayılı kanunun 15. maddesiyle FKK'ya eklenen md. 50/A'nın birinci fıkrası hükmü ile kanunda ifadesini bulmuştur. Bu yeni hüküm münhasıran tasarruf finansman şirketleri ile ilgilidir. Zira tasarruf finansman şirketleri haricinde, FKK'ya tabi diğer şirketler bakımından FKK md. 50 uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca önemle belirtelim ki, FKK md. 15/4 hükmünde sayılan tedbirlerin alınmaması ya da alınmış

Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinde İç Kontrol, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 34-91.

⁶² Hemen belirtelim ki, FKK md. 15/1 hükmü 7292 sayılı kanunun 6. maddesi ile değiştirilmeden önce, söz konusu sınırlamaların şirketin faaliyetleri ile özkaynakları arasında olması gerekmektedir. Mezûr değişiklik ile bu ifadeler madde metninden çıkartılmıştır. Madde gerekçesinde böylelikle sınırlamaların özkaynaklar ile bağlı ve sınırlı kalınmaksızın, özellikle de tasarruf finansman şirketlerinde söz konusu olabilecek likidite konusundaki risk yönetimi önlemlerinin alınmasına imkân sağladığı belirtilmiştir; bkz. 7292 sayılı kanun md. 6 gerekçesi.

⁶³ FKK 15. madde hükmünün ve özel olarak dördüncü fıkranın büyük oranda BankK md. 65-71 hükümlerinden esinlenerek kaleme alındığı hemen göze çarpmaktadır.

⁶⁴ FKK md. 15 hükmüne 7292 sayılı kanunun 6. maddesi ile eklenen bu değişiklik ile ilgili olarak madde gerekçesinde tedbirlerin somutlaştırılmasının amaçlandığı ifade edilmiş ve risklerin, şirket yönetiminin basiretsizliği nedeniyle artması gibi mülhazalardan bahsedilmiştir.

olsa dahi faydasının olmadığı tespit edilmesi, FKK md. 50/A'nın birinci fıkrasının uygulanabilmesi için yegâne şart değildir. Bunun haricinde şirketin likidite düzeyini sürdürememesi ya da sürdüremeyeceğinin anlaşılması, likidite hesaplamasının güvenilir şekilde gerçekleştirilmemesi veya likidite hesabının kasıtlı bir şekilde yanlış yapılması hallerinin tespit edilmesi durumunda da FKK md. 50/A'nın birinci fıkrası uygulama alanı bulabilecektir⁶⁵.

Yine FKK md. 15'in 7292 sayılı kanunla değişik 6. maddesine göre de tasarruf finansman şirketleri tasfiye durumunda tasarruf sahiplerine ödenmek üzere, organizasyon ücretlerinin binde beşini gelir hesaplarından ayırmakla yükümlü tutulmuşlardır. Ayrılacak bu miktarın hukuki niteliği ile ilgili olarak madde gerekçesinde "zorunlu birikim" ifadesine yer verilmiştir. Yönetmeliğin 19. maddesine göre ise, gerekçenin betimlemesiyle bu zorunlu birikimler özkaynak hesaplarında takip edilecektir. Benzer bir düzenlemeye yönetmeliğin "İhtiyat fonu" başlıklı 30. maddesinde de yer verilmiştir. Bu hükme göre tasarruf finansman şirketleri tasarruf fon havuzunun en az yüzde üçünü ihtiyat fonu olarak ayırmakla yükümlü kılınmıştır. Tasarruf finansman şirketlerinin müşterilerinin korunması amacıyla öngörülmuş hükümlerden bir diğeri de karşılık ayırma zorunluluğunun öngörülmesi olmalıdır (FKK md. 16/1).

Önemle belirtmek gerekir ki, FKK tasarruf finansman şirketleri için mevduat sigortası uygulamasına benzer bir uygulama öngörmemiştir. Gerçekten de 5411 Sayılı BankK md. 63/1 hükmünün, "Kredi kuruluşları nezdelerindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından sigorta edilir" ifadesi ve aynı kanunun md. 3 hükmünde yer alan kredi kuruluşlarının mevduat bankaları ile katılım bankalarından ibaret olduğu şeklindeki ifade karşısında, tasarruf finansman şirketleri nezdinde toplanan birikimlerin, TMSF bünyesindeki mevduat sigortası kapsamına alınması, kanun değişikliğine gidilmedikçe mümkün görünmemektedir. Oysa yukarıda da ifade ettiğimiz gibi tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetleri de özü itibarıyla bir bankacı-

⁶⁵ Likidite ve likidite düzeyi ile ilgili düzenlemeler ise Yönetmeliğin 28. maddesinde hükme bağlanmış olup bununla ilgili olarak yönetim kurulu sorumlu tutulmuştur.

lık faaliyetidir. Bu şirketlerin faaliyetleri dünyada yaygın bir şekilde uygulaması bulunan uzman bankacılık ya da özel konulu bankacılık olarak adlandırılabilir nevi şahsına münhasır bir bankacılık faaliyetidir. Bu nedenle tasarruf finansman şirketleri nezdinde toplanan birikimlerin de TMSF bünyesinde mevduat sigortası kapsamına dahil edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Hatta ticari riskin sonuçlarına katlanma ilkesiyle hareket eden katılım bankaları nezdindeki katılma hesaplarının⁶⁶ dahi mevduat sigortası kapsamına alınması gerçeği karşısında, tasarruf finansman şirketleri nezdinde toplanan birikimlerin evleviyetle mevduat sigortasına dahil edilmesi gerektiğini savunmaktayız⁶⁷.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu gerek tasarruf finansman şirketleri ve gerekse FKK kapsamına dahil olan diğer şirketlerin her türlü faaliyetleri bakımından BDDK'ya çok geniş takdir yetkileri tanımıştır. Bu geniş yetkiler elbette kanunun çeşitli maddelerine serpiştirilmiş haldedir. Ancak bu konuda FKK'nin "Denetim, gözetim ve bilgi verme" başlıklı 17. maddesine ayrı bir parantez açılması gerekmektedir. Zira bu maddenin ikinci fıkrasına göre tasarruf finansman şirketi, BDDK'ya talep ettiği her türlü bilgiyi, gizli dahi olsa vermekle yükümlü kılınmıştır. Dahası, ilgili kamu kurum ve kuruluşları da talep edilecek her türlü bilgiyi, "Devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak hâller ile meslek sırrı, aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dahi olsa" vermek yükümlülüğü altındadır (FKK md. 17/3).

C. Şirketin Tasfiyesinin Özel Hükümlere Tabi Tutulmuş Olması

Tasarruf finansman şirketlerinin tasfiyesini iradi tasfiye ve kanuni tasfiye şeklinde iki kısma ayırarak incelemek gerekmektedir.

⁶⁶ 5411 Sayılı BankK. md. 3 hükmü katılma hesabının kar ve zarara katılma ile anapara garantisi vermeme özelliklerinin altını çizer.

⁶⁷ Katılım bankalarının temel çalışma prensiplerinin en önemlisi olan zarara da katlanma hakkında bkz. BATTAL Ahmet, Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1999, s. 169.

1. İradi Tasfiye

Tasarruf finansman şirketlerinin iradi tasfiyesi BDDK'nın denetimi ve kurulun iznine tabi tutulmuştur (FKK md. 12/3). Öncelikle iradi tasfiyenin ne şekilde gerçekleştirileceği ve şirketin yükümlülüklerini yerine getirebileceğine ilişkin bir planın BDDK'ya sunulması gerekir (FKK md. 12/3-a). Yönetmeliğe göre şirketin iradi tasfiyesine ilişkin bir yönetim kurulu kararı da alınması ve BDDK'ya bu kararlar başvuru bulunması şarttır (Yön. md. 10/1). Ancak önemle belirtelim ki, kanunda ve yönetmelikte belirtilmiş olmasa da bu konuda ayrıca bir de genel kurul kararı alınması da gerekmektedir (TTK md. 529/1-d)⁶⁸. Dolayısıyla genel kurul kararını müteakip, genel kurul kararı doğrultusunda yönetim kurulunun ayrıca karar alıp BDDK 'ya sunması hukuki bir zorunluluktur.

Bununla birlikte FKK ve yönetmeliğin tam tersi bir yol izlediği görülmektedir. Gerçekten de verilen iradi tasfiye izni de üç aylık bir süreyle sınırlandırılmış olup, bu süre içerisinde şirket tarafından ayrıca bir iradi tasfiye kararı alınması ve 15 gün içerisinde de tasfiye işlemlerine başlanması gerekmektedir (Yön. md. 10/2). Ayrıca şirket iradi tasfiye izni alınmasının akabinde, durumunu Türkiye çapında basımı ve dağıtım yapılan en az iki gazete ile ilân ve şirket müşterileri ile diğer alacaklılarına veya bu durumda sayılabilecek kişi ve kurumlara tebliğ edecektir (Yönetmelik md. 10/4).

Hemen belirtelim ki FKK md. 12/3-b bendi uyarınca müşterilere olan yükümlülükler de dahil olmak üzere tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve şirket alacaklarının tahsil edilmesi şirket tarafından bizatihi yapılacak ve genel hükümlere göre icra edilecektir. Keza tasfiye izninden sonra şirketin yeni müşteri edinmesi ve mevcut yükümlülükleri yerine getirmesine engel olabilecek yeni taahhüt altına girmesi de mümkün de-

⁶⁸ Bu husus TTK md. 408/2-e uyarınca aynı zamanda genel kurulun münhasır yetkileri arasında olduğundan başka bir organa devri ya da kullanımının yasaklanması da mümkün olmayıp; buna ilişkin kararlar yok hükmünde kabul edilmektedir; bkz. KERVANKIRAN Emrullah, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 34-35. Genel kurul tarafından alınan karara karşı iptal davası açılmasının kararın mahkemece yürürlüğün durdurulmasına karar verilmedikçe tasfiye üzerinde etkili olmayacağı hakkında bkz. KARAMAN COŞGÜN Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 8.

ğildir (FKK md. 12/3-b). Görüldüğü gibi, FKK md. 12/3-b hükmü ile tasfiye işlemlerinin anonim şirketlerin tasfiyesine ilişkin TTK hükümleri doğrultusunda gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır⁶⁹. Ancak kanaatimizce bir nevi özel bankacılık faaliyeti gösteren ve çok sayıda müşterinin tasarruflarını yöneten tasarruf finansman şirketlerinin iradi tasfiyelerinin BankK'nun "iradi tasfiye" başlıklı md. 20 hükmüne uygun olarak gerçekleştirilmesi menfaat sahiplerinin korunması açısından daha doğru bir çözüm olabilirdi⁷⁰.

Burada önem taşıyan ve iradi tasfiyenin kanuni tasfiyeye dönüşmesi olarak ifade edebileceğimiz husus ise, plana aykırılığın ya da iradi tasfiye faaliyetlerinin müşterilerin hak ve menfaatlerini zarara uğratacağının tespiti durumunda Kurulun beş üyesinin kararıyla, verilen iradi tasfiye izninin iptal edilmesidir⁷¹. Bu husus FKK md. 12/3-c bendinde hükme bağlanmış olup, böyle bir durum da iradi tasfiyenin yerini artık FKK md. 50/A anlamında şirketin tasfiyesi işlemlerine bırakacak ve FKK uyarınca, Kurulun verdiği karar da genel kurul kararı hükmünde kabul edilecektir.

2. Kanuni Tasfiye

Kanun koyucu tasarruf finansman şirketlerinin tasfiyesini, kanunda düzenlenen diğer şirketlerden ayrık tutmuş ve özel hükümler sevk etme gereği duymuştur⁷². FKK md. 50/A hükmü kanuna 7292 sayılı kanunun 15. maddesi ile getirilmiştir. Bu maddede ifadesini bulan tasfiye usulü, sadece iradi tasfiyenin kanuni tasfiyeye dönüştüğü durumlarda

⁶⁹ Anonim şirketlerde tasfiye süreci ve tasfiye işlemleri hususunda bkz. KERVANKIRAN, s. 194-280; KARAMAN COŞGUN, s. 161-271.

⁷⁰ Üstelik BankK md. 20 hükmünün uygulanma şekline ilişkin olarak BDDK tarafından 01.11.2006 tarihli ve 2633 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş "Bankaların İradi Tasfiyeleri Hakkında Yönetmelik" adında ikincil bir düzenleme de mevcuttur.

⁷¹ Bu durumda iradi tasfiye işlemleri genel hükümler dairesinde icra ediliyor olsa da tasfiye memurlarının her aşamada BDDK'ya yönelik bilgilendirme ve hesap verme yükümü bulunmaktadır. Ayrıca tasfiye sürecinin her aşaması ise BDDK'nın gözetiminde gerçekleştirilecektir. Keza böyle bir durum tasfiye memurlarının sorumluluğunu da gündeme getirebilir.

⁷² Buna ilişkin olarak 7292 sayılı kanunun 15. maddesi gerekçesinde tasarruf finansman şirketlerinin kişi tasarruflarının toplanması esasına göre faaliyet gösteren finansal kuruluş olmalarının, bunların mali bünyelerinin yakın takibe alınmasını gerekli kıldığı ifade edilmiştir.

değil, 50/A hükmünün birinci fıkrasında belirtilen durumların tespit edilmesi halinde de uygulanacaktır. FKK md. 50/A hükmüne göre tasfiye işlemlerine başlanmasının birtakım önemli sonuçlarının bulunduğu görülmektedir. Gerçekten de her şeyden evvel md. 50/A kapsamında gerçekleştirilecek tasfiyelerde müşterilerin sözleşme ile öngörülmüş finansman kullanmaya ilişkin hakları artık uygulanamayacaktır.

Burada FKK md. 50/A maddesinin ikinci fıkrası hükmüne ayrı bir parantez açmak gerekmektedir. Zira söz konusu ikinci fıkra hükmü, kanunlaşmasının üzerinden sadece dört ay gibi kısa bir süre sonra tekrar değiştirilmiştir⁷³. Söz konusu değişiklik 18.7.2021 tarihinde kabul edilip 28.7.2021 tarih ve 31551 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7333 sayılı kanunun 18. maddesi ile gerçekleştirilmiştir⁷⁴. Yeni düzenleme ise BDDK tarafından tasarruf finansman şirketinin tasfiyesine karar verilmesi halinde, şirketin TMSF tarafından atanan ve en az üç kişiden oluşan tasfiye komisyonu tarafından tasfiye edileceği ve komisyon üyeleri ile bunlar tarafından yetkili temsilci olarak görevlendirilen kişilerin BankK md. 127 hükmüne tabi olacağı şeklindedir. Görüldüğü üzere FKK md. 50/A’nın ikinci fıkrasında yapılan bu yeni düzenlemede, fıkranın ilk halinde yer alan tasfiye işlemlerinin genel hükümlere göre yürütüleceğine dair hükme yer verilmemiştir. Ayrıca tasfiye işlerinde yetki TMSF’ye devredilmiş olmaktadır. Kanun koyucunun böylesine önemli bir konuda yetkiyi tasfiye komisyonuna verme kararı hatalı bir karar idi. Hatta kanun koyucu fıkranın ilk halinde söz konusu tasfiye komisyonu üyelerini sorumluluktan azade kılması ise ayrı hukuki sorunları berabe-

⁷³ Bu maddenin ikinci fıkrasının 7292 sayılı kanunla kabul edilen ilk haline göre BDDK tarafından üç kişiden az olmamak üzere bir tasfiye komisyonu atanacak ve bu komisyon tasfiye işlemlerini genel hükümlere göre gerçekleştirecekti (FKK md. 50/A-2. fıkra ilk cümlesi). Yine FKK md. 50/A ikinci fıkrası tasfiye komisyonu ve yetkilendirildiği kişilerin yaptıkları işlemlerle ilgili olarak her türlü şahsi, hukuki ve cezai sorumluluktan azade kılmış ve bu kişilere adeta hukuki bir dokunulmazlık zırhı tahsis edilmişti. Madde gerekçesinde de söz konusu hukuki korumanın komisyon üyelerinin görevleriyle sınırlı olduğunun altı çizilmişti.

⁷⁴ 7333 Sayılı kanuna baktığımızda FKK md. 50/A hükmüne ilişkin değişikliğin sonradan komisyon toplantıları esnasında torba kanuna dahil edildiği görülmektedir. Buna ilişkin olarak da tasfiye kararını veren kurum ile süreci yöneten kurumun farklı olmasının daha sağlıklı olacağı ifade edilmiştir.

rinde getirebilecekti. Tasarruf finansman şirketlerinin özel bankacılık faaliyeti yürüten kurumlar olmaları ve bankaların tasfiyesi konusunda uzman bir kurum olması nedeniyle tasfiye işlerinde doğrudan doğruya TMSF'nin yetkili kılınması doğru bir değişiklik olmuştur⁷⁵.

Maddenin değiştirilmeden önceki halinin üçüncü fıkrasında ise söz konusu tasfiye komisyonunun, genel kurulun tüm yetkilerine ve bu arada taraf ehliyetine de sahip olacağı hükme bağlanmıştı (FKK md. 50/A, üçüncü fıkra). Üçüncü fıkranın ikinci cümlesi şirketin genel kurulunun yetkilerinin, 6102 sayılı TTK hükümlerine tabi olmaksızın tasfiye komisyonu tarafından kullanılacağına altı çizilmişti. Ancak 7333 sayılı kanunun 18. maddesi ile bu yetkiler tasfiye komisyonundan alınarak TMSF'ye verilmiştir. Ayrıca tasfiyesine karar verilen şirket tarafından alınan tescile tabi tüm kararlar, tasfiye komisyonunun talebi üzerine noter onayı şartı aranmaksızın ticaret sicil müdürlüklerince harca ve hizmet bedeline tabi olmaksızın tescil ve ilan edilecektir (FKK md. 50/A-3).

Son olarak tasfiyenin hangi usullere göre yapılacağına ilişkin FKK md. 50/A maddesinin dördüncü fıkrasına da değinmek gerekir. Söz konusu fıkra hükmü de yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra 7333 sayılı kanunun 18. maddesiyle değiştirilmiştir⁷⁶. Son hali ise şu şekildedir: "Faaliyet izni kaldırılarak tasfiyesine karar verilen şirketler hakkında 5411 sayılı BankK'nun md. 106/2-7-9-10, md. 108, md. 109, md. 110, md. 132, md. 133, md. 134, md. 137, md. 138, md. 140, md. 141 ve md. 142 hükümleri kıyasen uygulanır. Faaliyet izni kaldırılarak tasfiyesine karar verilen tasarruf finansman şirketlerinin varlıklarının yükümlülüklerini karşılamadığının tespiti halinde TMSF Kurulu kararına istinaden tasfiye komisyonu mahkemeden, bu şirketlerin iflasını talep edebilir. Hakkında

⁷⁵ Bu konuda yapılacak eleştiri ise kanunların hazırlanması konusunda özensiz davranılması ve bu kadar kısa aralıklarla yapılan kanun değişikliklerinin hukuki istikrar ilkesine zarar vereceği hususundan ibarettir.

⁷⁶ FKK md. 50/A'nın dördüncü fıkrasının ilk halinde tasfiye kararı alınan şirketler hakkında uygulanacak BankK hükümleri daha farklı kaleme alınmıştı. Ayrıca madde gerekçesinde de tasarruflar hakkında mevduat sigortası imkanına sahip olunmayan, devlet garantisinin bulunmadığı ve müşteri kitlesinin de genellikle dar ve orta gelirli şahıslardan oluştuğu bu şirketlerde, tasfiyenin özel bir komisyon eliyle yürütülmesinin zaruret arz ettiğinin altı çizilmişti.

iflas kararı verilen tasarruf finansman şirketinin iflas tasfiyesinde 5411 sayılı BankK md. 106 kıyasen uygulanır. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu, bu maddede düzenlenen tasfiyeye ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”. FKK md. 50/A maddesinin dördüncü fıkrasının bu son halinin ikinci fıkra değişiklikleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Zira ikinci fıkra uyarınca tasfiye işlerinin TMSF tarafından gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla dördüncü fıkrada yapılan bu değişiklikler esasen ikinci fıkra değişikliği ile bağlantının kurulması amacıyla gerçekleştirilmiştir.

Önemle belirtelim ki, FKK md. 50/A'nın birinci fıkrasındaki şartların gerçekleşmesi suretiyle faaliyet izni kaldırılan ve tasfiyesine karar verilen bir tasarruf finansman şirketinin tasfiyesi ile iflasını birbirine karıştırmamak lazımdır. Bu noktada FKK md. 50/A hükmünün dördüncü fıkrasında önemli bir ayrıntıya yer vermiş ve “Faaliyet izni kaldırılarak tasfiyesine karar verilen tasarruf finansman şirketlerinin varlıklarının yükümlülüklerini karşılamadığının tespiti halinde TMSF Kurulu kararına istinaden tasfiye komisyonu mahkmeden, bu şirketlerin iflasını talep edebilir” hükmünü tesis etmiştir⁷⁷. İşte böyle bir durumda artık tasfiye iflas tasfiyesi halini alacaktır⁷⁸.

Genel olarak FKK md. 50/A hükmünün tasarruf finansman şirketlerinde menfaat sahiplerinin korunması bakımından çok önemli bir güvence teşkil ettiği kanaatindeyiz. Gerçekten de benzer düzenlemeler mehz Alman hukukunda bulunmaktadır. Tasarruf finansman şirketlerinde toplanan tasarrufların mevduat sigortası kapsamında bulunmaması bu hükmün önemini daha da artırmaktadır. Zira böylelikle tasarruf finansman şirketlerinin tasfiyesi BankK hükümlerine göre gerçekleşecek ve özellikle de BankK 'nun şahsi sorumluluk ile ilgili md. 110 hükmünün tasarruf finansman şirketlerinde uygulanma imkânı elde etmesi, kötüye kullanımların büyük oranda önüne geçebilecektir.

⁷⁷ İflas davası ve sonuçları hakkında bankalar açısından yapılan (ve tasarruf finansman şirketleri açısından da geçerli olan) değerlendirmeler için bkz. ALTAY, s. 206-211.

⁷⁸ Mahkemenin iflas talebini reddetmesi faaliyet izninin kaldırılmasına ilişkin BDDK kararını etkilemeyecek ve iflas talebinin reddine rağmen TMSF tarafından tasfiye işlemleri gerçekleştirilebilecektir; bkz. ALTAY, s. 211

SONUÇ

Dünyada yaygın bir uygulama alanı bulunan tasarrufa dayalı finansman sistemleri ülkemizde ilk olarak taşıt alımlarını finanse etmek amacıyla doksanlı yıllarda ortaya çıkmış daha sonra konut ve arsa alımları bakımından da uygulanmaya başlamıştır. Tasarrufa dayalı finansman faaliyeti özü itibarıyla bir bankacılık faaliyetidir. Zira bir yönüyle halk kitlesinden birikimleri talep edilmekte, diğer yönüyle de finansman sağlanmaktadır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta bu faaliyetler uzmanlık gerektiren özel bir bankacılık faaliyeti olarak kabul edilmiştir.

Ülkemizde yakın zamana kadar pozitif hukukta yer bulamayan tasarruf finansman faaliyetleri 2021 yılında 7292 Sayılı Kanun ile tasarruf finansman şirketlerine ilişkin hükümlerin 6361 sayılı kanun hükümlerine dahil edilmesi ile birlikte hukuki bir yapıya kavuşmuştur. 7292 Sayılı Kanun md. 20 hükmü ile aynı zamanda 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun adı da "Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu" şeklinde değiştirilmiştir.

Bu çalışmada tasarruf finansman faaliyetinin ana aktörü konumunda olan tasarruf finansman şirketleri ile ilgili olarak 7292 sayılı kanun ile getirilen düzenlemeler incelenmiştir. Bu kapsamda mezkûr kanun ile getirilen düzenlemelerin bazılarının Alman hukukundan iktibas edildiği, bazılarının da 5411 sayılı Bankacılık Kanunu hükümlerinden yararlanmak suretiyle hükme bağlandığı görülmüştür. 7292 Sayılı kanun ile hem tasarruf finansman faaliyetlerinin hem tasarruf finansman sözleşmelerinin ve hem de tasarruf finansman şirketlerinin ayrıntılı olarak düzenlendiği ve bu konudaki önemli bir boşluğun doldurulduğu söylenebilecektir. Biz bu çalışmanın muhtelif yerlerinde getirilen yeni düzenlemelerde eksik gördüğümüz ve diğer pozitif hukuk kurallarıyla çeliştiğini düşündüğümüz hususları belirttik. Bunun haricinde olması gereken hukuk açısından önerilerimiz ise şunlardır:

1-Tasarruf finansman şirketlerine ilişkin hukuki düzenlemenin 6361 sayılı kanun nezdinde değil de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu içerisinde yapılması daha uygun olurdu.

2-Tasarruf finansman şirketlerinin halktan para toplayarak finansman sağlayan bir yapıya sahip olması nedeniyle kooperatif bankası ya da özel faaliyet konusuna sahip uzmanlık bankası olarak düzenlenmesi uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlara daha köklü çözümler getirebilirdi.

3-Getirilen düzenlemeler ile tasarruf finansman şirketlerinin faaliyetleri bakımından faizsizlik kuralı esas alınmıştır. Oysa bu konuda tasarruf finansman faaliyetlerinin ve şirketlerinin faizli bir alternatifle de kurulabilmelerine imkân tanınabilirdi. Böylelikle Alman hukukunda sorunsuz bir şekilde uygulanan Bauspar sistemi Türk hukukuna kazandırılabilirdi. Bununla birlikte faizsizlik kuralının başlı başına sisteme özgünlük kattığı, bu yönüyle karşılaştırmalı hukuk açısından tasarruf finansman sistemini faizsizlik esası ile kanunlaştırmak isteyen ülkeler için emsal teşkil edebileceği de unutulmamalıdır.

4-Tasarruf finansman şirketlerinin banka olarak kabul edilmesi suretiyle tasarruf mevduatı sigortası uygulamasına dahil edilmesi mümkün olabilirdi. Böylelikle sistemden kaynaklanan olası sorunların mevduat sigortası yardımıyla çözülmesi sağlanabilirdi.

Sonuç olarak tasarruf finansman şirketlerinin kanuni bir yapıya kavuşmasının, bu şirketlerin kurumsallaşmasını ve böylelikle menfaat sahiplerinin etkin korunma yollarına kavuşmasını sağladığı kanaatindeyiz. Ayrıca çalışmamızın muhtelif yerlerinde belirttiğimiz eksiklik ve önerimizin dikkate alınması halinde, ileride maruz kalınabilecek hukuki sorunların da önüne geçilebileceğini düşünmekteyiz.

KAYNAKLAR

- AKDAĞ GÜNEY Necla, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ALIŞKAN Murat, “İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, İstanbul, 2012, s. 207-219.
- ALPER Gizem, Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı), 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- ALTAY Sıtkı Anlam, Hukuki Açından Banka Anonim Ortaklığı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- AYDIN Fatih Mehmet, “Tasarrufa Dayalı Yardımlaşma Usulü Finansman Modelleri ve Fıkhî Açından Değerlendirilmesi”, Güncel Dini Me-seleler İstişare Toplantısı (12-14 Ekim 2017), Ankara, 2019, s. 41-72.
- AYDOĞAN Fatih, Tek Kişi Ortaklığı, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- BAHTİYAR Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- BATTAL Ahmet, Bankalarla Karşılaştırmalı Olarak Hukuki Yönden Özel Finans Kurumları, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1999.
- BİRSİN Mehmet/ÖTEGEÇELİ, Hatice, “Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemi ve Fıkhî Meşruiyeti Üzerinde Yapılan Değerlendirmeler”, Mesned İlahiyat Araştırmaları Dergisi, 10/1, 2019, s. 85-114.
- COOK Jacqueline/ DEAKIN Simon/ HUGHES Alan, “Mutuality and Corporate Governance: The Evolution of UK Building Societies Following Deregulation, Journal of Corporate Law Studies, 2/1, 2002, s. 110-138.
- ENDES SELVİ Nurtaç, “Tasarruf Finansman Sözleşmesi”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Konya, 2021, s. 441-467.

- EMİNOĞLU Cafer, Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- ERGÜVEN Murat, Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi ve Yapı Tasarruf Sandığı Sistemi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021 (Yapı Tasarruf).
- ERGÜVEN Murat, Tasarrufa Dayalı Finans Sistemi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- European Federation of Building Societies, Bausparen in Europe, Brussels, 2018.
- GÖKTÜRK Kürşat, Banka Yönetimi ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- GÜNGÖR Seda Ş., Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- HACAK Hasan, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sistemine Yeni Yaklaşımlar", VII. Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı (12-14 Ekim 2017), Ankara, 2019, s. 85-109.
- <https://www.bsa.org.uk/information/consumer-factsheets/general/the-building-societies-act-1986-a-bsa-summary-fift> (Erişim Tarihi: 26.04.2022).
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/53/contents> (Erişim Tarihi: 26.04.2022).
- <https://www.gesetze-im-internet.de/bausparkg/BJNR020970972.html> (Erişim Tarihi: 20.04.2022).
- <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10004829> (Erişim Tarihi: 22.04.2022).
- İslam İktisadı Araştırma Merkezi İKAM- Politika Notları, Tasarrufa Dayalı Finans Kurumları, İstanbul, Kasım 2020.
- KARAMAN COŞGUN Özlem, Anonim Şirketin Tasfiyesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KARASU Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- KERVANKIRAN Emrullah, Anonim Şirketlerin Tasfiyesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

- KILIÇ Selim, "Konut Finansman Modeli Olarak Yapı Tasarruf Sandıkları; Almanya ve Türkiye'deki Uygulamaları, Yönetim ve Ekonomi, 14/1, Manisa, 2007, s. 231-246.
- KOÇ İlker, Konut Finansmanında Yapı Tasarrufu Yöntemi ve Risk Modelleri, 1. Baskı, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, İstanbul, 2021 (Konut Finansmanında Yapı Tasarrufu Yöntemi).
- KOÇ İlker, "Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finansman Sisteminin İşleyişi", Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı (12-14 Ekim 2017), Ankara, 2019, s. 33-38.
- ÖZDEMİR Semih Sırrı/ TAMER Elanur, "Kurumsal Yönetim İlkeleri Işığında Anonim Şirketlerde Genel Kurula İlişkin İlkelerin Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7/14, Ankara, 2019, s. 329-373.
- PASLI Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi Corporate Governance, 2. Baskı, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2005.
- SCHOLTEN Ulrich, "Rotating Savings and Credit Associations in Developed Countries: The German-Austrian Bausparkassen", Journal of Comparative Economics, 28, 2000, s. 340-363.
- ŞAHİN Adem, "Riskin Erken Teşhisi Komitesi (TTK md. 378 ve 625/1-e'nin Değerlendirilmesi)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/2, Malatya, 2016, s. 287-314.
- TAŞATAN Caner, "Tasarruf Finansman Sözleşmesine İlişkin Düzenlemelerin Tüketicinin Korunması Bakımından Değerlendirilmesi", Uluslararası Necmettin Erbakan Hukuk Kongresi 10-12 Nisan 2021 Bildiri Tam Metin Kitabı, Konya, 2021, s. 270-277.
- TEPEGÖZ Şükrü Mete, Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinde İç Kontrol, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- TEKİNALP Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- UZUNALLI Sevilay, Anonim Şirkette İşletme Konusu, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

YAZICI Mehmet, “Konutta Alternatif Finans Yöntemi Olarak Tasarrufa Dayalı Faizsiz Finans Sistemi”, *Academic Review of Humanities and Social Sciences*, 2/3, Bursa, 2019, s. 224-235.

ZACHARIAS David, Bausparkassen according to the German Bausparkassen Act: Revisions to the Act and the Regulation, https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/EN/Fachartikel/2016/fa_bj_1602_bausparkassen_en.html (Erişim Tarihi: 25.04.2022).

ÇERÇEVE SÖZLEŞME KAVRAMI, ÇERÇEVE SÖZLEŞMELERİN AMACI VE EKONOMİK FONKSİYONU*

Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI**

Öz

Sosyal ve ekonomik ihtiyaçlar zamanla değişiklik gösterir. Kişiler arasındaki hukuki ilişkilerin de bu değişikliğe paralel olarak esnek bir biçimde düzenlenebilmesi oldukça önemlidir. Türk Hukuk sistemine hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi ve onun bir alt görünümü oluşturan tip ve içerik özgürlüğü, sözleşmeler hukuku alanında arzu edilen esnekliği sağlamaya hizmet eder. Çerçeve sözleşmeler hukuki dayanağını sözleşme özgürlüğü ilkesinden alır. Çerçeve sözleşmeler, borçlar hukuku alanında yer alan ve edim değişimini konu alan sözleşmelerden değildir. Çerçeve sözleşmeler, edim değişimini konu alan ileride yapılacak münferit sözleşmeleri tamamlayıcı bir rol üstlenir.

Edim değişimini konu almayan ve birden çok münferit sözleşmeyi tamamlamakla görevli çerçeve sözleşmeler her şeyden önce taraflar arasında sürekli bir ilişkiye vücut verdiği için, tüm sürekli borç ilişkileri için söylenebilecek birtakım avantajlara sahiptir. Çerçeve sözleşmelerin bunun ötesinde sürekli bir borç ilişkisinde karşılaşılabilecek risk ve belirsizlik faktörlerine karşı nasıl görev üstlendiği onun ekonomik fonksiyonunun belirlenmesiyle ortaya çıkarılacaktır. Bu çalış-

* Anılan makale yazarın “Çerçeve Sözleşmeler” başlıklı doktora tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

** Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD., Eskişehir, Türkiye | Asst. Prof., Anadolu University Faculty of Law, Civil Law, Eskişehir, Turkey

✉ hayriyes@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0002-9186-4407

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ŞEN DOĞRAMACI Hayriye, “Çerçeve Sözleşme Kavramı, Çerçeve Sözleşmelerin Amacı Ve Ekonomik Fonksiyonu”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1043-1077.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

mada hukukun ekonomik analizine yönelik kaynaklardan yararlanılarak, çerçeve sözleşmelerin ekonomik fonksiyonu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Sözleşme • Münferit Sözleşme • Ekonomik Analiz • Risk • Belirsizlik

FRAMEWORK CONTRACT CONCEPT, PURPOSE OF FRAMEWORK CONTRACTS AND ECONOMIC FUNCTION

Abstract

Social and economic needs change over time. It is quite important that legal relations between individuals can be regulated flexibly in parallel with this change. The principle of freedom of contract, which dominates the Turkish legal system, and the freedom of type and content, which is a sub-view of it, serve to provide the desired flexibility in the field of law of contracts. Framework contracts take their legal basis from the principle of freedom of contract. Framework contracts are not contracts in the field of law of obligations and a subject about change of performance. Framework contracts take on a complementary role for future individual contracts dealing with the change of performance.

Framework contracts, which are not subject to change in performance and are tasked with completing more than one individual contract, have some advantages that can be said for all continuous debt relationships, since they first of all give rise to a continuous relationship between the counterparties. Beyond this, how the framework contracts take on the risk and uncertainty factors that may be encountered in a permanent debt relationship will be revealed by determining its economic function. In this study, the economic function of framework contracts will be tried to be revealed by making use of the sources for the economic analysis of law.

Key Words

Contract • Individual Contract • Economic Analysis • Risk • Uncertainty

GİRİŞ

Sözleşmeler söz konusu olduğunda birbirinden farklı ayrımlardan söz edilebilir. Tasarruf işlemleri, borçlandırıcı sözleşmeler, statü sözleşmeleri bu ayrımlardan biridir. Borçlandırıcı sözleşmeler söz konusu olduğunda bu hususta yapılan temel ayrımlardan biri, Borçlar kanunu, Medeni kanun gibi genel nitelikteki kanunlarda ve diğer kanunlarda düzenlenmiş sözleşmeler ile isimsiz sözleşmeler ayrımıdır. Gerek kanununda düzenlenen sözleşmeler gerek isimsiz sözleşmelerin çoğu taraflar ara-

sında edim değişimini konu alan sözleşmelerdir. Borçlar hukuku alanında edim değişimini konu alan sözleşmelerin yanı sıra o sözleşmeleri hazırlayan, onları tamamlayan sözleşmelerde bulunmaktadır. Asıl sözleşmeyi hazırlayan sözleşmeler grubunda yer alan ön sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nun 29. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Münferit sözleşmeleri tamamlama işlevi bulunan çerçeve sözleşmeler herhangi bir kanuni düzenlemeye konu edilmese de çerçeve sözleşme aracılığıyla formüle edilmiş pek çok isimsiz sözleşme, sözleşmeler hukuku alanında yerini almıştır. Franchise sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, kredi açma sözleşmesi sözü edilen sözleşmeler içerisinde en bilinenleridir. Çerçeve sözleşme niteliği taşıyan sözleşmelere baktığımızda anılan sözleşmelerin, sürekli borç niteliği taşıdığı görülür. Sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan sözleşmelerde, belirsizlik esastır ve risk faktörlerinin önceden tespit edilip bertaraf edilmesi tümüyle mümkün olmaz. Bu nedenle çerçeve sözleşmelerin ekonominin araçlarıyla bir değerlendirmeye tabi tutulup sözü edilen risk ve belirsizlik faktörleri karşısında etkinliğinin belirlenmesi, çerçeve sözleşmelerin ekonomik fonksiyonun ortaya konulması açısından önem taşır.

I. ÇERÇEVE SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

Çerçeve sözleşme¹ öğretide kimi yazarlarca ifade edildiği şekliyle manto sözleşme² veya temel sözleşme ileride kurulması planlanan münferit sözleşmelerde geçerli olacak ortak hükümleri içeren³ ve bu sayede

-
- ¹ Öğretide çerçeve sözleşme kavramı yerine, “*Mantelvertrag*”, “*Grundvertrag*” “*Basisvertrag*” kavramlarının kullanıldığına rastlanılır: BEHRENS, Heino, *Wiederkehrschuldverhältnis*, Hamburg, Dissertation, 1971, s. 21; KRAMER, Ernst A., *Berner Kommentar das Obligationenrecht Art. 19-22*, Bern, Stämpfli Verlag, 1991, s. 242; WESTERMANN, Harm, Peter, *ERMAN, Bürgerliches Gezetzbuch, Elfte Auflage*, Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag, 2004, s. 419; DİETER, Henrich, *Vorvertrag-Optionsvertrag-Vorrechtsvertrag*, Tübingen, Mohr/Paul-Siebeck Verlag, 1965, s. 117; OETKER, Hartmut, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, Tübingen, Mohr/Paul-Siebeck Verlag, 1994, s. 125; SAUTER, Daniel, *Ausgewählte Probleme Sukzessivlieferungsvertrages*, Zürich, Schulthess, 1982, s. 53; SCHİMANSY Herbert, BUNTE, Hermann Josef, *LWOWSKÍ Hans-Jürgen, Bankrechts Handbuch, fünfte Auflage*, München, C.H. Beck, 2017, rn. 14; Karş. Çerçeve sözleşmeden farklı olarak temel sözleşme, kendi başına bağımsız bir sözleşme olmadığından, çerçeve sözleşme (*Rahmenvertrag*) ve temel sözleşme (*Grundvertrag*) kavramları eş anlamlı olarak kullanılmamalıdır. FUCHS-WISSEMAN, Georg, *Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag*, Philipps Universität zu Marbug, 1980, s. 20.
- ² BLUM, Ulrich, DUDLEY, Leonard, LEİBBRAND, Frank und WEİSKE, Andreas, *Angewandte Intitutionenökonomik*, Wiesbaden, Gabler Verlag, 2005, s. 154; DOĞAN, Gül, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi, 2004, s. 109; HERZOG, Nicolas, *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, s. 108; ERMAN/WESTERMANN, *BGB*, s. 414; SAECKER, Franz Jürgen, RİXERER, Roland, OETKER, Hartmut, Limperg, BETTİNA, *Münchener Kommentar BGB, Band I, 9. Auflage*, München, C. H Beck, 2021, Art. 145, Rn. 44; STAUDİNGER, J.von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1. Allgemeiner Teil §§ 134-163*, Berlin, Sellier de Gruyter, 2003, s. 567.
- ³ AYRANCI, Hasan, *Ön Sözleşme*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 110; DOĞAN, s. 109; LARENZ, Karl und WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Dokuzuncu Basım*, München, Beck Verlag, 2004, s. 428; WEBER, Rolf. H “*Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehung*”, *ZSR*, S.106, C.I: s. 402-434, 1987, s. 404; SCHÖNENBERGER, Wilhelm und JÄGGI, Peter, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 1 a Art. 1-17*, Zürich, Schulthess, 1973, s. 255; SCHİMANSY/BUNTE/LWOWSKÍ, rn. 14; STAUDİNGER, s. 567.

tarafklar arasındaki sürekli ilişkinin⁴ temel ilkelerini belirleyen sözleşme-dir⁵. Çerçeve sözleşme ile taraflardan en az birinin münferit sözleşme yapma borcu altına girdiği kabul edilir⁶.

Bir sözleşme ilişkisinin, çerçeve sözleşme niteliği taşıdığından söz edebilmek için, ilk olarak o sözleşmenin içeriğine bakmak gerekir. Çerçeve sözleşmeler, belirli mal veya hizmet edimlerinin ifasına yönelik sözleşmelerden değildir⁷. Mal veya hizmet edimlerinin ifası, ileride kurulacak münferit sözleşmelerin konusunu oluşturur⁸. Çerçeve sözleşmeler ileride kurulması planlanan münferit sözleşmeleri tamamlayan ortak hükümler içerir⁹. Çerçeve sözleşmede yer alan hükümler, çoğunlukla, taraflar arasındaki uzun süreli ilişkide istikrarı sağlamaya yöneliktir¹⁰.

⁴ AYRANCI, s. 108; DOĞAN, s. 109; BARLAS, Nami "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı s. 805- 828, 1999, s. 810; BELEN, Herdem, Barter Sistemi, İstanbul, Beta Yayınevi, 2007, s. 46; GİLLOR, Viviane, Der Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte der Europäischen Bankenvereinigung (EMA) Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen, Baden Baden Nomos Verlag, 2006, s. 78; KIRCA, Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara: Banka ve Ticaret Enstitüsü, 1997, s. 24; LARENZ/WOLF, s. 428; STAUDİNGER, s. 567; Weber, s. 410.

⁵ DOĞAN, s. 109; HERZOG, s. 108; MüKo BGB, Art. 145, Rn. 44; PALANDT, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Fünfundsechzigste Auflage. München, Beck Verlag, 2006, s. 153; SCHULZE, Götz, Die Naturalobligation, Tübingen, Mohr-Siebeck Verlag, 2007 s. 383; SCHİMANSY/BUNTE/LWOWSKİ, m. 14; STAUDİNGER, s. 567; ZİNGG, Heinz, Der Rahmenvertrag-Möglichkeiten und Grenzen im (Retail) Banking, Zürich, Bern, Stuttgart, Wien: Verlag Haupt, 1996, s. 11.

⁶ Karş. Tarafların münferit sözleşme yapıp yapmama konusunda özgür olduğu hususunda bkz. DOĞAN, s. 110; MüKo BGB Art. 145, Rn. 44; WESTPHALEN, Friedrich Grap, THÜSİNG, Gregor, Vertragsrecht und AGB Klauselwerke, München, C. H. Beck, 2021, Rn.60.

⁷ AYRANCI, s. 107- 108; BARLAS, s. 818; BELEN, s. 48; DOĞAN, s. 109; KIRCA, İsmail Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000, s. 87.

⁸ BARLAS, s. 818; BELEN, s. 48; GÜRZUMAR, Osman Berat, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul, Beta Yayınevi, 1995, s. 28; GİLLOR, s. 77; Ç. KIRCA, s. 22; İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1989, s. 14.

⁹ AYRANCI, s. 107; BARLAS, s. 809; LARENZ/WOLF, s. 428; WEBER, s. 410.

¹⁰ BARLAS, s. 810; SCHİMANSY/BUNTE/LWOWSKİ, m. 14; WEBER, s. 419 vd.

Çerçeve sözleşmeyle belirlenen ortak hükümler, taraflar arasındaki münferit sözleşmelerde tekrar anılmasına gerek olmaksızın kendiliğinden geçerli olur. Diğer bir ifade ile münferit sözleşmeler kurulduğunda, çerçeve sözleşme hükümleri münferit sözleşme taraflarını bağlar¹¹. Bu açıdan bakıldığında, çerçeve sözleşme ile münferit sözleşmeler arasındaki ilişkiyi bir resim ve çerçevesi arasındaki ilişkiyi benzetmek mümkündür. Nasıl bir çerçeve, hukuken içerisine konulan resimden bağımsız bir eşya niteliğini haiz ise, çerçeve sözleşmeler de hukuken bağımsız bir varlığa sahiptir. Henüz münferit sözleşmelerin kurulmadığı aşamada, bağımsız bir sözleşme olarak geçerlilik kazanır; münferit sözleşmeler kurulduğunda ise onlarla birlikte varlığını sürdürür.

Çerçeve sözleşme hükümlerinin münferit sözleşmelerde de geçerli olabilmesi için çerçeve sözleşme tarafları ile münferit sözleşme taraflarının aynı kişilerden oluşması şart değildir. Münferit sözleşmeler daha önce çerçeve sözleşmeyi kuran taraflar arasında akdedebileceği gibi, münferit sözleşmelerin, çerçeve sözleşme taraflarından biriyle üçüncü kişiler arasında yapılması¹², hatta tamamen çerçeve sözleşme tarafları dışında kalan üçüncü kişiler arasında yapılması da mümkündür¹³.

Çerçeve sözleşmeler genellikle, münferit sözleşmelerin yapılmasından önce hazırlanır¹⁴. Bu bakımdan çerçeve sözleşmelerin kuruluşunu esas alınarak, sözleşme öncesi hazırlık işlemleri arasında değerlendirilip,

¹¹ AYRANCI, s. 109; BARLAS, s. 814; BELEN, s. 45; FİKENTSCHER, Wolfgang und HEİNEMANN, Andreas, Schuldrecht, Zehnten Auflage. Berlin de Gruyter Lehrbuch, 2006, s. 85.

¹² BARLAS, s. 814; BELEN, s. 48; GERNHUBER, Joachim Das Schuldverhältnis, Begründung und Anderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen, Tübingen, Mohr-Siebeck Verlag, 1989, s. 35 vd; FİKENTSCHER/HEİNEMANN, s. 84-85.

¹³ FİKENTSCHER/HEİNEMANN, s. 84; SCHİMANSY/BUNTE/LWOWSKİ, rn. 14.

¹⁴ Çerçeve sözleşmelerin, münferit sözleşmelerin en azından bir kısmıyla aynı zamanda kurulmasına bir engel yoktur. Yine aralarında münferit bir sözleşme ilişkisi bulunan tarafların, aralarındaki hukuki ilişkiyi sürekli nitelikteki bir çerçeve sözleşme ile düzenlemek istemeleri de mümkündür. Fakat bu son olasılığa bakılarak kanımızca çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmelerden daha sonra kurulduğunu söylemek mümkün değildir. Çerçeve sözleşme, tarafların çerçeve sözleşme kurma yönündeki kararlarının olduğu andan sonra kurulan münferit sözleşmeleri tamamlar, geriye etkili değildir. Çerçeve sözleşmelerin tamamlayıcı fonksiyonu ancak bu durumda bir anlam ifade eder.

değerlendirilemeyeceğini belirlemek gerekir. Çerçeve sözleşmeler, asıl sözleşme etrafında varlık gösteren sözleşmeler arasında yer alır. Hukuk düzenlerinde edim değişimini konu alan asıl sözleşmelerin yanı sıra, bu asıl sözleşmeleri hazırlayan ya da ona eşlik eden ve onu tamamlayan sözleşmelere de yer verilmiştir¹⁵. Ön sözleşme ve opsiyon hakkı sözleşmesinin, asıl sözleşmenin hazırlık aşamasını oluşturduğu kabul edilir¹⁶. Çerçeve sözleşmenin ise, asıl sözleşmeyi hazırlama ile asıl sözleşmeyi tamamlama amaçlarından hangisine hizmet ettiği öğretide tartışmalıdır. Öğretide münferit sözleşmelerin içeriğini oluşturan hükümlerden bir kısmının önceden çerçeve sözleşmelerle belirlenmiş olmasından hareket eden bazı yazarlar¹⁷, çerçeve sözleşmelerin, münferit sözleşmelerin hazırlanması amacına hizmet ettiği görüşünü ileri sürerler. Karşıt görüş taraftarları ise, çerçeve sözleşmenin, her durumda, münferit sözleşmelerin hazırlık aşaması şeklinde değerlendirilemeyeceğini, bu nedenle de çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmeleri tamamlama işlevinin ön planda tutulması gerektiğini savunurlar¹⁸.

Kanımızca çerçeve sözleşmelerin, münferit sözleşmelerin hazırlanmasından çok tamamlanması amacına hizmet ettiği kabul edilmelidir. Sözleşme öncesi hazırlık işlemleri ile çerçeve sözleşmeler arasında önemli farklar vardır. Sözleşme öncesi hazırlık işlemleri, asıl sözleşmenin yapılmasını hedefler ve asıl sözleşmenin kurulmasıyla ortadan kalkar¹⁹. Asıl

¹⁵ LARENZ/WOLF, s. 425; asıl sözleşmenin hazırlık aşamaları “*Vorfeldvereinbarung*”, birbirinden farklı görünümde ortaya çıkabilir. Niyet mektubu, sözleşme taslağı, ön sözleşme, opsiyon hakkı asıl sözleşmenin hazırlık aşamalarını oluşturur: KRAMER, Berner Komm. Art. 19-22, s. 237 vd; STAUDINGER, s. 589.

¹⁶ DOĞAN, s. 110; LARENZ/WOLF, s. 424; FİKENTSCHE/HEİNEMANN, s. 82-83; DRECHER, Ingo, FLEISCHER, Holger, SCHMİDT, Karsten, Münchener Kommentar HGB, Art. 343, 5. Auflage, München C. H. Beck, 2021, Rn. 34.

¹⁷ BARLAS, s. 809; PALANDT, s. 153.

¹⁸ LARENZ/WOLF, s. 428; FİKENTSCHE/HEİNEMANN, s. 84; FUCHS-WISSEMAN, s. 23; Ç. KIRCA, s. 22; MARTÍNEK, Michael, Franchising. Grundlagen der zivil und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen, Heidelberg, Decker's Verlag, 1987, s. 257 vd; WEBER, s. 410, 414; WESTPHALEN/THÜSING, m.60.

¹⁹ DOĞAN, s. 110; SAECKER, Franz Jürgen, RIXECKER, Roland, OETKER, Hartmut, LIMPERG, Bettina, Münchener Kommentar BGB, ROM I VO, Band 13, Art. 4, 8. Auflage, München, C.H. Beck, 2021, Rn.309.

sözleşme kurulduğunda tarafların iradesi artık bu sözleşme biçimine bürünmüştür. O andan itibaren, sözleşme öncesi hazırlık işlemlerinin rolü, uyumsuzluk çıktığında taraf iradelerinin yorumlanmasıyla sınırlandırılmıştır. Oysa çerçeve sözleşmeler, sözleşme öncesi hazırlık işlemlerinden farklı olarak, münferit sözleşmelerin kurulmasıyla ortadan kalkmaz. Çerçeve sözleşme hükümleri münferit sözleşmelerle birlikte taraflar arasındaki ilişkide geçerliliğini sürdürür. Buna ek olarak çerçeve sözleşmeler çoğu zaman münferit sözleşmelerden önce hazırlansa da çerçeve sözleşme ile münferit sözleşmelerden bir kısmının, aynı anda kurulması da mümkündür. Bu gerekçelere dayanılarak, çerçeve sözleşmelerin münferit sözleşmeleri tamamlama işlevinin ön planda olduğu söylenebilir.

Çerçeve sözleşme niteliği bakımından ayırt edici son husus ise, çerçeve sözleşme ile taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisinin kurulmuş olmasıdır²⁰. Süreklilik, esasen çerçeve sözleşmenin doğası gereğidir. Günlük yaşamda, hukuki ilişkileri basitleştirip, çabuklaştırma ihtiyacının bir sonucu olarak ortaya çıkan çerçeve sözleşmenin ardından tek münferit sözleşmenin yapılmasının amaçlandığı düşünülemez.

II. ÇERÇEVE SÖZLEŞMELERİN AMACI VE EKONOMİK FONKSİYONU

A. Genel Olarak

Her sözleşmenin bir amacı vardır. Sözleşmelerde temel amaç, tarafların bu sözleşme aracılığıyla karşılıklı ifa menfaatlerinin gerçekleştirilmesidir. Sözleşmenin amacı, çeşitli açılardan önem taşır. Tarafların sözleşme kurmaya yönelik irade beyanları arasındaki uyumsuzlukların giderilmesi veya sözleşmede karşılaşılan boşlukların hâkim tarafından tamamlanmasında sözleşmenin amacı esas alınır.

Bir sözleşme ilişkisine girişen taraflar sözleşmeyle ifa menfaatlerinin gerçekleştirilmesinin yanında, bu ilişkide, esneklik, hukuki istikrarın sağlanması, işlem maliyetlerinin azaltılması şeklinde sıralanabilecek, başkaca şeyleri de hedeflerler. O halde sözleşmelerin biri dar anlamda, diğeri

²⁰ AYRANCI, s. 108; BARLAS, s. 810; BELEN, s. 46; Hans Caspar, VON DER CRONE, Rahmenverträge Zürich, Schultess Poligraphischer Verlag, 1993, s. 235; İŞGÜZAR, s. 14; FİKENTSCHE/HEINEMANN, s. 33; GİLLOR, s. 78; MüKo BGB, Art. 145, Rn. 44; WEBER, s. 410.

geniş anlamda olmak üzere iki farklı amacının bulunduğu kabul edilebilir. Sözleşmenin dar anlamda amacı tarafların ifa menfaatlerine karşılık gelir. Sözleşmenin geniş anlamda amacı ise, ifa menfaatinin tarafların çıkarlarına en uygun yoldan gerçekleştirilebilmesini ifade eder. İfa menfaatlerinin aksine, tarafların geniş anlamda amaçlarının, ortak olduğu kabul edilebilir. Tarafların sözleşmesel amaçlarının bütünü sözleşmenin ekonomik fonksiyonunu ifade eder. Müstakbel sözleşme tarafları, günlük yaşam ilişkilerinin amaçları doğrultusunda düzenlenmesini sağlamak için ilişkilerini sözleşme kalıplarından biri içerisinde organize ederler. Bu aynı zamanda tarafların amaçlarına ulaşmak için yaptıkları bir tercihe işaret eder.

B. Çerçeve Sözleşmelerin Amacı

Tarafların ifa menfaatlerinin, çıkarlarına en uygun biçimde sağlanması, tercih edilen sözleşmenin yapısal avantajlarından yararlanılması ile mümkün olur. Çerçeve sözleşmeler, ileride yapılacak münferit sözleşmeleri tamamlayıcı nitelikte hükümler içerir. Çerçeve sözleşmede yer alan hükümler, asli edim yükümü değildir. Bunlar sözleşmede istikrarı sağlamayı hedefleyen hükümler ile koruma yükümleridir. Bu sayede ileride sözleşmede karşılaşılabilecek aksaklıkların önceden hazırlanmış hükümlerle çözüme kavuşturulması sağlanır.

Çerçeve sözleşme ile yalnızca tek bir münferit sözleşme değil, birden çok münferit sözleşme tamamlanır. Bu durumda aynı veya benzer hükümlerin her defasında sözleşmede anılmasına gerek kalmaz. Bu da sözleşmeler bakımından standardizasyon ve rasyonalizasyon hedefinin gerçekleşmesine hizmet eder. Sözleşmeler bakımından standardizasyon ve rasyonalizasyon hedefinin gerçekleşmesinin bir yolu da sözleşmelerin kurulması sırasında genel işlem koşullarından yararlanılmasıdır. Genel işlem koşulları aracılığıyla kurulabilen her tür sözleşme gibi çerçeve sözleşmelerin kurulması sırasında da genel işlem koşullarından yararlanılabilir. Bu sayede çerçeve sözleşme ile amaçlanan hedefe daha da yaklaşmış olur.

C. Çerçeve Sözleşmelerin Ekonomik Fonksiyonu

Borçlar hukuku sistemimize hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi, taraflara diledikleri tip ve içerikte sözleşme yapabilme imkânı tanır. Sözleşmeyi düzenleme özgürlüğüne dayanılarak yaratılan her sözleşme, sosyal ve ekonomik yaşamda duyulan bir ihtiyacın sonucudur²¹. Bu nedenle, formüle edilen her sözleşmenin, sosyal ve ekonomik yaşamda kendisinden beklenen bir amacı vardır.

Kaynağını sözleşme düzenleme özgürlüğünden alan çerçeve sözleşmelerle, taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurulur. Bu nedenle, aralarındaki ilişkiyi çerçeve sözleşme aracılığıyla formüle etmeyi tercih eden sözleşme taraflarının öncelikle, sürekli sözleşmelerin taraflara sağladığı, hukuki güvenlik ve hukuki ilişkilerde istikrar şeklinde sıralanabilecek yapısal avantajlara sahip olmayı amaçladıkları kabul edilir. Çerçeve sözleşmeler aracılığıyla, bir sözleşme ilişkisinde karşılaşılabilecek ekonomik riskler en aza indirgenir²². Bu durum çerçeve sözleşmelerin süreklilik niteliği ile birlikte tarafların hukuki işlemlerde istikrar ve hukuk güvenliğini sağlama amaçlarının gerçekleştirilmesine yardımcı olur²³. Çerçeve sözleşmelerde, tarafların edim yükümlerinin ayrıntıları, daha sonra yapılacak münferit sözleşmelerle belirlendiğinden²⁴, çerçeve sözleşmeler hukuki işlemlerin düzenlenmesinde taraflara oldukça geniş bir esneklik sağlar²⁵. Taraflar arasındaki ilişkinin değişen koşullara göre şekillendirilme-

²¹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 5; HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, siebte Auflage. Bern: Staempli Verlag, 2003, s. 15.

²² Çerçeve sözleşmelerde, taraflar arasındaki ilişkinin olası risk ve belirsizlik faktörlerinden minimum düzeyde etkilenmesini sağlamak amacıyla ifa engelleri kuralları, istikrarı koruma amacı güden kurallar ile, sözleşmenin değişen koşullarla yeniden müzakeresini veya sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını konu alan kurallara yer verilir. Yine çerçeve sözleşme niteliği taşıyan hukuki ilişkilerde, dikey birleşmelere başvurulması veya üretim sürecinin farklı aşamalarında görev alanlar arasında risk dağılımı yapılması suretiyle, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin istikrarlı bir şekilde devamı amaçlanır: VON DER CRONE, s. 242 vd.

²³ GILLOR, s. 53; WEBER, s. 403, 405.

²⁴ AYRANCI, s. 11; BARLAS, s. 808; VON DER CRONE, s. 248-249; İ. KIRCA, s. 87; ZİNGG, s. 11.

²⁵ WEBER, s. 403, 405.

sini kolaylaştırır. Son olarak genel işlem şartları gibi, kitlesel mal ve hizmet arzının bir ürünü olan çerçeve sözleşmeler, hukuki işlemlerde sürat sağladığı gibi, işlem maliyetlerinin azaltılmasına da hizmet eder²⁶. Gerçekten de kitlesel mal veya hizmet sunan işletmelerin, müşterileri ile aynı içerikteki sözleşmeleri her defasında yeniden yapması, zaman kaybına neden olduğu gibi işlem maliyetini de arttırır. Bu, tarafların her ikisi için de rasyonel bir davranış değildir. Çünkü satıcı ve sağlayıcılar artan işlem maliyetlerini fiyatlar aracılığıyla müşterilerine yansıtacak, bu da uzun ya da kısa vadede sunulan mal veya hizmetin esnekliğine paralel olarak, o mal veya hizmete olan arzın düşüşüne neden olabilecektir. Sözleşme tarafları arasında ileride kurulacak münferit sözleşmelerde geçerli olacak ortak hükümlerin, çerçeve sözleşmeler aracılığıyla önceden belirlenmesi, hukuki işlemlerde sürat sağladığı gibi işlem maliyetlerinin de azaltılmasına hizmet eder.

Çerçeve sözleşmelerin, kendisinden beklenen görevleri yerine getirip getiremediği, diğer bir ifade ile ekonomik açıdan etkinliği sağlayıp sağlamadığının belirlenebilmesi için bu yönde bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Bu yönde bir değerlendirme, çerçeve sözleşmelerin ekonominin araçlarıyla incelenmesi ile mümkün olabilir. Hukuk kural ve kurumlarının ekonominin araçları ile incelenmesi hukukun ekonomik analizinin konusunu oluşturur²⁷.

²⁶ Ekonomik bir sistemin işletilmesi veya ekonomik bir faaliyetin sürdürülebilmesi için katlanılması gereken her türlü maliyet, işlem maliyeti şeklinde adlandırılır. Alıcı ve satıcı arasındaki değişim ilişkisi sırasında ortaya çıkan her türlü maliyet, işlem maliyetidir. Birbirinden farklı kalemler işlem maliyetleri içerisinde değerlendirilir. Örneğin, ulaşım, sözleşme tarafının bulunması, sözleşme görüşmelerinin yapılması, sözleşme metninin hazırlanması, sözleşmede menfaatlerin en yüksek derecede korunması için stratejik davranışlar geliştirilmesi, ifanın denetimi gibi olgular işlem maliyetleri arasında sayılabilir: İşlem maliyetleri, bilgi edinme maliyetleri, karar maliyetleri ve kontrol maliyetleri şeklinde üç başlık altında değerlendirilebilir: BEHRENS, Peter, *Die Ökonomischen Grundlagen des Rechts*, Tübingen, Mohr-Siebeck verlag, 1986, s. 107; SANLI, Kerem Cem, *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi-Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, İstanbul: Arıkan Basımevi, 2007, s. 28, Çerçeve sözleşme hükümleri, ileride yapılacak, birden çok münferit sözleşme bakımından geçerlidir. Bu bakımdan, çerçeve sözleşmeler, işlem maliyetlerinin azaltılması konusunda önemli bir rol oynar: GİLLOR, s. 55.

²⁷ SANLI, s.10; WESTPHALEN/THÜSING, m. 60.

1. Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Hukukun Ekonomik Analizine Genel Bakış

Hukuk ve ekonomi öğretisi, en geniş anlamıyla ekonomik teoriyi hukuka uygulayan öğreti biçiminde tanımlanır. Bu öğreti kapsamında hukuk kuralları ile kurumlarının oluşum süreçleri, yapıları ve bunların ekonomik etkileri incelenir²⁸. Hukuk ve ekonomi öğretisinin konusu ekonomik analizdir. Hukukun ekonomik analizi çerçevesinde hukuk kuralları ve kurumları, ekonominin araçları ile incelenir²⁹. Bu alanda özellikle *mikro ekonomi* ve *refah ekonomisinin*³⁰ araçlarından faydalanılır³¹. Yapılan inceleme sonucunda hukuk kurallarının, kişilerin seçim ve davranışları üzerindeki etkileri ve bunların toplumsal yansımaları değerlendirilir.

Öğretide, ekonomik analizin pozitif ve normatif analiz olmak üzere iki türünün bulunduğu kabul edilir³². Ekonomik analizin *pozitif analiz*³³

²⁸ SANLI, s. 9; OĞUZ, Fuat "Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme", Piyasa, S. 2: s. 3-23, 2002, s. 4; SAECKER, Franz Jürgen, RIXECKER, Roland, OETKER, Hartmut, LİMPERG, Bettina, Münchener Kommentar BGB, Band 2, Art. 249, 8. Auflage, München C. H. Beck, 2019, Rn.12.

²⁹ GUNNAR, Janson, Ökonomische Teori im Recht, Berlin, Dunker&Humboldt, 2004, s. 22; SANLI, s. 9,13; SÖLLNER, Fritz, Die Geschichte des ökonomischen Denkens, Zweite Auflage, Berlin, Springer Verlag, 2001, s. 166.

³⁰ Mikro ekonomi, kişilerin karar alma süreçlerini, piyasa süjelerinin karşılıklı etkileşimini konu edinir. Piyasada bir malın fiyatının nasıl belirlendiği, üretici ve tüketicilerin maksimum faydaları doğrultusunda ne şekilde hareket ettiği mikro ekonomi kapsamında incelenir. Refah ekonomisi ise, mikro ekonomiden farklı olarak çeşitli politika ve değişikliklerin kişilerin faydası ve sosyal refahı üzerindeki etkilerini inceler. Bu inceleme sayesinde etkinliği sağlayacak düzenlemelerin neler olduğu sorusuna cevap bulunabileceği kabul edilir: BERBEROĞLU, Necat, Mikro İktisat Teorisi, Eskişehir, Birlik Matbaacılık, 1998, s. 266; ERTEK, Tümay, Mikro Ekonomiye Giriş, Üçüncü Basım. İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2005, s. 37; OĞUZ, s. 4; SANLI, s. 13.

³¹ SANLI, s. 13; OĞUZ, s. 6; MüKo BGB, Art. 249, Rn.13.

³² GUNNAR, s.22; SANLI, s. 19; SÖLLNER, s. 168.

³³ Pozitif analizde, hukuk kurallarının kişilerin davranışları üzerindeki etkileri incelenirken birtakım varsayımlardan hareket edilir. Bunlar davranış teorileri şeklinde adlandırılır. Bunlardan ilki "*rasyonel seçim teorisi*", diğeri ise "*beklenen fayda teorisi*"dir. Rasyonel seçim teorisi uyarınca, rasyonel bireylerin tercihlerine uygun olarak faydalarını maksimize edecek seçimleri yapacağı kabul edilir. Bu teorinin belirsizlik halindeki görünümünü teşkil eden beklenen fayda teorisine göre de, kişinin belirsizlik halinde de faydasını maksimize etme eğiliminde olduğu varsayılır. Kişilerin piyasada

olarak adlandırılan ilk türünde, hukuk kurallarının kişi davranışları üzerindeki etkileri incelenir, incelemeye konu edilen hukuk kuralının toplumsal sonuçları hakkında öngörüde bulunulur.

Ekonomik analizin ikinci türünü oluşturan *normatif analizde* ise, hukuk politikasına ilişkin bir değerlendirme yapılarak hukuk kuralının iyi ya da arzu edilir olup olmadığı tespit edilmeye çalışılır³⁴. Normatif analiz sayesinde hangi normların diğerlerine tercih edilebileceği araştırılır³⁵. Böyle bir değerlendirme yapılırken hukukun temel kavramları olan adalet ve hakkaniyet yerine *ekonomik etkinlik* ölçütü esas alınır³⁶. Ekonomik etkinlik, ekonominin temel varsayımı olan kıt kaynaklardan elde edilecek azami faydayı ifade eder³⁷. Buna göre sınırlı kaynaklardan elde edilecek azami fayda, diğer bir ifade ile ekonomik etkinlik, sosyal refahı maksimize eder.

başka bireylerle etkileşimleri halinde, davranışlarının açıklanmasında başka varsayımlardan hareket edilir. Bunlar “*talep kanunu*” ve “*denge prensibi*”dir. Talep kanunu, bir malın fiyatı ile o mala olan talep arasındaki ilişkiyi esas alır. Özetle bir malın fiyatındaki artışın o mala olan talebi düşüreceği kabul edilir. Ekonomi bilim dışarıdan müdahale olmadığı sürece arz ve talebin zaman içerisinde belirli bir fiyatta dengeye geleceğini kabul eder ki; buna denge prensibi adı verilir. Talep kanunu ve denge prensibi ekonomik davranış modelinin toplumsal yansımalarını ortaya koyar: Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SANLI, 26-38; Zeynep AYATA , “Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku”, Hacettepe HFD, S. 4 , C. 1, (s. 35-53), 2014, s. 37.

³⁴ AYATA, s. 38; GUNNAR, s. 87; SANLI, s. 22.

³⁵ AYATA, s. 38, GUNNAR, s. 23.

³⁶ Posner’a göre, ekonomik etkinlik ise toplumun ya da bireylerin bir ürün, hizmet ya da işlem için ‘ne kadarlık bir maliyet ödemeyi kabul edeceği şeklinde tanımlanır. AYATA, s. 39,38; MüKo, Art. 249, Rn. 12; SANLI, s. 23.

³⁷ Ekonomik etkinliğin açıklanmasında, farklı kriterlerden söz edilir. Bunlar Pareto etkinliği ve Kaldor-Hicks etkinliği olarak adlandırılır. Pareto ölçütünün pareto etkinliği ve pareto üstünlüğü olmak üzere iki farklı görünümü vardır. Pareto etkinliği bir durumun, pareto üstünlüğü ise bir değişikliğin değerlendirilmesinde kullanılır. Pareto üstünlük, hiç kimseyi daha kötü duruma sokmadan en az bir kişiyi daha iyi duruma getiren değişiklikleri ifade etmek için kullanılır: AYATA, s. 40; VON DER CRONE, s. 21; GUNNAR, s. 90; OĞUZ, s. 8; SANLI, s. 45-47; Kaldor- Hicks etkinliği ise, bir işlem ya da politikadan olumlu şekilde etkilenen kişilerin, olumsuz etkilenen kişileri potansiyel olarak telafi edip edemediği ve telafi sonrası geriye net refahın kalıp kalmadığını değerlendirmelerinde esas alır: VON DER CRONE, s. 20; GUNNAR, s. 91; SANLI, s. 54-55; OĞUZ, s. 8.

Ekonomik analiz bu iki türü arasında sıkı bir ilişki söz konusudur. Ancak bu ilişkinin tek taraflı olduğu söylenebilir. Pozitif analiz, normatif analizin öncülüdür. Pozitif analiz yapılmadan normatif analiz yapılamaz. Ancak bir hukuki kurum başlı başına pozitif analize konu olabilir³⁸.

Hukuk ve ekonomiyi ortak bir payda altında toplayan³⁹ bu öğretinin amacı, hukukun daha iyi anlaşılması ve uygulanmasını sağlamaktır. Bu amaçla iki disiplin arasındaki ilişkiler farklı boyutları ile ele alınmıştır. Öğretide genel olarak, hukukun ekonomik analizini konu edinen dört temel yaklaşımın bulunduğu kabul edilir⁴⁰. Bunlar, *Chiago Okulu*, *Kamu Tercih Teorisi*, *Kurumsal Ekonomi* ve *Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu*'dur⁴¹. Dört okul arasındaki ayırım, amaç farklılığından ziyade, farklı uygulama alanlarından veya incelemeye esas aldıkları teorilerden kaynaklanır⁴². Hukuk ve ekonomi öğretisinde önemli bir yeri olan bu dört okulun her birinin uygulama alanı ve yararlandıkları teoriler hakkında bilgi vermek çalışma konumuzun kapsamını aşacak niteliktedir. Bu nedenle, yalnızca çerçeve sözleşmelerin ekonomik fonksiyonunu açıklamada hareket noktamızı

³⁸ SANLI, s. 24.

³⁹ Hukuk kurumlarını ekonomik bir bakış açısı ile irdeleyen çalışmaların örneklerine çok eski tarihlerden beri rastlanılır. Hukuk ve ekonomi arasındaki karşılıklı etkileşim, tarihsel süreç içerisinde farklı dönemlerde, çok sayıda incelemeye konu edilmiştir. Birbirinden farklı hukuki kurumun ekonomik anlamlarının incelenmesini konu alan çalışmaların ilk örneklerini Aristoteles'te bulmak mümkündür. Hukuk ve ekonomi alanındaki çalışmalar daha sonraları, Adam Smith tarafından yürütülmüştür. Gunnar, s. 19. Ancak uğraş alanı olarak, hukukun ekonomik analizini kendisine konu edinen hukuk ve ekonomi öğretisinin çalışmalarının ilk olarak 1960'lı yılların başında Amerika Birleşik Devletleri'nde başladığı kabul edilir. Günümüzde bu öğretinin Amerika Birleşik Devletleri'nin yanı sıra pek çok ülkede kabul görmektedir: SANLI, s. 9; BEİMOWSKI, Joachim Zur ökonomischen Analyse Allgemeiner Geschäftsbedingungen, München: VVF, 1989, s. 1; OĞUZ, s. 5; OETKER, s. 34; VON DER CRONE, s. 27.

⁴⁰ Ekonomik analiz, geniş bir uygulama alanına sahiptir. Gerek uygulama alanının genişliği gerek sorunların çözümü konusunda benimsenen yöntemlerin çeşitliliği, hukuk ve ekonomi arasındaki ilişkilerin değerlendirilmesinde farklı yaklaşımların doğumuna neden olmuştur. Söz konusu yaklaşımlar hakkında farklı gruplandırmalar yapılmakla birlikte, genel olarak bu alanda dört temel yaklaşımın bulunduğu kabul edilir. SANLI, s. 67.

⁴¹ Hukuk ve Ekonomi Öğretisindeki Okullar Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SANLI, s. 68-74; OĞUZ, s. 5-20.

⁴² OĞUZ, s. 9.

oluşturan Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu hakkında bilgi vermekle yetinilecektir.

2. Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu

Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu, sosyal, siyasal ve ekonomik kurumların varlık nedenlerini, nasıl işlediklerini, ne şekilde değişime uğradıklarını ve ekonomi üzerindeki etkilerini inceler⁴³. Araştırmalar sırasında özellikle, hukuk, organizasyon teorisi, siyaset bilimi, sosyoloji ve antropoloji gibi disiplinlerden yararlanılır⁴⁴.

Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu incelemelerinde, hukuk ve ekonomi öğretisindeki baskın görüşü temsil eden Chiago Okulu gibi neo-klasik teoriden yararlanır. Fakat farklı olarak, neo-klasik teorinin gerçekçi olmayan rasyonelite yaklaşımı ve tam rekabet modelini esas almaz⁴⁵. Bu yaklaşımda kişinin davranışlarının siyasal, sosyal, ekonomik faktörlerin etkisi altında şekillendiği ve kişinin her durumda rasyonel davranışlar gösteremediği kabul edilir⁴⁶. Yine bu yaklaşımda ekonomik sorunların çözümünde rasyonel bireylerden oluşan tam rekabet modeli değil, alternatif

⁴³ KAMA, Özge, „Yeni Kurumsal İktisat Okulunun Temelleri“, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, S. 13, C. 2, 2011, 183-204, s. 185; SANLI, s. 72.

⁴⁴ SANLI, s. 72; LINDNER, Peter, Räume und Regeln Unternehmerischen Handels, Stuttgart, Steiner Franz Verlag, 1999, s. 18.

⁴⁵ KAMA, s. 185; LINDNER, s. 19; SANLI, s. 72.

⁴⁶ Rasyonellik teoremi, klasik ekonominin temel varsayımlarından biridir. Bu teorem gereğince, insanların belli ekonomik amaçlarını gerçekleştirebilmek için rasyonel davrandığı varsayımından hareket edilir. Buradan hareketle toplumdaki her bir bireyin rasyonel davranması sonucunda ekonomide etkinliğin sağlanacağı kabul edilir: KAMA, s.189; DRECHER, Ingo, FLECIHER, Holger, SCHMİDT, Karsten, Müncheber Kommentar HGB, 4. Auflage, 2019, s. rn, 10; YILDIRIM, Kemal, ŞIKLAR, İlyas ve BAKIRTAŞ, İbrahim, Mikro İktisada Giriş, Üçüncü Basım. Bursa: Ekin Yayınevi, 2005, s. 5-6. İnsanın rasyonel davrandığından söz edebilmek için birtakım koşulların bir arada bulunması gerekir. Öncelikle, birey belirlenmiş amaçlardan yola çıkmalı; karar sürecinde alternatifler arasından en uygununu seçebilmek için tam bilgiye sahip olmalı, rasyonelliğin derecesini belirleyecek bir ölçüt mevcut olmalı, bireyler tercihlerinde kesin ve çelişkisiz bir davranış düzenine bağlı kalmalıdır. Ancak, insan davranışlarının temelindeki motivasyon sisteminin çok karmaşık olması insanların hep rasyonel davrandığı varsayımının zaman içerisinde gerçeği yansıtmadığının görülmesine neden olmuştur. Gerçekten de insanlar ekonomik faaliyet içerisinde, gelenek, alışkanlık, değer ve duygusal normlara bağlı olarak rasyonel olmayan davranışlar sergileyebilirler: ERKAN, Hüsnü Ekonomi Sosyolojisi, Dördüncü Basım, İzmir, Barış Yayınları, 2000, s. 34-36.

kurumlar temel alınır⁴⁷. İncelemede *işlem maliyetleri*⁴⁸ veya *acenta teorisinden*⁴⁹ faydalanılır⁵⁰.

Yeni Kurumsal Ekonomi Okulunun kullandığı işlem maliyetleri teorisi sayesinde, uzun süreli ve karmaşık ilişkilerdeki⁵¹ ekonomik sorun-

⁴⁷ ERKAN, s. 36; Kişi davranışlarının ekonomi ve hukuk alanındaki etkileri ve rasyonel davranış teoreminde yaşanan değişim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCHGÄSSNER, Gebhard "Führt der Homo Oeconomicus das Recht in die Irre?", JZ, S. 3: s. 104-111, 1991, s. 105-110.

⁴⁸ Bireylerin ekonomik bir faaliyette bulunup bulunmama kararları işlem maliyetlerinin miktarı ile doğrudan ilgilidir. Piyasada işlemlerde bulunacak alıcılar için malların fiyatları ve kalitesi hakkında belirsizlikler mevcuttur. Bu belirsizliklerin giderilmesine hizmet edecek bilginin edinilmesi ise zaman ve para bakımından oldukça maliyetlidir. Bu durumda piyasada işlemlerde bulunacak bireyler alternatifler arasından daha az bilgi edinmeyi gerektireni tercih edeceklerdir. Bu durum bireylerin her zaman çıkarları doğrultusunda rasyonel biçimde davranmadıklarının bir göstergesidir: AYATA, s. 39; BAKIRTAŞ/ŞIKLAR/YILDIRIM, s. 228; KAMA, s. 191; VON DER CRONE, s. 139; OĞUZ, s. 15.

⁴⁹ Yeni Kurumsal Ekonomi Okulunun önemli yaklaşımlarından biri de "*acenta teorisidir*". Bu teori, biri vekalet veren, diğeri vekil adına iş gören acenta arasındaki ilişkiyi temel alır. Bu ilişkinin tarafları aynı derecede bilgiye sahip değildir. Acenta yapılması gereken iş konusunda işveren daha bilgilidir ve kendi menfaatleri doğrultusunda çalışabilir. Bu nedenle, acentanın işveren adına daha etkili biçimde çalıştığından söz edebilmesi için, acentanın faaliyetlerinin kontrolü sağlanmalıdır. Acentanın faaliyetlerinin kontrolünün sağlanması yöntemlerinden biri de acentanın işverenin faaliyetine ortak edilmesidir. Bu amaçla, acentanın işveren adına yürüttüğü faaliyetten elde ettiği başarıları hisse verilmesi veya ona ek ödemedede bulunulması gibi yöntemlerden yararlanılabilir. Bu ve benzeri kalemlerin işletmeye maliyeti "*acenta maliyeti*" şeklinde adlandırılır. Acenta teorisinden özellikle, büyük işletmelerin organize edilmesinde yararlanır: GUNNAR, s. 80; OTT, Claus und SCHÄFER, Hans Bernd, Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts, Heidelberg: Physica Verlag, 1993, s. 137.

⁵⁰ SANLI, s. 73.

⁵¹ Amerikan hukuk sisteminden kaynağını alan, karmaşık uzun süreli sözleşme ilişkisi "*Komplexe Langzeitverträge*" deyimine, Alman hukukunda da rastanılmaktadır. Karmaşık uzun süreli sözleşme ilişkileri deyimini ile, taraflar arasında uzun süreli edim değişimini konu alan sözleşmelerin yerine, tarafların ortak bir amacı gerçekleştirmek için bu amaç çerçevesinde davranmayı borçlandıkları sözleşmeler anlaşılmaktadır. Buna örnek olarak bilgisayar sistemleri üzerinde birlikte çalışma projeleri, taşıt araçlarını geliştirme projeleri, franchise sözleşmeleri, çerçeve sözleşmeler, gösterilmektedir: OKTAY, Saibe, "Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği", İHFM, C.LV, S.3: s. 209-234, 1997, s. 211; SAECKER, Franz Jürgen, RIXECKER, Roland, OETKER, Hartmut,

lara çözüm bulunabileceği kabul edilir. Uzun süreli ve karmaşık ilişkilerin başlangıcında sınırlı bir bilgiye sahip olan bireyler için geleceğe yönelik birtakım belirsizlikler ve riskler vardır. Bu belirsizlik ve risk faktörlerinin etkisi altında sözleşmenin yapılması ve devamı için farklı kurumsal oluşumlardan faydalanılabilir⁵². Olası sorunların çözümü için önerilen alternatif yöntemlerden biri, dikey birleşmelere yönelmektir⁵³. Bu sayede risk ve belirsizlik faktörlerinin olumsuz etkileri, sözleşme taraflarınca paylaşılarak, ilişkinin devamı garanti altına alınır.

3. Çerçeve Sözleşmelerin Hukukun Ekonomik Analizi Kapsamında İncelenmesi Gereksinimi

Çerçeve sözleşmelerin hukukun ekonomik analizi kapsamında değerlendirilmesi, ekonominin argümanlarıyla hukuki bir kavram olan çerçeve sözleşmelerin incelenmesini konu alır. Bu değerlendirme, ekonomik bakış açısıyla, tarafların çerçeve sözleşme yapma yönündeki tercihlerinin oluşmasını sağlayan etkenleri belirleyerek, çerçeve sözleşmelerin tarafların sözleşmesel beklentilerini karşılama konusundaki yeterliliğini ölçmeyi hedefler. Normatif analiz diliyle, çerçeve sözleşmelerin ekonomik etkinliği gerçekleştirip, sosyal refahın arttırılmasını sağlayıp sağlamadığı değerlendirilir.

LİMPERG, Bettina, Münchener Kommentar BGB Art. 314, Band 3, 8. Auflage, München, C.H. Beck, 2019 Rn. 8; WEBER, s. 422.

⁵² SANLI, s. 73.

⁵³ Dikey anlaşmalar, üretim sürecinin farklı aşamalarında yer alan işletmeler arasında yapılan anlaşmalardır. Bunlar hammadde ve yarı mamul temin anlaşmaları, bazı fason anlaşmaları ile toptan ve perakende dağıtım anlaşmalarıdır. Üretilmiş bir ürünün alıcılarına ulaştırılmasında uygulanan pazarlama şekillerini konu alan anlaşmalara ise dağıtım anlaşmaları denir. Dağıtım anlaşmaları, bir ürünün üretimden son tüketiciye ulaşmaya kadar geçirdiği aşamaları birbiriyle birleştiren anlaşmalardır. Bu nedenle de dikey anlaşmalar grubunda yer alırlar. Dikey anlaşma kavramı, dağıtım anlaşmalarını da içerisine alan daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Dikey anlaşmalar grubunda nitelendirilen dağıtım anlaşmalarının en tipik örnekleri tek satıcılık sözleşmeleri ve franchise sözleşmeleridir: BAUDENBACHER, Carl, "Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen im europäischen Recht", Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising, s. 365-404, 1992. s. 365; GÜRZUMAR, s. 7; KAMA, s. 195; Ç. KIRCA, 28; MARTİNEK, s. 256; SCHULTESS, Victor, Der Franchise-Vertrag nach dem schweizerischem Recht. Zürich: Dissertation, 1975, s. 17.

Çerçeve sözleşmeler bir yandan taraflar arasındaki ilişkide hukuki güvenlik ve istikrarın gerçekleşmesini sağlarken, diğer yandan tarafların aralarındaki hukuki ilişkiye esneklik kazandırır⁵⁴. Hukuk güvenliği ve istikrar ile hukuki ilişkilerin esnek bir şekilde formüle edilmesi amaçları genellikle birbiri ile çatışır. Çünkü taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin esnek biçimde belirlenmesi halinde, hukuk güvenliği ve istikrardan söz etmek her zaman mümkün olmayabilir. İşte çerçeve sözleşmeler getirdikleri yapısal yenilik sayesinde, birbiri ile çelişkili görünen bu iki amaç birlikte gerçekleştirilmesini sağlarlar.

Çerçeve sözleşmelerin tüm bu yapısal özellikleri dikkate alınarak, Yeni Kurumsal Ekonomi Okulunun araçları ile bir değerlendirmeye tabi tutulması, onun ekonomik yaşamda üstlendiği görevin daha net bir şekilde açıklanmasına hizmet eder.

4. Çerçeve Sözleşmelerin Hukukun Ekonomik Analizi Kapsamında İncelenmesi Yöntemi

Çerçeve sözleşmelerin, ekonomik fonksiyonunun belirlenmesinde Yeni Kurumsal Ekonomi Okulunun araçlarından faydalanılır. Her şeyden önce çerçeve sözleşmeler, taraflar arasında karmaşık bir yapı gösteren uzun süreli ilişkilerin formüle edilmesinde yararlanılan bir kalıp olması dolayısıyla, Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu'nun uygulama alanı içerisinde yer alır. Bunun dışında Yeni Kurumsal Ekonomi Okulu'nun, hukukun ekonomik analizinde yararlandığı işlem maliyetleri teorisi ile acenta teorisinin çerçeve sözleşmelere uygulanması mümkün görünmektedir.

Çerçeve sözleşmelerle taraflar arasında sürekli nitelikte bir sözleşme ilişkisi kurulur. Bu nedenle, çerçeve sözleşme taraflarının davranışları, bu uzun süreli sözleşme ilişkisi kapsamında değerlendirilir. Çerçeve sözleşmelerin ekonomik fonksiyonunun belirlenmesi açısından bu tespit önemlidir. Çünkü kişilerin uzun süreli sözleşme ilişkilerinde sözleşmeye yönelik beklentileri ve sözleşmesel davranışları, ani edimli sözleşmelere nazaran farklılıklar gösterir. Çerçeve sözleşmelerle taraflar arasında sürekli bir sözleşme ilişkisi kurulmasının yanı sıra, çerçeve sözleşmelerle çoğu zaman, taraflar arasında karşılıklı işbirliğini konu edinen karmaşık ilişkiler organize edilir ve taraflar arasında dikey birleşmelere sıklıkla

⁵⁴ VON DER CRONE, s. 235.

başvurulur. Bu durumda, karmaşık yapı gösteren ve birden çok aşamada tamamlanan çerçeve sözleşmelerin işlem maliyetleri açısından değerlendirilmesi önem taşır. Bunun yanı sıra, çerçeve sözleşmeye taraf olanlar arasında var olan bilgi bakımından eşitsizlik, çerçeve sözleşmelerin, asimetrik bilgi ve acenta teorisi kapsamında değerlendirilmesini de olanaklı kılar. Örneklerle açıklamak gerekirse, çerçeve sözleşme şeklinde nitelendirilen, franchise sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, banka kredi sözleşmesi ve barter sözleşmesi ile taraflar arasında sürekli nitelikte bir sözleşme ilişkisi kurulur. Bu sözleşmelerden taraflar arasında karşılıklı iş bölümünü konu alan franchise sözleşmesi ve tek satıcılık sözleşmesi, taraflar arasında dikey anlaşmalara vücut verir. Yine çerçeve sözleşme şeklinde nitelendirilen her dört sözleşmede de franchise veren, yapımçı, barter sistemini kuran organizasyon şirketi ve bankanın sözleşmenin karşı tarafına kıyasla, bilgi bakımından daha avantajlı olduğu açıktır⁵⁵.

a. Genel Olarak

Çerçeve sözleşmelerin ekonomik fonksiyonunun araştırılması sırasında, teknik anlamda bir ekonomik analiz yapılmamıştır. Çerçeve sözleşmelerin ekonomik analiz kapsamında değerlendirilmesi, başlı başına bir inceleme konusu teşkil edecek önemde ve genişliktedir. Bu nedenle biz, çerçeve sözleşmelerin ekonomik fonksiyonunun açıklanmasında, öncelikle, tüm sözleşme ilişkileri bakımından taraf beklentilerinin gerçekleşmesini güçleştiren durumlar hakkında bilgi verdikten sonra, sözleşmesel beklentilerin gerçekleşmesine hizmet eden araçlardan kısaca söz edeceğiz. Son olarak çerçeve sözleşmelerin getirdiği yapısal yenilik sayesinde beklentilerin gerçekleştirilmesi amacına ne şekilde hizmet ettiğini açıklayacağız.

b. Tarafların Sözleşmeye Yönelik Beklentilerinin Gerçekleşmesini Güçleştiren Durumların Varlığı

Sözleşme ilişkisine giren tarafların, bu ilişkiye yönelik beklentilerinin⁵⁶ gerçekleşmesine engel olan durumlar risk ve belirsizlik kavramları

⁵⁵ BAUDENBACHER, s. 384; SCHULTESS, s. 116.

⁵⁶ İktisat teorisinde beklentilere (expectation), yani gelecekte bazı önemli ekonomik değişkenlerin sayısal değerinin ne olacağı ile ilgili tahminlere her zaman yer verilmiştir. Bireyler belirli kararlar alırken, daima geleceğe ait beklentilerine göre hareket eder-

altında toplanabilir. Risk ve belirsizlik kavramları arasındaki sınırı kesin bir biçimde çizmek oldukça zordur. Öğretide her ikisi de tarafların sözleşmesel planlarını tehdit eden bu kavramlardan belirsizliğin riski kapsadığı ileri sürülmektedir⁵⁷. Risk ve belirsizlik kavramları arasındaki farkın açıklanabilmesi için öğretide, birbirinden farklı kriterlerden hareket edilir. Öğretide ileri sürülen bir görüş uyarınca belirsizlik doğrudan kontrol edilebilir olması noktasında riskten ayrılır⁵⁸. Öğretide ileri sürülen diğer bir görüş uyarınca ise, riskte bilgi, belirsizlikte bilgisizlik esastır⁵⁹. Bu görüş taraftarlarınca, risk başlangıçta yapılan olasılık hesaplamaları sayesinde öngörülebilir ve belirli bir maliyete katlanarak risk altındaki değerin korunması için önlem alınabilir⁶⁰. Oysa bilgisizlik, belirsizliği karakterize eden özelliklerden biridir. Bu nedenle riskte olduğu gibi belirsizliğin öngörülebilmesi ve önlenbilmesi mümkün değildir⁶¹.

ler. Ekonomik kararlar ve onlara bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik olayları inceleyen herkes bu durumu dikkate alır. Bireylerin beklentilerinin nasıl oluştuğu konusunda, farklı ekonomik teoriler ortaya atılmıştır. Bunlar: "Geçmiş dönemle uyumlu beklentiler teorisi", "rasyonel beklentiler teorisi", "gelecekle uyumlu beklentiler teorisi" dir: Ayrıntılı bilgi için bkz. SAVAŞ, s. 966 vd.

⁵⁷ YALÇINKAYA, Timuçin "Risk ve Belirsizlik Algılamasının İktisadi Davranışlara Yansıması", T.C. Muğla Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Tartışma Tebliğleri: 2004/05, s. 1-21, (2004), s. 10; bkz. Erişgin, risk, her durumda gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan bir duruma ilişkindir. Bu haliyle, belirsizlik kavramı riski kapsamaktadır: ERİŞGİN, Nuri, Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı, Ankara: İmaj Yayınevi, 2005, s. 10, dn. 9, s. 14.

⁵⁸ AKSOY, Tolga ve ŞAHİN, Işıl, "Belirsizlik Altında Karar Alma: Geleneksel ve Modern Yaklaşımlar", İktisat Politikası Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 2, 1-28, 2015, s. 3; VON DER CRONE, s. 90.

⁵⁹ AKSOY/ŞAHİN, 3; YALÇINKAYA, s. 11.

⁶⁰ AKSOY/ŞAHİN, s. 3.

⁶¹ AKSOY/ŞAHİN, s. 3; YALÇINKAYA, s. 10-11.

b.a. Risk

Risk⁶² kelime anlamıyla, bir tehlikenin veya zararın ortaya çıkma olasılığı şeklinde tanımlanır⁶³. Riski tehlike ve zarar olasılıklarından soyutlayarak istenilmeyen durumlarla karşılaşma olasılığı şeklinde tanımlamak da mümkündür. Risk kavramı, sosyolojik olarak, haksız fiiller ve sözleşme hukuku alanında farklı bir içeriğe bürünür⁶⁴. Sözleşmeler hukuku anlamında risk, kanunda düzenlenen sözleşmeler için kanunda tehlike olarak görülen durumun gerçekleşme olasılığı şeklinde tanımlanır⁶⁵. Birbirinden farklı içerikteki sözleşme ilişkilerinde risk faktörü şeklinde değerlendirilen olgular çeşitlidir⁶⁶. Bir sözleşme ilişkisinde riskin kaynağı, mevcut bir bilginin yanlış veya eksik değerlendirilmesidir⁶⁷. Yaşam olayları pek çok sonuç doğurur ve bu sonuçlar kontrol edilemezse, bu durumda beklentileri tehdit eden bir riskle karşı karşıya kalınmış demektir⁶⁸.

Taraf beklentilerini tehdit eden riskler, risk sınıflandırılmasına göre, doğal risk ve imal edilmiş risk şeklinde iki grupta incelenir. Doğal risk,

⁶² Portekizce kökenli bir sözcük olan risk sözcüğü ilk olarak, 15. Yüzyılda merkantilizm akımıyla birlikte kullanılmaya başlamıştır. Bu dönemde, iktisadi amaçlı deniz yolculukları, bir yandan korsanların yağmalama tehlikesi, bir yandan da şiddetli fırtınaların gemiyi batırması tehlikesi altında gerçekleştiriliyordu. Bu tehlike olasılığı altında gerçekleştirilen yolculuklar risk kavramının doğumuna neden olmuştur: YALÇINKAYA, s. 10.

⁶³ SEİLER, Hansjörg, *Recht und Technische Risiken: Grunzüge technischen Sicherheitsrecht*, Zürich: Vdf Hochschulverlag AG, 1997, s. 38; YALÇINKAYA, 10.

⁶⁴ Teknik anlamda risk kavramı, matematiksel olarak zararın büyüklüğü ve gerçekleşme olasılığını ifade eder. Sosyolojik açıdan risk kavramı ise, daha çok belirsizlik ve güvensizlik boyutu ile ele alınır. Haksız fiiller alanında risk sözcüğü ile, hukuken korunan değerın zarar görme ihtimali anlatılır: SEİLER, s. 39, 41.

⁶⁵ SEİLER, s. 41.

⁶⁶ Emtia değişimini konu edinen sözleşmelerde, karşılaşılabilecek risk türlerinin başlıcaları arasında pazar riski, fiyat riski sayılabilir. Bunun dışında mal ve hizmet sağlanmasını konu edinen sözleşmelerde, yine fiyat riski yanında, ihmal ve hizmetlerin nitelik ve kalitesine ilişkin riskler de önem taşır: GİLLOR, s. 54.

⁶⁷ ERKAN, s. 45; öğretilerde, sözleşmeler hukukunda riskin kaynağı olarak, bireylerin gelecekteki pozitif ve negatif gelişmeler hakkındaki bilgisizliği gösterilmiştir: SULZER, s. 123. Ancak bu görüş kabul edilirse, risk ve belirsizlik kavramları arasında bir ayrım yapmak güçleşir. Bilgisizlik belirsizliği karakterize eden bir unsurdur. Risk, mevcut bilgiyle, gerçekleşmesi muhtemel görülen bazı durumlara rağmen sonucun üstlenilmesini ifade eder.

⁶⁸ VON DER CRONE, s. 89.

doğal koşullardaki değişimden kaynaklanır. Deprem, sel, kuraklık, doğal riske örnek olarak gösterilebilir. İmal edilmiş risk ise bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelerin yarattığı risktir⁶⁹.

Riskin doğrudan kontrolü⁷⁰ ve tamamen önlenmesi⁷¹ mümkün değildir. Ancak olasılık hesaplamaları ile başlangıçta riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği öngörülebilir ve belirli bir maliyete katlanarak risk altındaki değerin zarara uğrama ihtimaline karşı önlem alınabilir⁷². Risk altındaki değerin sigorta ettirilmesi, riskin dolaylı biçimde kontrolünün en yaygın biçimidir. Yine üreticiler bakımından, üretim sürecinin paylaşılması sayesinde de riskin dolaylı suretle kontrolü mümkün olabilir. Bu yöntemle, her bir işletme ürünü bütünüyle üretmediği için az sayıda bütünüyle tamamlanmış ürün yerine, çok sayıda ürün parçası elde edilmiş olur. Bunun sonucunda hem riskin her bir üretici tarafından paylaşılarak kontrolü sağlanır hem de üretim maliyetleri düşürülür⁷³.

Bir sözleşme ilişkisine giren taraflar, kurdukları sözleşme aracılığıyla risk dağılımını gerçekleştirebilirler. Böylelikle sözleşmeyle, beklentilerinin gerçekleşmesini tehdit eden olası risk faktörlerinden sorumluluğun kime ait olduğu baştan belirlenmiş olur. Sözleşmenin asıl fonksiyonlarından biri de budur⁷⁴. Sözleşme dolayısıyla birtakım riskleri üstlenen

⁶⁹ İnternet ortamında ticari bilgilerin ele geçirilmesi bu çeşit riske örnek olarak verilebilir: YALÇINKAYA, s. 12

⁷⁰ VON DER CRONE, s. 89.

⁷¹ Risk faktörlerinin önlemler alınarak tamamen ortadan kaldırılması mümkün değildir. Gelişen sanayileşme nedeniyle artan ve çeşitlenen risk faktörleri bu zorluğun daha da yoğun hissedilmesine neden olmuştur. Bu nedenle, günümüzde, "risk değerlendirilmesi" kavramı önem kazanmıştır. Riskin değerlendirilmesi, risk kaynağı yaratması muhtemel olguların seçilmesi ve bunların ortaya çıkaracağı risk olasılığının değerlendirilmesini konu alır. Riskin değerlendirilmesi sırasında, risk kaynağı olarak belirlenen olguların zarar doğurma ihtimali kadar, kazanç yaratma ihtimalleri de tespit edilmeye çalışılır: Ayrıntılı bilgi için bkz. ERİŞGİN, s. 9 vd.

⁷² ERİŞGİN, s. 10; VON DER CRONE, s. 89.

⁷³ AKSOY/ŞAHİN, 3; VON DER CRONE, 89.

⁷⁴ LEU, s. 111; SAECKER, Franz, Jürgen, RIXECKER, Roland, OETKER, Hartmut, LIMPBERG, Bettina, Münchener Kommentar BGB, Band 3, Art. 313, 8. Auflage, München, C.H Beck, 2019, Rn. 61.

taraf, katlanmak zorunda olduğu riski, karşı tarafın edim yükümüne dahil ederek ona yansıtabilir⁷⁵.

b.b. Belirsizlik

Belirsizlik kavramı risk kavramına oranla daha çok felsefi boyutu ile ele alınan bu nedenle de içeriği tam olarak belirlenememiş bir kavramdır. Belirsizlik, çoğunlukla geleceğe ilişkin bilgisizlik anlamında kullanılır⁷⁶. Buradaki bilgisizlik geniş anlamda anlaşılmalıdır. Bilgisizlik, kişinin zihninde o şeye ilişkin oluşan bilgi eksikliğinin yanı sıra, başkaları tarafından iletilecek veya inceleme sonucunda elde edilecek bilginin de eksikliğini ifade eder⁷⁷. Bir sözleşme ilişkisine taraf olanlar için birtakım belirsizlikler başlangıçtan beri mevcuttur⁷⁸. Tamamlanmış ürünlerin kalitesi, hizmet edimlerinin kalitesi, iş sırlarının saklanması yönündeki güvenin korunup korunmayacağı belirsizdir⁷⁹. Tüm bu belirsizliklerin sebebi bilgi eksikliğidir⁸⁰. Alıcı ısmarladığı ürünlerin son şeklini görür, ancak herhangi bir üretim aşamasında üründe meydana gelen bozukluktan haberdar değildir. Ya da iş görme edimlerinin konu edildiği bir sözleşme

⁷⁵ LEU, s. 111; MüKo BGB, Art. 313, Rn. 61.

⁷⁶ VON DER CRONE, s. 89; yazara göre, riskte bilgi varken, belirsizlikte bilgisizlik esastır. Riskte bilgiyi sağlayan geçmişe ilişkin olasılık hesabıdır. Karş. YALÇINKAYA, s. 11.

⁷⁷ Bilgi (*knowledge*) ile enformasyon (*information*) kavramlarının farklı anlamlarının bulunduğuna dikkat edilmelidir. Bilgi, bilinen şeye ilişkin olarak kişinin zihninde oluşur; enformasyon ise, bir süreç ya da aktiviteye işaret eder. Bu anlamda enformasyon kavramı bilgiden farklı olarak, başkaları tarafından iletilen bilgilerle, özel bir inceleme sonucu edinilen bilgileri de kapsar. Bu nedenle, her türlü enformasyon bilginin çeşidi olduğu halde, bilgi asla enformasyonu içermez: SARIKAYA, Murat, "Asimetrik Bilgi Çerçevesinde Müzayedeler", C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.3, S.2: s. 99-109, 2002, s. 99.

⁷⁸ RİCHTER, Rudolf "Verträge aus wirtschaftstheoretischer Sicht", Ökonomische Analyse von Verträgen, s.1-24, 2000, s. 5.

⁷⁹ VON DER CRONE, s. 91; BAKIRTAŞ/ŞIKLAR/YILDIRIM, s. 228.

⁸⁰ MüKo HGB, Rn. 19, 20; VON DER CRONE, s. 90; tam rekabet piyasasında, herkesin ürünle ilgili her türlü bilgiye sahip olduğu kabul edilir. Ancak eksik bilginin geçerli olduğu piyasalarda taraflardan biri diğerine oranla daha fazla bilgiye sahip olabilir. Bu durum taraflar arasındaki ilişkide asimetrik bilginin var olduğunu gösterir. Örneğin satıcı ürünün kalitesi ile ilgili her türlü bilgiye sahip olmasına karşın, alıcı bu konuda tam bir bilgiye sahip değildir. İşte piyasa işlemlerinde taraflardan birinin gerekli bilgilerin tümüne sahip olmadığı bu gibi durumlarda, sözleşme o taraf için birtakım belirsizlikler içerir: BAKIRTAŞ/ŞIKLAR/YILDIRIM, s. 227.

ilişkisinde, işin tevdi edildiği kimsenin o işi yapma konusunda ehil olup olmadığı başlangıçta belirsizdir.

Tamamlanmış olaylar hakkında bilgi eksikliğinden kaynaklanan belirsizlik riskten farklı olarak doğrudan kontrol edilebilir. Hammadde veya kıymetli evrak ticaretinde olduğu gibi borsa ya da farklı bir şekilde örgütlenmiş organize pazar yapısı sayesinde bilgi eksikliği en az düzeye indirilerek sözleşmelerdeki belirsizlik faktörünün zayıflatılması mümkün olabilecektir⁸¹.

b.c. Sürekli Borç İlişkilerinde Risk ve Belirsizlik

Bir süreye yayılmış edim borcunu konu edinen sürekli borç ilişkileri⁸², taraflar arasında yoğun güven temeline dayanan istikrarlı hukuki ilişkiler kurulmasının aracıdır⁸³. Sürekli borç ilişkilerinde edim borcunun zamana yayılmış olması, bu tür ilişkilerde ani edimli borç ilişkilerine oranla risk ve belirsizlik faktörlerinin artması ve çeşitlenmesi sonucunu doğurur. Sürekli borç ilişkilerinde zamanın uzunluğuna paralel olarak artan ve çeşitlenen risk ve belirsizlik faktörleri, beklentilerin zaman içerisinde gerçekleşmesini güçleştirir⁸⁴. Sürekli borç ilişkileriyle taraflar arasında anlık değil geleceğe yönelik bir ilişki kurulur. Zamana yayılmış bu ilişki süresince, taraflarca ilişkinin başlangıcında kararlaştırılan hükümlerin aynı biçimde uygulanma zorunluluğu, koşulların, uzun süreli ilişkilerde zaman içerisinde değişmesi nedeniyle kimi zaman zordur. Değişen koşullar karşısında yükümlülüklerin aynen devam ediyor olması, sözleşmenin bu haliyle en azından taraflardan biri için beklentilerin korunması amacını gerçekleştirmediği anlamına gelir. Bu nedenle, sürekli borç ilişkilerinde taraflar, ani edimli borç ilişkilerinden farklı olarak, sözleşme hükümlerinin uygulama zorunluluğunu, değişen şartlar karşısında esneten

⁸¹ VON DER CRONE, s. 90.

⁸² SELİÇİ, s. 5; Bir borç ilişkisinin sürekli borç ilişkisi şeklinde nitelendirilebilmesi konusunda doktrinde esas alınan farklı kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TÜMERDEM, Murat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü, Seçkin Yayınları, 2018, s. 31-54.

⁸³ SELİÇİ, s. 32-34; TÜMERDEM, s. 53; WEBER, s. 405.

⁸⁴ BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, On İki Levha Kitabevi, 2009, s. 217; LEU, s. 110; RİCHTER, s. 5.

hükümlere yer verirler⁸⁵. Uyarlama kurallarına⁸⁶ sözleşmede yer verilmesi halinde, uyarlamaya ihtiyaç duyulan hallerde boşluk hâkim tarafından doldurulur⁸⁷. Bu ise, sözleşmenin taraflarından en az biri için, değişen koşulların sözleşmeyle düzenlemesine oranla daha elverişsiz koşulların kabulünü gerektirir.

b.d. Genel Olarak Beklentilerin (Saiklerin) Gerçekleşmesine Hizmet Eden Araçlar

Sözleşme ilişkisinin her iki tarafı da, bu sözleşme ile belirli bir amaca ulaşmayı hedefler, satıcı malını piyasa fiyatının üzerinde satmak, alıcı ise kullanışlı ve dayanıklı malı piyasadaki en uygun fiyata almak ister. Diğer bir deyişle tarafların ikisi de taraf oldukları sözleşmeyle faydalarını maksimize etmek isterler. Kişilerin taraf oldukları sözleşmeyle fayda maksimizasyonunun gerçekleşeceği yönündeki inanç, onların sözleşmeye yönelik beklentilerini oluşturur.

Tarafların sözleşmesel beklentilerinin gerçekleşmesi, tarafların karşı karşıya kaldıkları risk ve belirsizlik faktörlerinin kontrolü ile mümkün olabilir. Risk ve belirsizlik faktörlerinin kontrolünde üç tür mekanizma etkilidir⁸⁸. Bunlar ün, ahlak ve sözleşmelerdir. Bu konudaki en etkili araç şüphesiz sözleşmedir. Alternatifler arasından sözleşme tarafının seçiminde, alanında tanınan bir kişinin veya işletmenin tercih edilmesi,

⁸⁵ TÜMERDEM, s. 42.

⁸⁶ Sözleşme serbestisi ilkesi gereğince tarafların değişen hal ve şartlar karşısında sözleşmeye uygulanacak hükümleri önceden belirlemeleri mümkündür. Sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesini öngören bu kurallar olumlu veya olumsuz içerikte olabilirler. Bir sözleşmede yer alan olumlu uyarlama kuralları, tarafların sözleşmenin değişen koşullara uyarlanacağı yolundaki kabulünü ifade eder. Olumlu uyarlama kuralları daha çok sözleşmenin içerdiği belirsizlik unsurunun geciktirici şarta bağlanması şeklinde kendisini gösterir. Olumlu uyarlama kurallarından farklı olarak, olumsuz uyarlama kuralları sözleşmenin değişen koşullara rağmen ayakta kalacağı anlamına gelir: BAYSAL, s. 194 vd; KAPLAN, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1987, s. 124.

⁸⁷ Hâkimin talep üzerine sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uyarlayabilmesi için, sözleşme ilişkisinin mevcut şartlarla devamını güçleştiren bir takım olumsuz şartların gerçekleşmesi ve sözleşmede veya kanunda uyarlamaya ilişkin bir hükmün bulunmaması gerekir: KAPLAN, s. 150.

⁸⁸ VON DER CRONE, s. 93

onun gelecekteki muhtemel davranışlarının tahmini konusunda bir kolaylık sağlar⁸⁹. Ekonomi süjeleri sahip oldukları ünü korumak için benzer durumlar karşısında geçmişte gösterdikleri davranışları tekrarlarlar. Yine hukuki yaptırımlar dışında, zorlayıcılığı bulunan ahlaki yapı da ün ve sözleşmelerin yanında beklentilerin korunması konusunda özel bir öneme sahiptir⁹⁰. Ün ve ahlak mekanizmasının beklentilerin korunması konusundaki etkisini birbirinden kesin bir biçimde ayırmak mümkün değildir. Her iki mekanizma da yapısal olarak benzerlik gösterir⁹¹.

Taraflar, beklentilerini sözleşme şeklinde formüle ettiklerinde, sözleşme içerisinde yer alan hükümlerin icra edilmesini borçlanmış olurlar. İşte sözleşmelerde yer alan bu zorlayıcılık unsuru, taraf beklentilerinin korunması konusunda sözleşmelerin etkili bir araç olmasını sağlar⁹². Sözleşme hükümlerinin uygulanma zorunluluğu hukuki yaptırımlarla desteklenmiştir. Sözleşmelerin ün ve ahlak mekanizmasına oranla beklentilerin korunması konusundaki elverişliliği de buradan kaynaklanır. Gerçekten de ahlaki kuralların zorlayıcılığı kişiden kişiye göre değişebilir. Özellikle sözleşme ilişkilerinde taraflar arasında asimetrik bilgi problemi varsa ahlaki tehlike daha da artar⁹³. Yine bir kimsenin ünü dolayısıyla gelecekteki davranışlarının öngörülebilir olması ahlaki açıdan belirli bir düzeyde olmasına bağlıdır ve dolayısıyla kişiden kişiye farklılık gösterir.

⁸⁹ VON DER CRONE, s. 94.

⁹⁰ VON DER CRONE, a.g.e., s. 96; DEDEYAN, Daniel "Die Rechtliche Konstruktion der Reputation", *Vertrauen-Vertrags-Verantwortung Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag* s. 3-21, 2007, s. 8; BLUM/DUDLEY, LEIBRAND/WEISKE, s. 37.

⁹¹ VON DER CRONE, s. 97.

⁹² VON DER CRONE, s. 93.

⁹³ Ahlak kurallarının kişi davranışları üzerindeki kontrol edici ve düzenleyici etkisi, sözleşme tarafları arasında asimetrik bilgi probleminin bulunduğu durumlarda zayıflar. Şöyle ki; sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliği konusunda farklı bilgiye sahip olan taraflar arasında asimetrik bilgi problemi vardır. Bu durumda bilgi bakımından avantajlı durumda olan tarafın, karşı tarafça bilinmeyen veya gözlemlenemeyen davranışları nedeniyle, sözleşmenin karşı tarafının zarara uğrama riski diğer bir ifade ile ahlaki tehlike artmıştır: SARIKAYA, s. 100.

b.e. Çerçeve Sözleşmelerin Getirdiği Yapısal Yenilik ve Beklentilerin Gerçekleşmesinde Çerçeve Sözleşmelerin Rolü

Her sözleşme ilişkisi başlangıçta, sözleşmenin her iki tarafı için de belirsizlik ve birtakım riskler içerir⁹⁴. Sözleşmede karşılaşılabilecek olası risk ve belirsizlikler nedeniyle, sözleşme taraflarının sözleşme süresince ortaya çıkabilecek her türlü olasılığı öngörmesi ve sözleşmeyi buna göre kaleme alması mümkün değildir. Bu nedenle bu tür sözleşmeler öğretilerde *tam olmayan sözleşmeler* şeklinde adlandırılırlar⁹⁵. Her ne kadar sözleşmede her türlü risk ve belirsizlik faktörüne karşı önlem alınması mümkün değilse de taraflar sözleşme yapmaya karar verdiklerinde, alternatifler arasından seçim yaparken bu belirsizlik ve riski mümkün olduğunca en aza indirmeye çalışırlar. Diğer bir deyişle, bir sözleşme ilişkisinin başlangıcında bireyler, mümkün olduğunca çok sayıda işlem alternatifi arasından tercihlerine en uygun olanı seçerler⁹⁶. Bireylerin bu seçiminde dışsal faktörler kadar daha önce vermiş oldukları temel kararlar da etkilidir⁹⁷. Bu nedenle, sözleşme kurmaya yönelik temel kararların sonraki kararları etkilediği kabul edilir⁹⁸. Temel kararların gelecekteki karar verme özgürlüğünü sınırlaması belirsizlik ve bağımlılık yaratır⁹⁹. Temel kararla-

⁹⁴ BAKITAŞ/ŞIKLAR/YILDIRIM, s. 228.

⁹⁵ Tam olmayan sözleşmeler İngilizce literatürde "*incomplete contracts*", Almanca literatürde "*unvollständiger vertrag*" şeklinde isimlendirilirler. Tam olmayan sözleşmeler doğası gereği sözleşme boşluğu içerir ve sürekli niteliktedir: NEUS, Werner "*Zur Bildung von Konzernen: Eine Analyse auf Basis unvollständigerverträge*", *Ökonomische Analyse von Verträgen*, s. 54-91, 2000, s. 57 OTT/SCHÄFER, s. 37; RİCHTER, s. 5; SANLI, s. 73.

⁹⁶ VON DER CRONE, s. 110, 237

⁹⁷ İnsan davranışlarının belirleyenleri farklıdır. Bu belirleyenler insanın kişiliğinden kaynaklanan içsel değişkenlerle, sosyal grup ve kurumlardan kaynaklanan dışsal değişkenlerdir. Ekonomik davranışlarda, diğer insan davranışları gibi içsel ve dışsal değişkenlerin etkisi altında şekillenir: VON DER CRONE, s. 237; ERKAN, s. 30-31.

⁹⁸ RİCHTER, s. 4; VON DER CRONE, s. 238.

⁹⁹ Önceki kararların temel kararlar üzerindeki etkisini açıklamak üzere öğretilerde von der Crone tarafından şu örnek verilmiştir. Bir kimsenin otomobil alımı konusundaki tercihi, onun gelecekteki yedek parça tercihini etkileyecek ve onu otomobili satan firmaya bağımlı kılacaktır. Yedek parça üreticisi firmanın pazarda tek başına faaliyet göstermesi durumunda ise, alıcılar gelecekte yedek parçalara erişilebilmesi konusunda belirsizlikle karşı karşıya kalacaklardır. Pazarda yedek parça üreticisi tek bir

rın yarattığı bu olumsuz sonuçlardan kaçınabilmek, beklentilerin gerçekleşmesini garanti altına almakla mümkün olabilecektir. Beklentilerin gerçekleşmesi konusunda ahlak, ün ve sözleşme mekanizması etkilidir.

Her türlü sözleşme için geçerli olan risk ve belirsizlik faktörü, uzun süreli ilişkilerde daha da önem taşır. Öncelikle bu durumda, sürenin uzunluğuna paralel olarak, belirsizlik daha geniş kapsamlıdır. Sözleşme ilişkisinin uzun vadede kurulduğu zamanki koşullarla varlığını sürdürebilmesi, bu koşulların zaman içerisinde mümkün olduğunca az değişmesine bağlıdır. Fakat hayatın olağan akışı, bu statik yapıyı korumayı her zaman garanti etmez. Belirsizlik faktörü yanında uzun süreye yayılmış ilişkilerde, tarafların karşılaşabilecekleri risklerde de bir artış görülebilir. Tarafların uzun vadede gerçekleşmesi muhtemel riskler hakkında, sözleşmenin başlangıcında öngörülebilir bulunması oldukça zordur.

Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi sayesinde, sözleşme ilişkisinden beklentilerini serbestçe belirleyecekleri kurallarla garanti altına alırlar. Çerçeve sözleşmeler içerisinde, münferit sözleşmeler için geçerli ortak hükümler tespit edilerek, taraflar arasındaki sürekli ilişkide beklentilerinin korunması amaçlanır.

Çerçeve sözleşmeler tüm sözleşmelere özgü risk ve belirsizlik faktörlerinin gelecekte kontrolü yanında, taraflar arasındaki ilişkinin sürekli nitelikte olmasından kaynaklanan sözleşmenin aynı şekilde icra edilme zorunluluğu ve değişen koşulların etkisiyle sözleşme şartlarının uygulama sırasında esnetilmesi zorunluluğunun yarattığı çatışmayı çözmeye ve temel kararların daha sonraki kararlar üzerinde özgürlüğü sınırlayıcı etkilerini ortadan kaldırma görevlerini de yerine getirirler.

Tarafların sözleşme aracılığıyla gelecekteki davranışlarının tespiti, beklentilerin gelecekte gerçekleşmesinde önemli bir rol oynar. Öğretide ifade edildiği gibi, sözleşmede uzun vadede, risk ve belirsizliklerin paylaşımı sağlanırsa, sözleşme yapmaya yönelik temel kararların sınırlayıcı etkisi kontrol edilmiş olur¹⁰⁰. Ancak risk ve belirsizliklerin uzun süreli bir

firmanın bulunması halinde risk, onun tekel durumunda olmasından kaynaklanabileceği gibi, her an üretmekten vazgeçip piyasadan çıkması ihtimalinden de kaynaklanabilir: VON DER CRONE, s. 238-239.

¹⁰⁰ VON DER CRONE, s. 240.

ilişkide tespiti, beraberinde başka bir sorunu da getirir. Uzun süreli ilişkilerde tarafların sözleşme ilişkisi boyunca, risk ve belirsizlik faktörlerinin kontrolü konusunda üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirmesi her zaman mümkün olamayabilir. Bu durum, sözleşme ilişkisinin aynen uygulanması zorunluluğu ile sözleşme koşullarının esnetilmesi gerekliliği arasında bir gerilime yol açar. Çerçeve sözleşmelerin işlevsel niteliği bu gerilimi çözmeye elverişlidir. Çerçeve sözleşme içerisinde taraflar ifa amacının gerçekleştirilmesine hizmet eden hükümlerin yanı sıra, temel kararların etkilerini sınırlayan hükümlere de yer verirler¹⁰¹. Bu sayede temel kararların yarattığı bağımlılık ile risk faktörleri en aza indirilmiş olur.

SONUÇ

Kaynağını sözleşme özgürlüğü ilkesinden alan her sözleşme gibi çerçeve sözleşmelerde, tarafların bu sözleşmenin yapılmasıyla arzu ettikleri amaca uygun biçimde formüle edilirler. Çerçeve sözleşme hazırlanırken onun karakteristik özelliklerinden faydalanılması, istenilen amaca ulaşılmasını kolaylaştırır. Çerçeve sözleşmeler çoğu zaman münferit sözleşmelerin kurulmasından önce veya en geç münferit sözleşmeyle birlikte kurulurlar. Bu bakımdan çerçeve sözleşmeler, sözleşmelere ilişkin yapılan ayırmada, sözleşme öncesi sözleşmeler grubunda yer alır. Çerçeve sözleşmeler aynı grupta bulunan ön sözleşmeden farklı olarak asıl sözleşmenin kurulmasıyla ortadan kalkmaz. Çerçeve sözleşmeler daha sonra kurulan münferit sözleşmelerin tamamlayıcısı olarak varlığını devam ettirir.

Çerçeve sözleşme ile taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurulur. Sürekli borç ilişkileri, ani edimli borç ilişkilerinden farklı risk faktörlerini bünyesinde barındırır. Bu tür borç ilişkilerinde karşılıklı güven ve istikrarın temin edilmiş olması, sözleşme ilişkisinin belirli veya belirli olmayan bir süre devamı bakımından önem arz eder. Bunun sağlanabilmesinin yolu ise karşılaşılabilecek risk ve belirsizlik faktörlerini mümkün olduğunca belirleyip, sözleşme hükümlerini mümkün olduğunca risk ve belirsizlik faktörlerini bertaraf edebilecek esneklikte düzenlemek olacaktır.

¹⁰¹ VON DER CRONE, s. 243.

Sürekli borç ilişkilerinde karşılaşılabilecek olan risk ve belirsizlik faktörleri ile bunların kontrolünün yanı sıra bu tür sözleşmelerde karşılaşılan ikinci bir problemde sürekli borç ilişkilerinde edimlerin aynı şekilde icra edilmesinde yaşanan zorluktur. Değişen koşullar sürekli nitelikteki sözleşmelerde edimin ifasının esnetilmesi zorunluluğunu da beraberinde getirir. Çerçeve sözleşmeler, tüm sözleşmelere özgü risk ve belirsizlik faktörlerinin gelecekte kontrolü yanında, edimin aynı şekilde icrasının yaratıldığı gerilimi en aza indirgenmesini sağlayacaktır.

KAYNAKLAR

- AKSOY, Tolga / ŞAHİN, Işıl. "Belirsizlik Altında Karar Alma: Geleneksel ve Modern Yaklaşımlar", İktisat Politikası Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 2, 1-28, 2015.
- AYATA, Zeynep. "Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Rekabet Hukuku", Hacettepe HFD, S. 4, C. 1, 35-53, 2014.
- AYRANCI, Hasan. "Ön Sözleşme", Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- BARLAS, Nami. "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı. s. 805- 828, 1999.
- BAUDENBACHER, Carl. "Die Behandlung des Franchisevertrages im schweizerischen im europäischen Recht, Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising", 365-404, 1992.
- BAYSAL, Başak. "Sözleşmenin Uyarlanması", On iki Levha Kitabevi, İstanbul, 2009.
- BEHRENS Peter. "Die Ökonomischen Grundlagen des Rechts", Mohr-Siebeck verlag, Tübingen, 1986.
- BEHRENS, Heino. "Wiederkehrschuldverhältnis", Dissertation, Hamburg, 1971.
- BEİMOWSKI, Joachim. "Zur ökonomischen Analyse Allgemeiner Geschäftsbedingungen", VVF, München, 1989.
- BELEN, Herdem, "Barter Sistemi", İstanbul, Beta Yayınevi, 2007
- BERBEROĞLU, Necat. "Mikro İktisat Teorisi, Birlik Matbaacılık", Eskişehir, 1998.
- BLUM, Ulrich / DUDLEY Leonard / LEIBBRAND Frank / WEISKE Andreas. "Angewandte Intitutionenökonomik", Gabler Verlag, Wiesbaden", 2005.
- DEDEYAN, Daniel. "Die Rechtliche Konstruktion der Reputation", Vertrauen-Vertrags-Verantwortung Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag s. 3-21, 2007.
- DIETER, Henrich. "Vorvertrag-Optionsvertrag-Vorrechtsvertrag", Mohr/Paul-Siebeck Verlag, Tübingen, 1965.

- DRECHER, Ingo / FLEISCHER, Holger / SCHMIDT, Karsten, "Münchener Kommentar HGB, Art. 343", 5. Auflage, München C. H. Beck, 2021, Rn. 34.
- DOĞAN, Gül, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul, Yeditepe Üniversitesi, 2004.
- ERİŞGİN, Nuri. "Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı", İmaj Yayınevi, Ankara, 2005.
- ERKAN, Hüsnü. "Ekonomi Sosyolojisi", Dördüncü Basım, Barış Yayınları, İzmir, 2000.
- ERTEK, Tümay. "Mikro Ekonomiye Giriş", Üçüncü Basım. İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım.
- FİKENTSCHER, Wolfgang / HEINEMANN, Andreas, "Schuldrecht", 11. Auflage, de Gruyter Lehrbuch, Berlin, 2006.
- FUCHS-WISSEMAN, Georg. "Die Abgrenzung des Rahmenvertrages vom Sukzessivlieferungsvertrag", Philipps Universität zu Marburg, 1980.
- GERNHUBER, Joachim. "Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung Pflichten und Strukturen Drittwirkungen", , Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen, 1989.
- GILLOR, Viviane. "Der Rahmenvertrag für Finanzgeschäfte der Europäischen Bankenvereinigung (EMA) Wertpapierpensionsgeschäfte und Wertpapierdarlehen", Nomos Verlag, Baden Baden, 2006.
- GUNNAR, Janson. "Ökonomische Teori im Recht", Dunker&Humbolt, Berlin, 2004.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- GÜRZUMAR, Osman Berat. "Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması", Beta Yayınevi, İstanbul, 1995.
- HERZOG, Nicolas. "Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht", Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1999.

- HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, siebte Auflage. Bern: Stämpfli Verlag, 2003.
- İŞGÜZAR, Hasan. "Tek Satıcılık Sözleşmesi", Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1989.
- KAPLAN, İbrahim. "Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi", Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1987.
- KIRCA, Çiğdem. "Franchise Sözleşmesi", Banka ve Ticaret Enstitüsü, Ankara, 1997.
- KIRCA, İsmail. "Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri", Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000.
- KIRCHGÄSSNER, Gebhard. "Führt der Homo Oeconomicus das Recht in die Irre?", JZ, S. 3: s. 104-111, 1991.
- KRAMER, Ernst A. "Berner Kommentar das Obligationenrecht Art. 19-22", Stämpfli Verlag, Bern, 1991.
- LARENZ, Karl / WOLF, Manfred. "Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts", 9. Auflage, München, Beck Verlag, 2004.
- LİNDNER, Peter. "Räume und Regeln Unternehmerischen Handels", Steiner Franz Verlag, Stuttgart, 1999.
- MARTİNEK, Michael. "Franchising. Grundlagen der zivil und wettbewerbsrechtlichen Behandlung der vertikalen Gruppenkooperation beim Absatz von Waren und Dienstleistungen", Decker's Verlag, Heidelberg, 1987.
- NEUS, Werner. "Zur Bildung von Konzernen: Eine Analyse auf Basis unvollständigerverträge", Ökonomische Analyse von Verträgen, 2000.
- OETKER, Hartmut. "Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung", Mohr/Paul-Siebeck Verlag, Tübingen, 1994.
- OĞUZ, Fuat. "Hukukun Ekonomik Analizi: Genel Bir Değerlendirme", Piyasa, S. 2: 3-23, 2002.
- OKTAY, Saibe. "Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği", İHFM, C.LV, S.3: 209-234, 1997.
- OTT, Claus / SCHÄFER, Hans Bernd. "Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts", Physica Verlag, Heidelberg, 1993.

- PALANDT, Otto. "Bürgerliches Gesetzbuch", 58. Auflage. München, Beck Verlag, 2006.
- RİCHTER, Rudolf. "Verträge aus wirtschaftstheoretischer Sicht", Ökonomische Analyse von Verträgen, 1-24, 2000.
- SAECKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMP-
PERG, Bettina. "Münchener Kommentar BGB, ROM I VO", Band
13, Art. 4, 8. Auflage, München, C.H. Beck, 2021, Rn.309.
- SAECKER, Franz Jürgen / RİXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LİM-
PERG, Bettina. "Münchener Kommentar BGB Art. 314", Band 3,
8. Auflage, München, C.H. Beck, 2019 Rn. 8
- SAECKER, Franz Jürgen / RİXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LİM-
PERG, Bettina. "Münchener Kommentar BGB, Art. 313", Band 3,
8. Auflage, München, C.H Beck, 2019, Rn. 61
- SAECKER, Franz Jürgen / RİXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LİM-
PERG, Bettina Münchener Kommentar BGB, Art. 249
, Band 2, 8. Auflage, München C. H. Beck, 2019, Rn.12.
- SAECKER, Franz Jürgen / RİXERER, Roland / OETKER, Hartmut / Lim-
perg, BETTİNA. "Münchener Kommentar BGB, Art. 145", Band
I, 9. Auflage, München, C. H Beck, 2021, Rn. 44.
- SANLI, Kerem Cem. "Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi-Hukuk
ve Ekonomi Öğretisi", Arıkan Basımevi, İstanbul, 2007.
- SARIKAYA, Murat. "Asimetrik Bilgi Çerçevesinde Müzayedeler", C.Ü.
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.3, S.2: s. 99-109,
2002.
- SAUTER, Daniel. "Ausgewählte Probleme Sukzessivlieferungsvertra-
ges", Schultess, Zürich,1982.
- SCHİMANSY Herbert, BUNTE, Hermann Josef, LWOWSKI Hans-
Jürgen. "Bankrechts Handbuch", 5. Auflage, München, C.H.
Beck, 2017,
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm und JÄGGİ, Peter, "Kommentar zum
Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V
1 a Art. 1-17", Zürich, Schultess, 1973

- SCHULTESS, Victor. "Der Franchise-Vertrag nach dem schweizerischem Recht", Zürich, Dissertation, 1975.
- SCHULZE, Götz. "Die Naturalobligation", Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen, 2007.
- SEİLER, Hansjörg. "Recht und Technische Risiken: Grunzüge technischen Sicherheitsrecht", Vdf Hochschulverlag AG, Zürich, 1997.
- SÖLLNER, Fritz. "Die Geschichte des ökonomischen Denkens", 2. Auflage, Berlin, Springer Verlag, 2001.
- STAUDİNGER, J.VON, "Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1. Allgemeiner Teil Art.134-163", Berlin, Sellier de Gruyter, 2003.
- TÜMERDEM, Murat, Sürekli Borç ilişkilerinde Borçlunun Temerrüdü, Seçkin Yayınevi, 2018.
- VON DER CRONE, Hans Caspar. "Rahmenverträge" Zürich, Schultess Poligraphischer Verlag, 1993.
- WEBER, Rolf. "H Rahmenverträge als Mittel zur rechtlichen Ordnung langfristiger Geschäftsbeziehung", ZSR, S.106, C.I: 402-434, 1987
- WESTERMANN, Harm / Peter, ERMAN. "Bürgerliches Gezetzbuch", 11. Auflage, Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag, 2004.
- WESTPHALEN, Friedrich Grap / THÜSİNG, Gregor. "Vertragsrecht und AGB Klauselwerke", München, C. H. Beck, 2021.
- YALÇINKAYA, Timuçin. "Risk ve Belirsizlik Algılamasının İktisadi Davranışlara Yansıması", T.C. Muğla Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Tartışma Tebliğleri: 2004/05, s. 1-21, (2004).
- YILDIRIM, Kemal, ŞIKLAR, İlyas ve BAKIRTAŞ, İbrahim. "Mikro İktisada Giriş", Üçüncü Basım. Bursa: Ekin Yayınevi, 2005.
- ZİNGG, Heinz. "Der Rahmenvertrag-Möglichkeiten und Grenzen im (Retail) Banking", Zürich, Bern, Stuttgart, Wien: Verlag Haupt, 1996.



YABANCILIK UNSURU İÇEREN VASIYETNAMELERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK

Arş. Gör. Dr. Cansu YENER KESKİN*

Öz

Vasiyetnameler vasiyetnamenin yapıldığı yerden, tasarruf konusu terekenin bulunduğu yerden veya vasiyetnameyi yapan kişiden kaynaklanan sebeplerle yabancılik unsuru taşıyabilirler. Yabancılik unsuru içeren vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 20/ f. 4'te ve ölüme bağlı tasarrufun bir türü olan vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuk da Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki La Haye Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Ancak MÖHUK m. 1 / f. 2'ye göre yabancılik unsuru taşıyan vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun tespiti konusunda öncelikli olarak Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerekmektedir. Vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun tespiti açısından MÖHUK m. 20/ f. 4 ancak Türkiye'nin Sözleşme'ye çekince koyduğu hallerde ve mirasbırakanın Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce öldüğü hallerde uygulama alanı bulabilecektir.

* Ar. Gör. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli, Türkiye | Res. Asst. PhD., Kocaeli University Faculty of Law, Department of Private International Law, Kocaeli, Turkey.

✉ cansuyenerkeskin@gmail.com • ORCID 0000-0002-7296-6483

- ✎ **Atf Şekli** | Cite As: YENER KESKİN Cansu, "Yabancılik Unsuru İçeren Vasiyetnamelerin Şekline Uygulanacak Hukuk", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1079-1113.
- ✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

Ölüme bağlı tasarruf • Vasiyetname • Vasiyetnamenin şekli • Vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuk • 1961 Tarihli Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki La Haye Sözleşmesi

LAW APPLICABLE TO FORM OF WILLS WITH FOREIGN ELEMENT

Abstract

Wills can have a foreign element due to reasons arising from the place where the will is made, the place of the disposable estate or the person who made the will. Conflict of laws rules regarding the law applicable to form of wills with foreign element are laid down in the Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure no. 5718 (the PIL Code) article 20/4 and The Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions. According to article 1/2 of the PIL Code, the conflict of laws rules in the Convention should be applied primarily in determining the law to be applied to the form of wills with foreign elements. In terms of determining the law to be applied to the form of wills article 20/4 of the PIL Code will only be applicable in cases where Turkey has made reservations to the Convention and in cases where the decedent died before the Convention entered into force.

Key Words

Testamentary Disposition • Will • The Form of Will • Law Applicable To Form Of Wills • The Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions

GİRİŞ

Miras bırakanın kendi terekesine ilişkin olarak ölümünden sonra hüküm doğuracak emirlerini içeren hukuki işleme ölüme bağlı tasarruf¹

¹ Miras hukukundaki tasarruf kelimesi sağlararası tasarrufu ifade etmek için kullanılan teknik anlamda tasarruf kelimesinden farklı bir anlam taşımaktadır. Tasarrufu ölüme bağlı tasarruf anlamında kullandığımızda, var olan bir hakka etkisinden, onu devretmesinden, ortadan kaldırmasından veya içeriğini değiştirmesinden bahsetmemekteyiz. Miras hukukunda tasarruf kelimesi mirasbırakanın öldükten sonra hüküm ifade edecek olan emirlerini ifade etmek için kullanılmaktadır ve terekeye ilişkin olduğu için sağlararası tasarruf işlemlerinden farklı olarak yapıldığı anda etkili olmaz. Diğer bir ifadeyle miras sözleşmesi ve mirastan feragat sözleşmesindeki bağlılık hariç mirasbırakan ile lehine tasarruf yapılan kimse arasında mirasbırakanın ölümün-

işlemi denir². Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan ölüme bağlı tasarrufların şekli konusunda taşınır miras veya taşınmaz miras ayrımı yapılmamıştır. Genel olarak ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³ (MÖHUK) m. 20/ f. 4'te ve ölüme bağlı tasarrufun bir türü olan vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuk da Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki La Haye Sözleşmesi'nde⁴ (1961 Tarihli Sözleşme) düzenlenmiştir. Anayasa m. 90/ f. 5 uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. MÖHUK m. 1 / f. 2 uyarınca Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri saklı olduğu için yabancılık unsuru içeren vasiyetnamelerin şekline öncelikli olarak 1961 Tarihli Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerekmektedir. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu bazı iki taraflı antlaşmalarda da ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir. Her uyuşmazlık bazında Türkiye'nin taraf olduğu bu kapsamda iki taraflı

den önce bir hukuki ilişki doğmaz ve atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı gibi lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunulan kimse, bu süreçte hukuken korunan bir beklenen hak dahi kazanmış değildir. Bu açıdan miras hukuku alanında kullanılan tasarruf kelimesi ölüme bağlı işlemi ifade edecek şekilde; işlem anlamında kullanılmıştır. Bunun için bkz.: DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 50. "Ölüme bağlı tasarruf" kavramının eş anlamlısının "hukuk yaşamımızda ölüme bağlı hukuki işlem" olduğuna ilişkin bkz.: EREN Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 55. TMK'da kullanılan tasarruf kelimesinin "tasarruf işlemi" ve "tasarruf yetkisi" olarak sağlararası işlemlerde kullanılan terimlerden farklı bir anlam taşıdığına ilişkin benzer yönde görüş için bkz.: ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 165. Ölüme bağlı tasarrufların mirasçı atanmasına, belirli bir mal bırakılmasına, son arzuya yönelik işlem yapılmasına dair mirasbırakana ait irade açıklamaları olduğuna ilişkin bkz.: KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 97.

² DURAL / ÖZ, s. 50; ÖZTAN, s. 165. Vasiyetnamenin karşı tarafın kabulüne bağlı olmadan geçerli olan, sadece mirasbırakan tarafından kapsamının tayin edilebildiği ve onun tarafından her zaman dönülebilecek, değiştirilebilecek veya yok edilecek nitelikteki mirasbırakanın tek taraflı hukuki işlemi olduğuna ilişkin görüş için bkz.: İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 56.

³ RG Tarih: 4.12.2007, Sayı: 26728.

⁴ RG Tarih: 17.1.1983, Sayı: 17391.

bir antlaşmanın olup olmadığının tespit edilmesi de önem arz etmektedir⁵. Çalışmamızda öncelikle yabancılık unsuru taşıyan ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 20 / f. 4'te yer alan hüküm incelenecek ve devamında da 1961 Tarihli Sözleşme'ye göre vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuku ilgili Yargıtay kararları ile değerlendireceğiz.

⁵ Örnek olarak Türkiye Cumhuriyeti ve Almanya Devleti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi verilebilir. Bu Sözleşme'deki ilgili hükümlere dair ayrıntılı bilgi için bkz.: EKŞİ, Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 54-55.

I. YABANCILIK UNSURU İÇEREN VASİYETNAME KAVRAMI

A. Türk Hukukunda Vasiyetname Konusuna İlişkin Genel Bilgi

Ölüme bağlı tasarrufları şekli anlamda inceleyecek olursak iki türlü olabileceklerini görmekteyiz. Bunlar vasiyetname (Türk Medeni Kanunu⁶ (TMK) m. 531 vd.) ve miras sözleşmesidir (TMK m. 545)⁷. Vasiyetnameleri “*varması (yöneltilmesi) gerekli olmayan irade beyanı ile yapılan, bir taraflı ölüme bağlı tasarruflar*”⁸ şeklinde tanımlayabiliriz⁹.

⁶ RG Tarih: 8.12.2001, Sayı: 24607.

⁷ Ölüme bağlı tasarruf ifadesi, bu tasarrufların bürünmesi gereken şekli ifade eden şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar ve bu şeklin içeriğinde yer alan hususları, diğer bir ifadeyle tasarrufun konusunu ifade eden maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar olmak üzere iki anlam taşımaktadır. Bunun için bkz.: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, s. 127; DURAL / ÖZ, s. 51, EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 56; BERKİ, Osman Fazıl, Kanuni Miras ve Ölüme Bağlı Tasarruflardan Doğan Kanun İhtilafları, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960, s. 39; İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref /ALBAŞ, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 9. Baskı, Bilge Yayıncılık, İzmir, 2015, s. 161; DOĞAN, Vahit, “Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 1990, s. 200. Ölüme bağlı tasarruflarda şeklin önemi için bkz.: OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 108. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları geniş anlamda ölüme bağlı tasarruf şeklinde de ifade eden görüş için bkz.: EREN, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, Yargıçoğlu Matbaası, 1966, s. 4; İMRE / ERMAN, s. 55. Kişinin son arzularını açıklayacağı şekil veya kalıp, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufu ifade eder. Bkz.: KILIÇOĞLU, s. 98. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakanın son isteklerinin açığa vurulduğu şekli ve bu isteklerin biçimsel kalıplarını, zarflarını ifade ettiğine ilişkin görüş için bkz.: SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 260. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufları “*mirasbırakanın son arzularını ve ölümünden sonra hüküm ifade etmesini istediği emirlerini açıklarken uyması gereken şekil kuralları*” olarak tanımlayan görüş için bkz.: DURAL / ÖZ, s. 61. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar ise şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların içeriğini ifade etmek için kullanılır. Bir anlamda mirasbırakanın ölüme bağlı emirlerini kapsamaktadır. Bunlara örnek olarak: mirasçı atanmasını, vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasını, mirastan çıkarmayı, evlilik dışı çocuğun tanınmasını verebiliriz. Bkz.: DURAL / ÖZ, s. 55-56. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflara ilişkin daha fazla örnek için bkz.: İNAN / ERTAŞ / ALBAŞ, s. 163. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların sınırı yokken, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların sınırlı olduğuna ilişkin bkz.: KILIÇOĞLU, s. 98.

⁸ Tanım için bkz.: DURAL / ÖZ, s. 53.

⁹ “*Vasiyetçinin ölümünden sonra yapılmasını arzu ettiği hususları ihtiva eden şahsa bağlı, şekli ve her zaman rücu edilebilen tek taraflı ölüme bağlı tasarruf muamelesidir*” şeklindeki

Vasiyetname ve miras sözleşmesi olarak belirttiğimiz mirasbırakanın ölümünden sonra yapılmasını istediği işlemlere ilişkin rızasını açıklarken uyması gereken şekil kurallarını ifade eden şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar¹⁰ *numerus clausus* prensibine tabidirler¹¹. Bu sebeple mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufta bulunacağı zaman vasiyetname ve miras sözleşmesinden birini seçmek zorundadır ve özellikle vasiyetnamelerde, seçtiği vasiyetname türüne göre TMK'nın öngörmüş olduğu şekil şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Mirasbırakanın vasiyetname yapabilmesi için öncelikle vasiyetname yapabilme ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bunun için de ayırt etme gücüne sahip olması ve on beş yaşını doldurmuş olması aranmaktadır (TMK m. 502). Vasiyetname türleri ikisi olağan, biri olağanüstü olmak üzere üç tanedir. Olağan vasiyetname türleri resmî vasiyetname (TMK m. 532 vd.) ve el yazılı vasiyetnamedir (MK m. 539). Olağanüstü (istisnai) vasiyetnameler de sözlü vasiyetnamelerdir (TMK m. 539).

vasiyet tanımı için bkz.: EREN, s. 5. Diğer bir tanım olan “*vasiyet, vasiyet edenin varması gerekli olmayan irade beyanını ihtiva eden tek taraflı bir hukuki muamele ile, mamelekinde, tasarruf nisabı dahilinde, ölümünden sonra hüküm ifade etmek üzere, tereke veya muayen bir varis aleyhine bir alacak hakkı ihdas ederek tasarrufta bulunmasıdır*” için bkz.: CİMCOZ, Sina, “Vasiyetten Doğan Kanun İhtilafları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 7-8, 1975, s. 613. “*Vasiyetname tek taraflı varması gerekli olmayan irade beyanını içeren bir hukuki işlemdir*”. Bunun için bkz.: KOCAYUSUFAŞAOĞLU, s. 127. Vasiyetin sadece vasiyetçinin irade beyanından meydana gelen tek taraflı bir tasarruf olduğuna, vasiyetnamenin bir sözleşme olarak düşünülmesinin yanlış olacağına, sözleşmelerde olması gereken iki tarafın iradelerinin birleşmesi unsurunun burada söz konusu olmadığına ilişkin bkz.: BERKİ, Osman Fazıl, “Türk Devletler Hususi Hukukunda Vasiyet”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, 1944, s. 175.

¹⁰ BERKİ, Kanuni Miras ve Ölüme Bağlı Tasarruflardan Doğan Kanun İhtilafları, s. 39; ULUOCAK, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Filiz Kitabevi İstanbul, 1999, s. 141; KILIÇOĞLU, s. 106 vd.; İMRE / ERMAN, s. 55 RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal, Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 17. Şeklin anlamda ölüme bağlı tasarrufların “geniş anlamda ölüme bağlı tasarruflar” olarak da ifade edildiğine ilişkin bkz.: EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 56.

¹¹ İMRE / ERMAN, s. 55; EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 56; SEROZAN /ENGİN, s. 260; RUHİ / RUHİ, s. 17. Mirasbırakanın iradesiyle yaptığı işlemin esasına, içeriğine ilişkin kısmı ifade eden maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarda da *numerus clausus* prensibi geçerlidir. Bunun için bkz.: DURAL / ÖZ, s. 56. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflarda bir sınırlama olmadığına ilişkin görüş için bkz.: RUHİ / RUHİ, s. 17.

Kısaca ifade edecek olursak resmî vasiyetnamelerin¹² iki tanığın katılımı ile resmî memur tarafından düzenlenmesi gerekir. Kanun, resmî memurun sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki tanınmış başka bir görevli¹³ olabileceğine hükmetmiştir (TMK m. 532). Resmî vasiyetnameler iki şekilde düzenlenebilir. Kişi okuma yazma biliyorsa, okuma yazma bilenler için normal şekilde yapılabilir (TMK m. 533- 534). Bu kapsamda mirasbırakan, isteklerini resmî memura bildirir. Memur vasiyetnameyi mirasbırakanın istekleri doğrultusunda yazar ve okuması için mirasbırakana verir. Bu vasiyetname mirasbırakan ve memur tarafından tarih konularak imzalanır (TMK m. 533). Sonrasında mirasbırakan, vasiyetnameyi okuduğunu ve bunun son isteklerini içerdiğini memurun huzurunda iki tanığa beyan eder (TMK m. 534). Okuma yazma bilmeyen ya da bu iktidardan yoksun kimseler için ise Kanun'da ayrı bir resmî vasiyetname türü düzenlenmiştir. Vasiyetnameyi bizzat okuyamayan veya imzalayamayan bu kişiler için memur vasiyetnameyi iki tanığın önünde ona okur. Mirasbırakan da bunun üzerine vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan eder. Tanıklar ise hem mirasbırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve onu tasarrufa ehil gördüklerini; hem vasiyetnamenin kendi önlerinde memur tarafından mirasbırakana okunduğunu ve onun vasiyetnamenin son arzularını içerdiğini beyan ettiğini vasiyetnamede belirterek imzalarını atarlar (TMK m. 535).

El yazılı vasiyetname¹⁴ ise yapıldığı tarih gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olmalıdır.

¹² Resmî vasiyetnamelerin resmî senedin bütün niteliklerini taşıdığı için ispat bakımından el yazılı vasiyetnamelerden daha kuvvetli delil sağladığına, resmî memurun vasiyetnamede belirsiz olan yerlere ilişkin sorular sorarak vasiyetnamenin daha açık ve anlaşılır hale gelmesine yol açtığına, okuma yazma bilmeyenlerin vasiyetname yapmalarına imkan sağladığına ilişkin bkz.: İMRE / ERMAN, s. 81.

¹³ Yabancı ülkelerdeki Türk konsolosluklarının yetkili resmî memur olarak resmî vasiyetname düzenleme yetkisine sahip olduğuna ilişkin bkz.: OĞUZMAN, s. 110; DURAL / ÖZ, s. 62.

¹⁴ El yazılı vasiyetnamenin, yapılmasındaki kolaylık, gizlilik ve masrafsızlığı gibi faydalarının yanında; kolayca yok edilebilmesi, kesin ve anlaşılır olmama ihtimali, devamlı değiştirilmeye ve yok olmaya açık durumda olması, mirasbırakanın kolayca etki altında kalabilmesi, vasiyetname ve vasiyetname tasarisının birbirinden ayrılabilmesi konusunda güçlüklerin doğabilmesi gibi sakıncaları da olduğuna ilişkin bkz.: İMRE / ERMAN, s. 71, DURAL / ÖZ, s. 79-80, OĞUZMAN, s. 117.

El yazılı vasiyetname notere, saklanmak üzere sulh hâkimine veya yetkili memura açık veya kapalı olarak bırakılabilir (TMK m. 538).

İstisnai bir ölüme bağlı tasarruf şekli olan sözlü vasiyetname ancak belirli şartların gerçekleşmiş olması ve mirasbırakanın resmî veya el yazılı vasiyetname yapabilme imkânının bulunmadığı hallerde mümkün olabilir. Bu şartlar: Mirasbırakanın, yakın ölüm tehlikesi olması, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamaması halleridir. Bu gibi koşulların varlığı halinde mirasbırakan son isteklerini iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler (TMK m. 539/ f. 1 ve f. 2). Bu tanıklardan biri, kendilerine beyan edilen son istekleri, yer, yıl, ay ve günü de belirterek hemen yazar, bu belgeyi imzalar ve diğer tanığa imzalatır. Vakit kaybetmeden yazılan belgeyi ikisi birlikte bir sulh veya asliye mahkemesine verirler ve mirasbırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerine, onun son isteklerini olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığına dair hâkime beyanda bulunurlar. Ayrıca tanıklar, daha önce bir belge düzenlemek yerine, hemen mahkemeye başvurup mirasbırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini, onun son isteklerini olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığını beyan ederek mirasbırakanın son isteklerini bir tutanağa geçirtebilirler (TMK m. 540 / f. 1 ve f. 2).

B. Yabancılık Unsuru İçeren Vasiyetnameler

Belirli bir olay veya ilişkinin yabancı bir veya birden çok hukuk sistemiyle bağlantılı olması halinde yabancılık unsurunun varlığından söz edebiliriz¹⁵. Yabancılık unsuru içeren olay ve ilişkilere hangi hukuk kuramının uygulanacağı bir problem oluşturur. Milletlerarası özel hukukunun

¹⁵ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 23. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2021, s. 5. Benzer yönde tanım için bkz.: ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 8. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2020, s. 5; AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 4-5. Yabancılık unsuruna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2021, s. 7 vd.; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 6 vd.; EKŞİ, Nurray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Cilt: 12, Sayı: 1-2, 1992, s. 3; NOMER, s. 5; TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul,

doğumunun ana sebebi de her hukuk sisteminin diğer hukuk sistemlerinden farklı bir hukuk yapısına sahip olmasıdır.¹⁶ Dolayısıyla yabancılık unsuru taşıyan vasiyetnameler de milletlerarası özel hukukun alanına girmektedir.¹⁷

Vasiyetnameler için yabancılık unsuru, vasiyetnameyi yapanın şahsından, tasarruf konusu terekenin bulunduğu yerden veya vasiyetnamenin yapıldığı yerden kaynaklanabilir. Hâkim önüne gelen uyumsuzlukta yer alan vasiyetnamenin yabancılık unsuruna sahip olduğunun tespitini yaptıktan sonra kendi (*lex fori*) kanunlar ihtilafı kurallarına göre bu vasiyetnamenin şekline hangi hukukun uygulanacağını belirler. Aşağıda yabancılık unsuru taşıyan vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun Türk kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında değerlendirilmesi yapılacaktır.

II. VASİYETNAMENİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Bilgi

Yabancılık unsuru taşıyan vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuku belirlemeden önce hâkim, öncelikle hangi hususların şekle hangi hususların ehliyete hangilerinin de esasa ait olduğu konusunda bir vasıflandırma yapacaktır. Bizim de katılmış olduğumuz görüş doğrultusunda bu noktada vasıflandırma yaparken milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti esas alınarak ve her olayın özelliğine göre vasıflandırmaya ilişkin mevcut teoriler değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi uygun olacaktır¹⁸. Kanaatimizce ölüme bağlı tasarrufların yazılı, resmî veya sözlü olarak yapıpı yapılamayacağı¹⁹; bunlar yapılırken tanık mecburiyetinin olup olmadığı ve varsa tanıklar açısından aranan koşulların neler olduğu, imza

2020, s. 14. MÖHUK m. 1/ f. 1'de yer alan yabancılık unsuru içirme koşuluna ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: HACI, Can/ TUNA, Ekin, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 41 vd.

¹⁶ NOMER, s. 5.

¹⁷ ÇELİKEL / ERDEM, s. 9.

¹⁸ Bu görüş için bkz.: BARAN ÇELİK, s. 86.

¹⁹ Vasiyetnamelerin sözlü olarak yapıpı yapılamayacağına ve adi yazılı şekle mi yoksa resmî yazılı şekle mi uygun yapılması gerektiğine ilişkin konuları şekle ilişkin olarak vasıflandıran görüşler için bkz.: BERKİ, "Türk Devletler Hususi Hukukunda Vasiyet", s. 188; EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 50; BARAN ÇELİK, s. 140; ÇELİKEL / ERDEM, s. 356; NOMER, s. 301. Bir vasiyetnamenin

şartının aranıp aranmayacağı gibi hususlar ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin hususlar²⁰ olarak örneklendirilebilir.

Yabancılık unsuru taşıyan vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun tespitinde vasiyetnameyi düzenleyecek kişinin vatandaşlığı bir önem taşımamaktadır. Ancak vasiyetnamede belirtilen kişilerin mirasçı olabilmesi için vasiyetnamenin ehliyet, şekil ve esas yönünde geçerli olması gerekmektedir.

Vasiyetname yapma ehliyeti MÖHUK m. 20/ f. 5 uyarınca tasarrufu yapanın milli hukukuna tabidir. Vasiyetnamenin maddi geçerliliği MÖHUK m. 20/ f. 1'e göre diğer bir ifadeyle *lex successionis*'e göre tespit edilecektir.

Türk hukukunda yabancılık unsuru taşıyan ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukukun tespiti konusunda taşınır miras veya taşınmaz miras ayrımı yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun tespiti yapılırken mirasın taşınır veya taşınmaz olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuk hem MÖHUK m. 20/ f. 4'te, hem Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Sözleşme'de düzenlenmiştir. MÖHUK m. 1 / f. 2 uyarınca Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır. Dolayısıyla yabancılık unsuru içeren vasiyetnamelerin şekline öncelikli olarak 1961 Tarihli Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerekmektedir. Aşağıda yabancılık unsuru içeren vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK'ta yer alan ve 1961 Tarihli Sözleşme'de düzenlenmiş olan kanunlar ihtilafı kuralları incelenecektir.

hangi türde yapılabileceğini esasa ilişkin vasıflandıran görüş için bkz.: SÜZEN, Begüm, Milletlerarası Özel Hukukta Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 286.

²⁰ Aynı yönde bkz.: BARAN ÇELİK, s. 140.

B. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Vasiyetnamelerin Şekline Uygulanacak Hukuk

Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Sözleşme'nin Türkiye'nin koyduğu çekinceler kapsamında kendi uygulama alanına giren vasiyetnamelerin şekli bakımından yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla MÖHUK m. 20 / f. 4, mirasbırakanın Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce öldüğü hallerdeki vasiyetnamelerin şeklinde (Sözleşme m. 8²¹), Türkiye'nin çekince koyduğu hallerde ve Sözleşme'nin kapsamı dışında kalan ölüme bağlı tasarruflar diğer bir ifadeye miras sözleşmeleri için uygulama alanı bulacaktır²².

Ölüme bağlı tasarrufların şekli²³ MÖHUK m. 20 / f. 4'te birbirine alternatif olmak üzere üç ayrı kurala tabi tutulmuştur. Ölüme bağlı tasarrufun bunlardan birine göre geçerli olması yeterli sayılmıştır. Amaç mirasbırakanın son isteklerinin sonucu olan işlemin geçerliliğinin bir şekilde sağlanmasıdır.

²¹ 1961 Tarihli Sözleşme m. 8: "İşbu Sözleşme, vasiyetçinin Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra öldüğü bütün hallerde uygulanır." Sözleşme m. 13'te : "Her Âkit Devlet, Sekizinci Maddeye aykırı olarak, işbu Sözleşmeyi sadece yürürlüğe girmesinden sonra tesis edilmiş olan vasiyet tasarruflarına uygulama hakkını saklı tutabilir" şeklinde bir çekince imkânı getirilmiş olmakla birlikte Türkiye bu konuda bir çekince koymamıştır. 21.10.1892 tarihinde ölmüş olan vasiyetçi A.F.E.'nin vasiyetnamesinin şekline 1961 Tarihli Sözleşme'nin uygulanmasının Sözleşme m. 8'e aykırılık teşkil edeceğine ilişkin verilmiş olan Yargıtay kararı için bkz.: Y. 2 HD T: 13.3.2006, E: 2006/131, K: 2006/3253 (RUHİ, Ahmet Cemal: 27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Gerekçeli- Açıklamalı- Yargıtay İctihatlı), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 183).

²² ÇELİKEL / ERDEM, s. 358; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 252; TEKİNALP, s. 246.

²³ Yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuka dair tarihsel gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: DOĞANGÜN, Temel, Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 62 vd. Ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kurallarının tarihsel süreci hakkında bilgi için bkz.: BARAN ÇELİK, Neşe, Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 141 vd.; KÜPE, Bahar, Milletlerarası Özel Hukukta Şekil, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 141.

Vasiyetnamelerin sözlü olarak yapılıp yapılamayacağına ve adi yazılı şekle mi yoksa resmî yazılı şekle mi uygun yapılması gerektiğine ilişkin konulara uygulanacak hukuk MÖHUK m. 20 / f. 4'e göre belirlenecektir. MÖHUK m. 20 / f. 4'e göre "Ölüme bağlı tasarrufların şekline 7 inci madde hükmü uygulanır. Ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir". MÖHUK m. 7 hukuki işlemlerde şekle uygulanacak genel kanunlar ihtilafı kuralını düzenleyen bir maddedir. Bu maddede yer alan hükme göre hukuki işlemler eğer yapıldıkları ülke hukukuna (LRA)²⁴ veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (*lex causae*)²⁵ maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılmışlarsa geçerli kabul edilir. Hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukuk MÖHUK m.20/ f. 1 uyarınca tespit edilecektir. Bu bağ-

²⁴ Yabancılik unsuru taşıyan hukuki işlemlerin şeklinin taraflarca işlemin yapıldığı yer hukuku şekil kurallarına göre yapılabilmesi *locus regit actum* ilkesi ile ifade edilir. Kısaca LRA olarak belirtilen ilkenin bağlama kuralı "*lex loci actus*" olarak deyimlenmiş olan "işlem yeri hukuku"dur. Bkz.: DOĞANGÜN, s. 59. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 24.10.1985 tarihinde: "*Dava Yurtdışında Türk vatandaşı tarafından düzenlenen vasiyetnamenin iptaline ilişkin olup, Medeni Kanununun 485. maddesinin unsurlarını taşımadığından dava konusu vasiyetnamenin iptaline karar verilmiştir. Oysaki davada vasiyetnamenin düzenlendiği yerin mahalli hukuka göre, yapıldığı ve hukuka uygun olduğu savunulmuştur. Gerçekten 2675 sayılı milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku hakkındaki Kanun'un 6. maddesi hükmüne göre "Hukuki işlemler, yapıldıkları yer hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak" yapılır. Aynı Kanun'un 22/4. Maddesinde de hüküm tekrar edilmiştir. Diğer taraftan sözü geçen Kanun'un 2. maddesi uyarınca Hâkimin yetkili yabancı hukuku resen uygulaması ve incelemesi gerekir. Bu konuda yeterli araştırma yapılmadan ve ilgili yabancı mevzuat hükümleri yetkili mercilerden sorulup getirilmeden noksan incelemeye dayalı olarak yalnızca milli hukuk uygulanmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi yanlıştır*" şeklinde karar vermek suretiyle vasiyetnamenin düzenlendiği yer hukukuna göre geçerli olup olmadığını araştırmadan verilmiş olan yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bkz.: Y. 2 HD. T: 24.10.1985, E: 1985/ 7365, K: 1985/ 8581 (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde başka bir Yargıtay kararı için bkz.: Y. 2. HD, T: 23.11.1990, E: 1990/ 4236, K: 1990/ 11548 (Yasa Hukuk Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 2, Şubat 1991, s. 203-204).

²⁵ Yabancılik unsuru içeren hukuki işlemlere uygulanan hukuka ilişkin bağlama kuralı olan "işlem yeri hukuku" diğer bir ifadeyle LRA ilkesi milletlerarası alanda ihtiyaçlara yeterince cevap veremediği için bu ilkeye alternatif olarak kabul olunmuş olan işlemin esasına uygulanacak hukuk, "*lex causae*" olarak da ifade edilmektedir. *Lex causae* LRA'dan farklı olarak her somut ilişki açısından farklı bir hukuk düzenine yönlendirir. Bunun için bkz.: DOĞANGÜN, s. 61-62.

lamda mirasbırakanın taşınır ve yurt dışındaki taşınmaz terekesi açısından bu hukuk, miras bırakanın milli hukukudur²⁶. Türkiye'deki taşınmaz tereke açısından ise bu hukuk, Türk hukukudur.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 20 / f. 4'te kanun koyucu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuka ilişkin genel kuraldan ayrılmamış hatta genişleterek bir ilave yapmıştır²⁷. Buna göre ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan vasiyetnameler de geçerli kabul edilmiştir²⁸. MÖHUK m. 20/ f. 4'te yer alan üç bağlama kuralı birbirine alternatif oluşturacak şekilde düzenlenmiştir. MÖHUK m. 20/ f. 4'te yer alan ilave bağlama kuralı *lex causae*'nin ölenin milli hukukundan farklı bir hukuk sistemi olması halinde önem kazanmaktadır.

²⁶ MÖHUK'da yer alan hükümler uyarınca uygulanacak hukukun vatandaşlık esasına göre belirlendiği durumlarda, aksi Kanun'da öngörülmedikçe, vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku esas alınacaktır. Kişinin birden fazla vatandaşlığı varsa ve bu vatandaşlıklardan biri Türk vatandaşlığı ise Türk hukuku; kişinin birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, bu vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olmaması halinde ise daha sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devlet hukuku, milli hukukun tespitinde esas alınacaktır (MÖHUK m. 4).

²⁷ Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile yetkili tayin ettiği hukukun ölüme bağlı tasarrufun şekline de uygulanmasının yerinde olacağına; bunun ölüme bağlı tasarrufun şeklinin bazı tesadüfler sonucu tabi olacağı hukuka nazaran daha kesinlik, öngörülebilirlik ve hakkaniyet sağlayacağına; bu bağlamda ölüme bağlı tasarrufun şekli için sübjektif yönleme başvurusunun mümkün olmasının daha doğru olacağına ilişkin görüş için bkz.: BARAN ÇELİK, s. 151.

²⁸ Şekil statüsünün dışında vasiyetçinin milli hukukunun da vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuk olarak düzenlenmesinin "*favor testamenti*" ilkesinin bir sonucu olduğuna; böylece vasiyetnamenin olabildiğince şekli açıdan geçerliliğinin sağlanmasının amaçlandığına ilişkin bkz.: ULUOCAK, s. 143. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 6.11.2008 tarihinde "...Vasiyetnameye konu 855 ada 18 parsel nolu taşınmaz maliki Viktoria ile kızı ve vasiyetname düzenleyen Françeska Borg (Vorj) İngiliz vatandaşıdır. Ölenin milli hukukuna uygun düzenlenen ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir. O halde mahkemece vasiyetçinin milli hukukunun muhtevasının araştırılması, bu hususta, tarafların yardımının istenmesi (5718 s. K. m. 2/1), gerektiğinde Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılarak, vasiyetçinin milli hukukunun muhtevasının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..." yönünde karar vermiştir. Karar için bkz.: Y. 2. HD, T: 6.11.2008, E: 2008/ 13740, K: 2008/14696 (Kazancı İçtihat Bankası)

Örnekle açıklamak gerekirse²⁹ bir Alman vatandaşı Türkiye'deki taşınmazına ilişkin Macaristan'da bir vasiyetname düzenlemişse MÖHUK m. 20/ f. 4 uyarınca bu vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuklar birbirine alternatif olarak MÖHUK m. 7'ye göre *lex causae* olarak MÖHUK m. 20/f. 1 uyarınca Türk hukuku, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı yer olan Macaristan hukuku, MÖHUK m. 20/ f. 4'te düzenlenen ilave bağlama kuralına göre de ölenin milli hukuku olan Alman hukukudur. Diğer bir ifadeyle örnekte yer alan vasiyetname Türk, Macar veya Alman hukukuna uygun olarak düzenlenmişse MÖHUK m. 20/ f. 4 uyarınca şeklen geçerli bir vasiyetname olarak kabul edilecektir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara konu uyuşmazlıkta mirasbırakan Türk vatandaşıdır ve davaya konu vasiyetnameyi Pinneberg Noterliği'nde düzenlemiştir. Yargıtay, ilk derece mahkemesi tarafından davacıların vasiyetnamenin şeklen geçersizliği yönündeki iddiaları değerlendirilirken MÖHUK m. 20/ f. 4'ün ve buna bağlı olarak da MÖHUK m. 7'nin dikkate alınmamasını ve bu yönden eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmesini doğru görmeyerek bozma kararı vermiştir³⁰. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi benzer bir kararında miras bırakanın Almanya'da ikamet ettiğini, vasiyetnamenin Almanya Nördlingen Noteri huzurunda düzenlendiğini vurgulayarak ilk derece mahkemesinin

²⁹ Başka bir örnek: Hollanda vatandaşının Türkiye'de yaptığı vasiyetname söz konusuysa vasiyetname Türk hukukunun aradığı şekil şartlarını taşıyorsa, kişinin milli hukuku olan Hollanda hukukuna uygun olarak yapıldıysa veya esasa uygulanacak hukukun şekil şartlarını taşıyorsa geçerli olacaktır. Bu örnek için bkz.: GÜVEN, Pelin, "Yabancıların Vasiyetname Yapma Ehliyetine, Vasiyetin Şekline ve Esasına Uygulanacak Hukuk ile Bu Kapsamda Yabancı Gerçek Kişilerin Miras Hakkı", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 2006, s. 344. Benzer yönde örnek için bkz.: NOMER, s. 302; EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 51. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, vasiyetnameye konu taşınmazın maliki ve vasiyetnameyi düzenleyen kişinin İngiliz vatandaşı olması sebebiyle, *lex causae* olarak tespit edilen İngiliz hukukunun hükümlerinin mahkeme tarafından araştırılması ve bu kapsamda ihtiyaç halinde tarafların yardımının istenmesinin ve Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden istifade edilmesinin gerektiğine karar vererek ilk derece mahkemesinin verdiği hükmü bozmuştur. Y. 2. HD, T: 06.11.2008, E: 2008/13740, K: 2008/14696 (Lexpera İçtihat Bankası)

³⁰ Y. 3. HD, T: 03.02.2014, E: 2013/17015, K: 2014/1384 (Lexpera İçtihat Bankası).

MÖHUK m. 20/ f. 4 ve MÖHUK m. 7 uyarınca ilgili incelemeyi yapmazsınız, vasiyetnamenin Türk hukukuna aykırı olduğu yönünde vermiş olduğu kararı bozmuştur³¹. Oysa MÖHUK m. 20 / f. 4'te yer alan hükme göre ölüme bağlı tasarrufun şekline, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı yer hukuku veya işlemin esasına uygulanan hukuk ya da ölenin milli hukuku uygulanacaktır. Ölüme bağlı tasarrufun bu hukuklardan birine göre geçerli şekilde yapılması, şekli geçerliliğinin sağlanması açısından yeterlidir.

Vasiyetnamede kullanılmış olan kavramlar, doktrinde bizim de kullandığımız görüşe göre, ilgili oldukları hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka göre yorumlanacaktır³². Örneğin "*mirasımı eşime bırakıyorum*" gibi bir vasiyetname hükmündeki "eş" kavramı evliliğe uygulanacak hukuka göre ya da "*mirasımı çocuğuma bırakıyorum*" ifadesinde yer alan "çocuk" kavramı soy bağına uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir. Zira kişi birden fazla kez veya birden fazla kişiyle evlenmiş olabileceği gibi evlilik dışı çocuğu ya da birden fazla çocuğu olabilir³³. Vasiyetnamede yer alan kavramların yorumlanması bu açıdan önem taşımaktadır. Avrupa Birliği Miras Tüzüğü³⁴ m. 1/ f. 2 / a uyarınca gerçek kişilerin statüsünün yanı sıra aile ilişkileri ve bu tür ilişkilerle karşılaştırılabilir etkilere sahip olduğu kabul edilen ilişkiler Tüzük kapsamı dışında tutulmuştur. Bu bağlamda bu aile ilişkileri kapsamında "eş" veya "çocuk" gibi kavramların yorumlanması hâkimin hukukunun ilgili aile ilişkisine uygulanacak hukuk olarak tayin ettiği milli hukuk sistemine göre belirlenecektir.

³¹ Y. 3. HD, T: 24.12.2014, E: 2014/17844, K: 2014/17199 (Lexpera İçtihat Bankası).

³² EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Miras Hukuku, s. 64.

³³ EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Miras Hukuku, s. 64-65.

³⁴ "Regulation (EU) No. 650/2012 of The European Parliament and of The Council (04.04.2012)" çalışmamızda kısaca "Avrupa Birliği Miras Tüzüğü" olarak ifade edilecektir.

C. 1961 Tarihli Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki La Haye Sözleşmesi'ne Göre Vasiyetnamelerin Şekline Uygulanacak Hukuk

a. Genel Bilgi

1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi hem pek çok devlet tarafından onaylandı³⁵ hem yeknesak kanun (*loi uniform*)³⁶ niteliğinde olduğu için çok geniş bir uygulama alanına sahiptir³⁷. Bu açıdan Sözleşme, vasiyetnameyi düzenleyen kişi taraf devletlerden birinin vatandaşı olmasa veya Sözleşme'ye göre tespit edilecek hukuk Sözleşme'ye taraf olmayan bir devletin hukuku olsa dahi karşılıklılık aranmaksızın uygulanacaktır (Sözleşme m. 6).

Sözleşme'nin üç temel ilke içerdiği söylenebilir. Bunlar: *favor testamenti*, bütün tereke açısından taşınır- taşınmaz ayrımı yapılmaksızın aynı şekil şartlarının uygulamasının kabul edilmiş olması ve taraf devletlerin Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının aynı şekilde uygulamaları sağlanarak mahkeme kararları açısından yeknesaklığın sağlanmasının amaçlanmasıdır³⁸. Sözleşme sadece vasiyetnamelerin şekline hangi

³⁵ Almanya, Antigua ve Barbuda, Arnavutluk, Avustralya, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Botsvana, Bosna Hersek, Brunei, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Fiji, Finlandiya, Fransa, Grenada, Güney Afrika, Hırvatistan, Hollanda İrlanda, Japonya, İsrail, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, Lesotho, Lüksemburg, Mauritius, Moldova, Montenegro, Norveç, Polonya, Sırbistan, Slovenya, , Makedonya, Svaziland, Tonga, Türkiye, Ukrayna, Yunanistan'da Sözleşme yürürlüktedir. Bkz.: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=40> (28.02.2022 tarihi itibarıyla).

³⁶ Sözleşme m. 6: "*İşbu Sözleşmeyle tesis edilen çatışma kurallarının uygulaması, herhangi bir karşılıklılık koşuluna bağlı değildir. İlgili kişilerin uyrukluğu veya yukarıdaki maddeler gereğince uygulanacak hukuk bir Âkit Devletin uyrukluğu ve hukuku olmasa dahi sözleşme uygulanacaktır.*"

³⁷ Ayrıca Türkiye 1975 yılında Vasiyetnamelerin Tescili Konusunda Bir Usul Kurulmasına İlişkin Sözleşme'yi onaylamıştır. Bu Sözleşme'nin amacı vasiyetnamelerin bulunmaması, kaybolmaları veya geç bulunmaları ihtimallerini azaltacak ve vasiyetçilerin ölümlerinden sonra da vasiyetlerinin kaydedilmesine imkân sağlayacak bir tescil sistemi kurulmasıdır. Bu kapsamda taraf devletlerden her biri bir milli organ kurarak bunu Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirecektir. Türkiye açısından bu milli organ Türkiye Noterler Birliği'dir. Bunun için bkz.: ÇELİKEL / ERDEM, s. 358.

³⁸ Bkz.: EKŞİ, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 56.

ülke hukukunun uygulanacağını belirlemektedir. Dolayısıyla mirasa ilişkin davanın esasına uygulanacak hukuk konusunda veya vasiyetname düzenleme ehliyetine uygulanacak hukuk³⁹ konusunda Türk mahkemesi hâkimi tarafından 1961 tarihli Sözleşme değil MÖHUK'un ilgili hükümlerine göre tespit yapılması gerekmektedir.

1961 Tarihli Sözleşme Türkiye'de 22.10.1983 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴⁰. Sözleşme m. 8 uyarınca Sözleşme hükümleri mirasbırakanın Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra öldüğü bütün hallerde uygulanacaktır. Sözleşme m. 13'te : *"Her Âkit Devlet, Sekizinci Maddeye aykırı olarak, işbu Sözleşmeyi sadece yürürlüğe girmesinden sonra tesis edilmiş olan vasiyet tasarruflarına uygulama hakkını saklı tutabilir"* şeklinde bir çekince imkânı getirilmiş olmakla birlikte Türkiye bu konuda bir çekince koymadığı için 22.10.1983'ten önce yapılan vasiyetnameler de Sözleşme hükümlerine tabidir.

b. Kapsamı

1961 Tarihli Sözleşme'nin 5. maddesi nelerin şekil kapsamında kabul edileceği ve uygulanacak hukukun Sözleşme'deki bağlama kurallarına göre nasıl tespit edileceği konusunu netleştirmiştir. Hükme göre Sözleşme'nin amaçları yönünden vasiyetnamelerin kabul edilmiş biçimlerini sınırlayan ve vasiyetçinin yaşına, vatandaşlığına ve diğer kişisel niteliklerine ilişkin hükümler şekle dâhil sayılır. MÖHUK m. 1/ f. 2 uyarınca milletlerarası antlaşma hükümleri öncelikli olarak uygulanacağı için vasiyetçinin yaşı, vatandaşlığı ve kişisel niteliklerine ilişkin aranan şartlar şekle ilişkin kabul edilecek ve uygulanacak hukuk Sözleşme'deki bağlama kurallarına göre tespit edilecektir.

³⁹ Bunun istisnası 1961 Tarihli Sözleşme'nin 5. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede nelerin şekil kapsamında kabul edileceği ve uygulanacak hukukun Sözleşme'deki bağlama kurallarına göre nasıl tespit edileceği konusu düzenlenmiştir. Hükme göre Sözleşme'nin amaçları yönünden vasiyetnamelerin kabul edilmiş biçimlerini sınırlayan ve vasiyetçinin yaşına, vatandaşlığına ve diğer kişisel niteliklerine ilişkin hükümler şekle dâhil sayılır ve uygulanacak hukuk 1961 Tarihli Sözleşme'deki bağlama kurallarına göre tespit edilir.

⁴⁰ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=40> (Erişim tarihi: 22.02.2022)

Bir vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için tanıklarda aranan nitelikler de aynı şekilde şekle dâhil, diğer bir ifadeyle biçime dâhil sayılmaktadır (Sözleşme m. 5)⁴¹. Dolayısıyla bu hususlarda da uygulanacak hukukun tespiti aşağıda ayrıntılı değineceğimiz 1961 Tarihli Sözleşme’de yer alan bağlama kurallarına göre yapılacaktır, Sözleşme’de bu hükme yer verilerek farklı devlet mahkemelerinde bağlama konusunun farklı vasıflandırılmasının önüne geçilmiştir. Aynı düzenleme Avrupa Birliği Miras Tüzüğü m. 27/ f. 3’te de yer almaktadır.

c. Sözleşme’de Yer Alan Bağlama Kuralları

1961 Tarihli Sözleşme vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuk olarak sekiz adet bağlama kuralına göre tespit edilecek hukuku birbirine alternatif olacak şekilde kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle Sözleşme’de yer alan sekiz bağlama kuralına göre tespit edilecek devlet hukuklarından birine göre geçerli olan vasiyetname şeklen geçerli bir vasiyetnamedir. Aşağıda belirtilen sekiz bağlama kuralı daha önce yapılmış bir vasiyet tasarrufunun geri alınmasına ilişkin tasarruflara da uygulanacaktır (Sözleşme m. 2/ f. 1). Sözleşme m. 1’e göre:

- a) Vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı yer maddi hukukuna uygunsu⁴²,
- b) Vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı anda veya ölümü anında vatandaşı bulunduğu Devlet’in maddi hukukuna uygunsu,

⁴¹ 1961 Tarihli Sözleşme’de belirtilmiş olan bu hususun vasiyetname düzenleme ehliyetine dair olmadığına; vasiyetname düzenleme ehliyetine uygulanacak hukukun yine MÖHUK m. 20/ f. 5 uyarınca tespit edileceğine, Sözleşme m. 5’te düzenlenen ifadenin vasiyetnamenin şekline uygulanmak üzere tespit edilmiş olan hukuk eğer belirli özel vasiyetname türleri için bazı şartlar arıyorsa bunların şekle ilişkin sayılmalarına ve vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuka tabi kılınmasına ilişkin olduğuna; bu sebeple de Sözleşme m. 5’in ölenin milli hukukunda düzenlenen ehliyeteye ilişkin şartları hafifletmeyeceğine ilişkin görüş için bkz.: ŞANLI/ESEN/ATAMAN FİGANMEŞE, s. 255.

⁴² Doktrinde bu bağlama kuralı açısından “vasiyet tasarrufunun yapıldığı an” veya “ölümü anında” gibi bir belirleme yapılmadığı ve bu sessizliği dava anı lehinde bir tercih olarak yorumlanabileceği ifade edilmiştir. Bkz.: GÜNGÖR, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku- Kanunlar İhtilafı Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 123. Ancak kanaatimizce bu yönde bir düzenlemenin yer almamasının sebebi vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı yerin vasiyet tasarrufunun yapıldığı an olmasının zorunlu olmasından kaynaklanmaktadır.

c) Vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı veya ölümü anında ikametgâhının bulunduğu yer maddi hukukuna uygunsu,

d) Vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı veya ölümü anında mutad meskeninin bulunduğu yer maddi hukukuna uygunsu,

e) Taşınmazlar söz konusu olduğu takdirde, bu malların bulunduğu yer maddi hukukuna uygunsu vasiyetname şeklen geçerlidir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz sekiz birbirine alternatif olan kuralın konulmasında ve Sözleşme'nin karşılıklılık aranmadan uygulanmasında amaçlanan, vasiyetname düzenleyen kişinin iradesinin bir şekilde ayakta tutulmasının sağlanması; diğer bir ifadeyle vasiyetnamenin geçerli olabilmesi ihtimallerinin artırılmasıdır.

Sözleşme, milli hukukun birleştirilmiş bir sistemden oluşması halinde bu sistemde yürürlükte olan kuralların uygulanmasını; aksi halde mirasbırakanın bu sistemi oluşturan mevzuattan hangisi ile daha sıkı ilişkisi söz konusuysa bunun uygulanmasını düzenlediğini belirtmiştir (m. 1/ f. 2). Bu açıdan MÖHUK m. 2/ f. 5'te yer alan düzenlemeyle⁴³ bir paralellik söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.

Sözleşme m. 1'de belirtilmiş olan bağlama kurallarına göre tespit edilen hukukun uygulanması ancak bunun kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebilecektir (Sözleşme m. 7). Ayrıca her Âkit Devlet, Sözleşme m. 11 uyarınca aşağıda belirtmiş olduğumuz şartların tümünün gerçekleşmesi hâlinde yabancı devlette yapılmış vasiyet tasarruflarının bazı şekillerini kendi hukukunun ilgili hükümleri gereğince tanıma hakkını saklı tutabilir. Bu şartlar Sözleşme'de;

"a) vasiyet tasarrufu şekil bakımından, sadece, vasiyetçinin tasarrufta bulunduğu yer nedeniyle yetkili hukuka göre geçerli ise,

b) vasiyetçi, bu hakkı saklı tutan Devlet'in vatandaşı ise,

c) vasiyetçinin ikametgâhı veya mutad meskeni bu Devlet'te ise,

⁴³ MÖHUK m. 2/ f. 5: "Hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu hâlinde ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır".

d) *vasiyetçi tasarrufu yaptığı Devlet'ten başka bir Devlet'te ölmüş ise*" şeklinde belirtilmiştir. İlgili hükümde bu ihtirazı kaydın, sadece tanıma hakkını saklı tutan devlette bulunan mallar için hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir.

Sözleşme'nin 3. maddesine göre Sözleşme'de yer alan sekiz bağlama kuralına göre tespit edilen hukuktan başka bir hukukun şekil kuralına uygun olarak tesis edilmiş vasiyetnameleri tanıyan taraf devletlerin mevcut ve gelecekteki kuralları bu Sözleşme'den etkilenmez. Burada yine amaçlananın vasiyeti düzenleyenin iradesini ayakta tutmak olduğu görülmektedir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 29.03.2011 tarihinde vermiş olduğu karara esas olayda mirasbırakan tedavi için gittiği Amerika Birleşik Devletleri'nin Maryland Eyaleti'nde 05.05.2005 tarihinde vefat etmiştir ve 26.03.1993 tarihli vasiyetname ile tüm malvarlığını davalıya bırakmıştır. Davacı vasiyetnamedeki imzanın murise ait olup olmadığına bilinmediğini; murise ait olması halinde ise davalının rahatsızlığı nedeniyle, onun çılgınca davranışlarından, baskı ve tehditlerinden kurtulmak için yapılmış olabileceğini; murisin İngilizce okuma yazmasının olmadığını, ibraz edilen vasiyetnamenin TMK'da yazılı vasiyetname şartlarından hiçbirini taşımadığını ileri sürerek; vasiyetname olarak ibraz olunan vesaikin iptaline, olmadığına tenkisine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili ise cevap dilekçesinde; vasiyetnamedeki imzanın murise ait olduğunu; baskı ve tehdit ile düzenlendiği iddiasının yerinde olmadığını; vasiyetnamenin, yapıldığı yer olan Maryland eyaletinin aradığı şekil şartlarına uygun olarak düzenlendiğini savunarak; davanın reddini istemiştir. Mahkeme ise davanın kabulü ile vasiyetnamenin iptaline karar vermiştir. Yargıtay, Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukukunun uygulanacağını belirterek ve miras bırakılan mallar içerisinde Türkiye'deki taşınmaz malların da olduğunu gerekçe göstererek taşınmaz mal vasiyetinin geçerli olması için vasiyetnamenin Türk hukuk sistemindeki usul ile yapılmış olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu açıdan da TMK'nın 532 ve takip eden maddelerine göre; resmî vasiyetnamenin, iki tanık huzurunda resmi memur tarafından düzenleneceğini ve dava konusu vasiyetnamenin bu şekle uygun düzenlenmemiş olduğunu belirtmiş; şekil şartlarına uygun olmayan vasiyetnamenin iptalinin gerektiğini

vurgulayarak, yerel mahkemenin başka bir gerekçeyle vermiş olduğu iptal kararını, gerekçesini değiştirmek suretiyle onamıştır⁴⁴.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bu karar birçok açıdan yerinde değildir. Zira Yargıtay'ın Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Sözleşme hükümlerini öncelikli olarak uygulaması gerekirken; Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası bir sözleşme olup olmadığına dair araştırma yapmaksızın MÖHUK m. 20 uyarınca karar vermiştir. Öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Sözleşme hükümlerinin Türkiye'nin koyduğu çekincelerin de dikkate alınarak uygulanması gerekirdi. Sözleşme m. 1/ f. 1'de yer alan sekiz birbirinin alternatifi olan bağlama kuralından birine göre geçerli olarak yapılmış olması halinde vasiyetname şeklen geçerli olacaktır. Bu sekiz bağlama kuralının tamamını incelemeye bile gerek olmaksızın yukarıda ilk sırada yer verdiğimiz vasiyetnamenin yapıldığı yere baktığımızda buranın ABD'nin Maryland Eyaleti olduğunu görmekteyiz. Taşınır veya taşınmaz miras ayrımı olmaksızın 1961 Tarihli Sözleşme m. 1/ f. 1'de yer alan ilk bağlama kuralı uyarınca vasiyetname, yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına göre geçerli ise Sözleşme uyarınca geçerli bir vasiyetnamedir. Olayımızda da yapıldığı yer hukukuna uygun vasiyetname düzenlendiği belirtildiği için Yargıtay'ın iptal kararı verdiği vasiyetname aslında geçerli bir vasiyetnamedir.

Karara ilişkin değinilmesi gereken diğer bir husus da Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin MÖHUK m. 20 / f. 4 hükmünü de yanlış uygulamış olmasıdır. Zira olayda MÖHUK m. 20 / f. 4'ü uygulayacak olsak dahi

⁴⁴ "Somut olayda; vasiyetname ile murisin oğlu davalı tüm servetin varisi tayin edilmiştir. Murisin serveti içinde Türkiye'deki taşınmaz mallarda bulunmaktadır. O halde, taşınmaz mal vasiyetinin geçerli olması için Türk Hukuk sistemindeki usul ile yapılmış olması gerekir.

TMK'nun 532 ve takip eden maddelerine göre; resmî vasiyetname, iki tanık huzurunda resmî memur tarafından düzenlenir. Oysa, dava konusu vasiyetname bu şekle uygun düzenlenmiş değildir.

SONUÇ : Mahkemece, şekil şartlarına uygun düzenlenmediği gerekçesiyle vasiyetnamenin iptaline karar verilmesi gerekirken, davalının murise baskısı ve verdiği korku sonucu düzenlendiğinden bahisle iptale karar verilmiş olması doğru değil ise de; sonucu itibarıyla iptale ilişkin hüküm doğru bulunduğundan hükmün gerekçesi yukarıda açıklandığı biçimde değiştirilmek suretiyle ONANMASINA, 1,25 TL bakiye temyiz harcının temyiz eden davacıya yükletilmesine, 2,80 TL bakiye temyiz harcının temyiz eden davalıya yükletilmesine, 29.03.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..." Y. 3. HD, T: 29.3.2011, E: 2010/ 14495, K: 2011/5129 (Kazancı İçtihat Bankası).

ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı yer hukuku, uyuşmazlığın esasına uygulanacak ülke hukuku ve ölenin milli hukukundan birinde yer alan şekil kurallarına uygun olarak yapılmış vasiyetnamenin şeklen geçerli kabul edilmesi gerekirdi⁴⁵. Yargıtay bu üç kuralın birbirine alternatif teşkil ettiği gerçeğini gözden kaçırarak, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar için mirasın esasına uygulanacak hukuk olan Türk hukukunu vasiyetnamenin şekline uygulanacak tek hukuk olarak değerlendirmiştir (diğer mallar için de mirasın esasına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 20/ f. 1 uyarınca ölenin milli hukuku olan Türk hukukudur). Yargıtay’ın bu kararı verirken şekil ve esasa uygulanacak hukuk konusunu birbirine karıştırmış olması da muhtemeldir. Oysa ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı yer hukuku olan ABD hukuku da hem taşınırların hem taşınmazların yer aldığı vasiyetnamelerin şeklinin geçerli olup olmadığını belirleyecek hukuklardan biridir. Dolayısıyla vasiyetname yapıldığı yer hukuku olan ABD hukukuna göre geçerli şekilde yapıldığı için MÖHUK m. 20 / f. 4’e göre de geçerli bir vasiyetname söz konusudur. Yargıtay kararında değinilmese de belirtmek isteriz ki hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ayrılmış ve bu bölgesel birimler de farklı hukuk düzenlerine sahipse hangi bölge hukukunun uygulanacağı konusunda MÖHUK m. 2/f. 5’te yer alan kuralın dikkate alınması gerekmektedir. Vasiyetnamenin şekline ABD hukukunun uygulanacağını tespit ettikten sonra hâkim hangi eyaletin hukukunun uygulanacağını ABD hukukunda yer alan bölgelerarası kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleyecektir. ABD hukukunda bu hususta belirleyici bir hüküm olmaması halinde uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili eyaletin hukukuna göre vasiyetnamenin şekli olarak geçerli olup olmadığının tespiti yapılacaktır. Olayda mirasbırakan tedavi için ABD’nin Maryland Eyaleti’ne gitmiştir ve orada vefat etmiştir. Uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili başka bir eyaletin varlığı Yargıtay kararına konu olayda yer alan verilerden anlaşılammaktadır. Dolayısıyla ABD hukukunda hangi eyaletin hukukunun uygulanacağına ilişkin belirleyici bir hüküm olmaması halinde olaydaki veriler uyarınca Maryland Eyaleti hukukunda yer alan şekil kurallarına göre vasiyetnamenin geçerli olup olmadığının tespitinin

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: yuk. II, B.

yapılabileceğini söyleyebiliriz ve kararda da belirtildiği üzere Maryland Eyaleti hukukuna göre dava konusu vasiyetname şekli olarak geçerlidir.

d. Türkiye'nin Koyduğu Çekinceler Kapsamında Değerlendirme

1961 Tarihli Sözleşme taraf devletlere bazı hususlarda çekince koyabilme imkânı tanımıştır. Türkiye Sözleşme'yi aşağıda belirtmekte olduğumuz üç çekince ile imzalamıştır:

1) Sözleşme m. 1 / f. 3'te vasiyetçinin belli bir yerde ikametgâhının bulunup bulunmadığının saptanması sorununun, o yerin hukukuna göre belirleneceği düzenlenmiştir. Türkiye ise Sözleşme'yi, vasiyetçinin tasarrufu yaptığı veya ölümü anında ikametgâhının bulunduğu yeri, mahkemenin, diğer bir ifadeyle Türk hukukuna göre tespit etmek kaydıyla imzalamıştır⁴⁶.

İkametgâh, mutad mesken kavramından farklı olarak hukuki bir kavramdır. Bu sebeple her hukuk sisteminde ayrı tanımlanmış ve ayrı şartlara tabi olarak düzenlenmiş olabilir. Türkiye'nin 1961 Tarihli Sözleşme'ye koyduğu ilk çekince ile Türk hâkimi, Sözleşme'yi uyguladığı davalarda bağlama kurallarında yer alan ikametgâh kavramını Türk hukukuna göre⁴⁷ tespit edecektir.

⁴⁶ Sözleşmenin 9. maddesinde yer alan: "*Her Âkit Devlet, birinci maddenin üçüncü fıkrasına aykırı olarak vasiyeiçinin ikametinin bulunduğu yeri, lex fori uyarınca tayin etme hakkını saklı tutabilir*" hükmü uyarınca bu çekince konulabilmiştir.

⁴⁷ Türk Medeni Kanunu'nun 19 maddesi uyarınca yerleşim yeri bir kişinin sürekli kalma niyetiyle oturmakta olduğu yer olarak tanımlanmış, bir kişinin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamayacağı belirtilmiş ve bu kuralın ticari ve sınai kuruluşlar açısından uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Zira TMK m. 51 tüzel kişinin yerleşim yerine ilişkin ayrı bir düzenleme içermektedir. Buna göre tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir düzenleme yer almadıkça işlerinin yönetildiği yerdir. TMK m. 20'ye göre bir kişinin yerleşim yerini değiştirebilmesi için yenisini edinmesi gerekmektedir. Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturmakta olduğu yer, bu kişinin yerleşim yeri sayılmaktadır. Bir çocuk velayet altında ise yerleşim yeri ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Bunun dışındaki durumlarda ise velayet altında bulunan çocuğun oturma yeri onun yerleşim yeri sayılacaktır. Vesayet altındaki kişiler açısından ise bu yer, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir. (TMK m.21).

2) Türkiye aynı zamanda başka bir devlet vatandaşlığına sahip bulunmayan kendi vatandaşının, olağanüstü durumlar dışında sözlü olarak yaptığı vasiyet tasarrufunu tanımama hakkını saklı tutmuştur⁴⁸.

Türkiye 1961 Tarihli Sözleşme'ye ikinci çekinceyi koyarken Türk hukukunda kabul edilen düzenlemeyi esas almıştır. Türk hukukunda sözlü vasiyetname istisnâ bir ölüme bağlı tasarruf şekli olarak nitelendirilmektedir. TMK m. 539/ f. 1, mirasbırakanın ancak yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî ya da el yazılı vasiyetname yapma imkânı olmaması halinde sözlü vasiyetname yapabileceğini düzenlemiştir. Görüldüğü üzere Türk hukukunda olağanüstü durumlar dışında sözlü vasiyetname yapılabilmesi mümkün değildir. Hatta olağanüstü durumun varlığı ile birlikte, resmî veya el yazılı vasiyetname yapılabilmeye imkân olmaması da ayrı bir şart olarak ilgili hükümde aranmaktadır. Belirtmek gerekir ki Kanun'da sayılan olağanüstü durumlar sınırlı sayıda değildir, zira "gibi" terimi bunu ifade etmektedir⁴⁹.

3) Türkiye kendi hukukuna göre miras niteliğinde olmayan vasiyetnameleri bu sözleşmenin uygulanması dışında bırakma hakkını saklı tutmuştur⁵⁰.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üç çekince kapsamında yabancılik unsuru taşıyan vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuku tespit ederken hâkim öncelikle Sözleşme m. 1'de yer alan sekiz bağlama kuralına göre şekli anlamda geçerli bir vasiyetname olup olmadığının tespitini yapmak zorundadır. Eğer yabancılik unsuru taşıyan vasiyetname, vasiyetnamenin yapıldığı yer hukukuna, vasiyetçinin tasarrufu yaptığı andaki vatandaş olduğu devletin maddi hukukuna, vasiyetçinin ölümü

⁴⁸ Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan: "Her Âkit Devlet, başka hiç bir uyrukluğa bulunmayan kendi uyruklarının, olağanüstü durumlar dışında, sözlü olarak tesis ettikleri vasiyet tasarruflarını tanımak hakkını saklı tutabilirler" hükmü uyarınca bu çekince konulabilmiştir.

⁴⁹ DURAL / ÖZ, s. 93.

⁵⁰ Sözleşme'nin 12. maddesinde yer alan: "Her Âkit Devlet, kendi hukukuna göre mirasla ilgili olmayan vasiyet tasarruflarını işbu Sözleşmenin uygulaması dışında bırakma hakkını sakla tutabilir" hükmü uyarınca bu çekince konulabilmiştir.

anında vatandaşı olduğu devletin maddi hukukuna, vasiyetçinin tasarrufu yaptığı anda ikametgâhının bulunduğu yer maddi hukukuna, vasiyetçinin ölümü anında ikametgâhının bulunduğu yer maddi hukukuna, vasiyetçinin tasarrufu yaptığı andaki mutad mesken hukukuna, vasiyetçinin ölümü anındaki mutad mesken hukukuna, taşınmaz söz konusu ise taşınmazın bulunduğu yerin maddi hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olacaktır. Ancak bazı Yargıtay kararlarında görülmektedir ki hâkim Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Sözleşme'yi dikkate almaksızın⁵¹ sadece MÖHUK m. 20 / f. 4'e göre vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun tespiti yapmakta ve buna göre yabancılık unsuru taşıyan vasiyetnamenin şeklinin MÖHUK m. 20 / f. 4 kapsamında belirtilen üç alternatif bağlama kuralından birine göre geçerli olması halinde o vasiyetnamenin şekli açısından geçerliliğine karar vermektedir. Bu da bazen MÖHUK m. 20/ f. 4'de yer alan bağlama kuralına göre geçersiz ancak Sözleşme'deki sekiz bağlama kuralından birine göre geçerli olan bir vasiyetnamenin geçersiz kabul edilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Örnek olarak bir Yargıtay kararı vermek gerekirse⁵² bir davada mirasbırakan Almanya'da resmî vasiyetname düzenlemiştir. İlk derece mahkemesinde bu

⁵¹ Y. 3. HD, T: 03.02.2014, E: 2013/17015, K: 2014/1384 (Lexpera İçtihat Bankası); Y. 3. HD, T: 24.12.2014, E: 2014/17844, K: 2014/17199 (Lexpera İçtihat Bankası). Yargıtay 14. Hukuk Dairesi tarafından MÖHUK m. 7 uyarınca vasiyetnamenin yapıldığı yer hukuku olan Alman hukukunun maddi hükümlerinin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nden sorulması ve cevap alınamaması halinde tarafların yardımını istenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme yapıldığı gerekçesiyle bozma kararı verilmiştir. Karar'da 1961 tarihli Sözleşme'den hiç bahsedilmemiştir. Karar için bkz.: Y. 14. HD, T: 05.07.2017, E: 2017/13302, K: 2017/5712 (Lexpera İçtihat Bankası). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşme hükümlerini dikkate almaksızın yabancılık unsuru içeren vasiyetnamenin şekline doğrudan MÖHUK hükümlerini uyguladığı karar için bkz.: Y. 2. HD, T: 29.9.1992, E: 1992/ 7372, K: 1992/ 8705 (EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, s. 78 vd.).

⁵² Y. 3. HD, T: 26.02.2018, E: 2018/9575, K: 2018/1629 (Lexpera İçtihat Bankası). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin kararına konu uyumsuzlukta mirasbırakan vefat ettiği tarih itibarıyla Türk vatandaşıdır. Vasiyetname ABD'de düzenlenmiştir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin MÖHUK m. 7 uyarınca vasiyetnamenin düzenlendiği yer hukukuna uygun yapıldığına dair inceleme yapmadığı gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Karar için bkz.: 2. HD T: 24.12.2014, E: 2014/16980, K: 2014/17188 (Lexpera İçtihat Bankası).

vasiyetnamenin iptali aksi halde tenkisi yönünde dava açılmıştır. Mahkeme taşınmaz vasiyeti söz konusu olduğu için taşınmazın bulunduğu yer hukuku olan Türk hukukuna göre vasiyetnamenin geçerli olup olmadığının tespitini yaparak Türk hukukundaki şekil kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen vasiyetnamenin iptali yönünde karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay MÖHUK m. 20/ f. 4 ve m. 7 hükümlerine göndermede bulunarak, vasiyetnamenin yapıldığı yer hukukunun vasiyetnamenin şekli konusunda dikkate alınmadığını, iptal sebepleri konusunda bu hukuka uygunluğun gerekirse taraflardan yardım veya bilirkişilerden rapor alınarak değerlendirilmesinin yapılarak hüküm kurulması gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.

Yargıtay'ın 1961 Tarihli Sözleşme hükümlerini uygulayarak vermiş olduğu bazı kararlar da mevcuttur⁵³. İlk derece mahkemesi yabancılik unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta mirasbırakanın sadece taşınmaz mallardan

⁵³ Y. 3. HD, T: 17.10.2018, E: 2016/22608, K: 2018/10127 (Lexpera İçtihat Bankası). Yargıtay'ın 1961 Tarihli Sözleşme'nin uygulanması gerektiği gerekçesiyle bozduğu başka bir kararda ilk derece mahkemesi Almanya'da noterde düzenlenmiş olan bir vasiyetnamenin şeklinin, Türkiye'deki taşınmaz mala ilişkin bir ölüme bağlı tasarrufun olması sebebiyle TMK m. 532 vd. hükümlerine uygun olması gerektiğini belirterek vasiyetnamenin iptaline ilişkin açılmış olan davayı kabul etmiştir. Yargıtay ise vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun taşınır-taşınmaz ayrımı yapılmaksızın Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Sözleşme'ye göre tespit edilmesi gerektiğini, Almanya'nın da Sözleşme'ye taraf olduğunu, iptali istenen vasiyetname Alman hukukuna uygun olarak düzenlenmiş olduğu için geçerli olduğu konusunda bir tartışma olmayacağını belirterek, bu konuda yeterli inceleme ve araştırma yapılmadığı için ilk derece mahkemesinin kararının bozulması yönünde karar vermiştir. Yargıtay'ın 1961 Tarihli Sözleşme'nin uygulanması yönündeki kararı isabetli olsa da 1961 Tarihli Sözleşme yeknesak nitelikte olduğu, diğer bir ifadeyle karşılıklılık aranmaksızın uygulanacağı için Almanya'nın Sözleşme'ye taraf olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Y. 3. HD, T: 17.11.2016, E: 2016/ 14723, K: 2016/12905 (Lexpera İçtihat Bankası). Yargıtay'ın verdiği başka bir kararda mirasbırakan Fransa'da ölmüştür. Düzenlemiş olduğu el yazılı vasiyetnamenin iptali için açılan davanın reddine karar verilmiştir. Bu karar Yargıtay tarafından bozulmuştur. İlk derece mahkemesi el yazılı vasiyetnamenin Türk hukukuna uygun şekilde yapıldığı gerekçesiyle davanın tekrar reddine karar vermiştir. Yargıtay Türkiye'nin 1961 tarihli Sözleşme'ye taraf olduğunu vurgulayarak davalı tarafından temyiz edilen karara konu uyuşmazlıkta vasiyetnameyi düzenleyen Fransız vatandaşı olması ve vasiyetnamenin Fransa'da düzenlenmiş olması sebebiyle iptali istenen vasiyetnamenin Fransız hukukuna uygun olarak düzenlenmesi gerekmesine rağmen ilk derece mahkemesi tarafından bu açıdan bir incelemenin yapılmamış olması gerekçesiyle kararı bozmuştur. Karar'da Fransız hukuku-

oluşan terekesine uygulanacak hukuku, bu taşınmazların Türkiye’de bulunuyor olması gerekçesiyle Türk hukuku olarak tespit etmiştir. Buna dayanarak da dava konusu olayda yer alan vasiyetnamenin TMK m. 532 vd. hükümlerinde yer alan şartlara aykırı olarak düzenlendiğine ve tanıksız şekilde yapılan resmî vasiyetnamenin iptaline yönelik karar vermiştir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi mirasbırakanın Türk vatandaşı olması ve vasiyetnamenin Almanya’da düzenlenmesi sebebiyle vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuk konusunda Türkiye’nin ve Almanya’nın taraf olduğu 1961 Tarihli Sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini, Sözleşme hükümleri uygulanmaksızın eksik inceleme ve yazılı şekilde hüküm kurulmasının usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁵⁴. Belirtmek isteriz ki Almanya 1961 Tarihli Sözleşme’ye taraf olmamış olsaydı dahi 1961 Tarihli Sözleşme’nin yeknesak niteliği sebebiyle Türk hâkimi vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukukun tespitinde Sözleşme hükümlerini dikkate almakla yükümlü olacaktı.

nun ilgili hükümlerinin tespitinde gerekirse tarafların yardımının istenmesi ve Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılması gerekmesine rağmen eksik inceleme yapıldığı vurgulanmıştır. Karar için bkz.: Y. 3. HD, T: 22.12.2020, E: 2020/ 398, K: 2020/ 8049 (Lexpera İçtihat Bankası). Yargıtay 3. Hukuk Dairesi mirasbırakanın Almanya’da düzenlemiş olduğu vasiyetnamenin Türk hukukundaki şekil kurallarına uygun düzenlenmediği gerekçesiyle iptaline ilişkin olarak verilmiş ilk derece mahkemesi kararını, Türkiye’nin 1961 tarihli Sözleşme’ye taraf olduğunu ve bu Sözleşme hükümleri uyarınca ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı yer olan Alman hukukunun maddi hükümlerinin araştırılması gerekirken eksik inceleme yapılarak iptal kararı verildiğini bozmuştur. Karar için bkz.: Y. 3. HD, T: 01.07.20219, E: 2019/ 7547, K: 2019/6014 (Lexpera İçtihat Bankası). Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 2018 yılında vermiş olduğu karara konu uyuşmazlıkta vasiyetname Almanya’da noterde düzenlenmiştir. Bu vasiyetnamenin TMK’da belirtilen şartlara uygun düzenlenmediği gerekçesiyle iptali yönünde dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi taşınmaz mal vasiyetinin geçerli olabilmesi için Türk hukukuna uygun şekilde vasiyetname yapılması gerektiğini belirterek vasiyetnamenin iptaline ilişkin davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay Türkiye’nin 1961 tarihli Sözleşme’ye taraf olduğunu ve iptali istenen vasiyetnamenin Alman hukukuna uygun olarak düzenlenmiş olması halinde geçerli olacağıın açık olduğunu belirtmiştir. Karar için bkz.: Y. 3. HD, T: 05.11.2008, E: 2018/3217, K: 2018/10980 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁵⁴ Y. 3. HD, T: 12.03.2015, E: 2015/2397, K: 2015/4054. (Lexpera İçtihat Bankası).

e. Ortak Vasiyetnamelerin Şekline Uygulanacak Hukuk

1. Ortak Vasiyetnameler Konusunda Genel Bilgi

Ortak vasiyetname “birden fazla mirasbırakanın, ölümlerinden sonra ifade etmek üzere, malvarlıkları üzerinde bir taraflı olarak tasarrufta bulunmak amacıyla birlikte son arzularını açıkladıkları ölüme bağlı tasarruf”⁵⁵ olarak tanımlanabilir.

Ortak vasiyetname nitelendirmesi için tarafların iradelerinin mutlak tek belgede haricileşmesi gerekmemektedir. Malvarlığı üzerinde tarafların birlikte tasarrufta bulunmaya yönelik iradelerinin varlığı yeterlidir. Bu kapsamda ortak vasiyetnameler “birlikte vasiyetname” (*testamentum simultaneum*), “karşılıklı vasiyetname” (*testamentum reciprocum*) ve “birbirine bağlı vasiyetnameler” (*testamentum correspectivum*) olarak üç şekilde yapılabilir⁵⁶.

Aynı anda, birden fazla kişinin aynı belgede son arzularını açıkladıkları vasiyetnamelere “birlikte vasiyetname” denir. Bu vasiyetnamede tarafların tasarruflarının birbirlerine uygun olması gerekmemektedir. Eğer mirasbırakanlar birbirlerinin lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunuyorlarsa “karşılıklı vasiyetname” söz konusu olur. Karşılıklı olmasa dahi birinin geçerliliğinin diğer vasiyetnamenin geçerli olmasına bağlandığı vasiyetnamelere “birbirine bağlı vasiyetnameler” denilmektedir⁵⁷

Türk doktrininde ortak vasiyetnamelerin esasa ilişkin mi yoksa şekle ilişkin mi vasıflandırılacağı konusunda farklı görüşler bulunmakta-

⁵⁵ DURAL / ÖZ, s. 53. “Birden çok mirasbırakanın, ölümlerinden sonra hüküm ifade etmesi amacıyla, terekeleri üzerinde tek taraflı tasarrufta bulunmak için son arzu ve isteklerini açıkladıkları ölüme bağlı tasarruf” şeklindeki ortak vasiyetname tanımı için bkz.: OLGAÇ, Furkan, Resmî Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 44-45.

⁵⁶ DURAL / ÖZ, s. 53-54; EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 130; OLGAÇ, Resmî Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri, 45.

⁵⁷ DURAL / ÖZ, s. 54; EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 130-131. Alman hukukunda yaygın olarak kullanılan, aynı belgede eşlerin karşılıklı olarak birbirlerine bağlı ve bağımlı olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunmalarına dair ortak vasiyetnameler Türk hukukunda kabul edilmemiştir. Eşlerin karşılıklı olarak birbirlerini mirasçı olarak atama iradeleri söz konusuysa ya da çocukları yararına mirastan feragat etme niyetindeyseler miras sözleşmesi yapmayı tercih etmelidirler. Bkz.: SEROZAN / ENGİN, s. 261.

dır. Bizim de katılmış olduğumuz, ortak vasiyetnamenin yapılıp yapılmayacağı konusunu şekle ilişkin olarak vasıflandıran görüşe göre Türk hukukundaki düzenlemeler İsviçre hukukundakine paraleldir ve genel manada ortak vasiyetnamelerin değil de TMK'da yer alan şekil şartlarına uygun olmadan yapılmış vasiyetnamelerin geçersiz olduğu kabul edilmektedir⁵⁸. Bunun da ortak vasiyetname türlerinden birlikte vasiyetnameler açısından söz konusu olduğu söylenebilir⁵⁹. Bu durumda şekil şartlarına uyulmadan yapılmış bir vasiyetnameden bahsediyor olacağımız için bunun müeyyidesi TMK m. 557 uyarınca iptal edilebilirliktir⁶⁰. Dolayısıyla birlikte vasiyetnameler dışında “karşılıklı vasiyetname” ve “birbirine bağlı bağlı vasiyetname” gibi ortak vasiyetname türlerinin, TMK uyarınca vasiyetnameler için aranan şekil şartlarına uygun olarak yapılmış olmaları kaydıyla geçerli sayılacağı kabul edilmektedir⁶¹.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1955 yılında vermiş olduğu bir kararda karşılıklı nitelikteki ortak vasiyetnameyi geçerli kabul etmiştir⁶². Yine 1990 yılında verilen kararda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi “*resmi şekilde yapılmış olan ortak tasarrufta tarafların açıkladıkları işlemler birbirine bağımlı ise olayın miras mukavelesi olarak nitelendirilmesi, taraflardan biri diğerine bazı mükellefiyetler yüklemiş veya bazı ikame şartları konmuşsa her iki irade açıklan-*

⁵⁸ Bu görüş için bkz.: DURAL / ÖZ, s. 54; EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 131. Aynı yöndeki diğer görüşler için bkz.: İMRE / ERMAN, s. 227-228; NOMER, s. 302; ALTIPARMAK, A. K., İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 142.

⁵⁹ DURAL / ÖZ, s. 54. İki veya daha fazla kişinin birlikte vasiyetname yapmaları Türk hukukuna göre mümkün değildir ancak müşterek ölüme bağlı tasarruflar iki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Bkz.: İMRE / ERMAN, s. 227.

⁶⁰ EREN/ YÜCER AKTÜRK, s. 130-131; İMRE / ERMAN, s. 227-228; DURAL / ÖZ, s. 54; OLGAÇ, Furkan, “Yabancılık Unusu İçeren Resmî Vasiyetnamelere Uygulanacak Hukuk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl: 13, Sayı: 49, 2022, s. 69; OLGAÇ, Resmî Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri, s. 50-51.

⁶¹ DURAL / ÖZ, s. 54; OLGAÇ, “Yabancılık Unusu İçeren Resmî Vasiyetnamelere Uygulanacak Hukuk”, s. 69; OLGAÇ, Resmî Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri, s. 50-51.

⁶² Y. 2. HD, T.: 27.02.1955, E.: 1955/6030, K.: 1955/ 5945 (Karar için bkz.: DURAL / ÖZ, s. 55).

masının geçerli kabulü son arzulara uygun düşen bir yorum tarzı olur” gerekçesiyle noterde yapılmış olan bir karşılıklı vasiyetnameyi miras sözleşmesi olarak nitelendirerek geçerli kabul etmiştir⁶³.

Yargıtay 2012 yılında verdiği kararda⁶⁴, ilk derece mahkemesinin mirasbırakan ile eşinin Almanya’da noter huzurunda birbirlerini karşılıklı olarak mirasçı atadıkları ortak vasiyetname niteliğindeki resmî vasiyetnamenin MÖHUK m. 20/ f. 4’te yapılan atıfla MÖHUK m. 7 uyarınca ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı yer hukuku olan Alman hukukuna göre geçerli sayılması gerektiği yönündeki kararını, mirasbırakanın Türk vatan-daşı olması sebebiyle vasiyetnamenin Türk hukukuna uygun olarak yapılmadığı gerekçesi ile bozmuştur. Ne ilk derece mahkemesi kararında ne de Yargıtay’ın ilgili Kararı’nda 1961 tarihli Sözleşme’ye değinilmemiştir.

Doktrinde diğer bir görüş⁶⁵ ise ortak vasiyetname türlerinin düzenlenip düzenlenemeyeceği konusunu esasa ilişkin olarak vasıflandırmaktadır. Bu görüşe göre mirasa uygulanacak hukuk, Türk hukuku açısından MÖHUK m. 20/ f. 1, mirasbırakanın ortak vasiyetname düzenlemesine imkân tanuyorsa, ilgili vasiyetname geçerli sayılmalıdır. Nelerin ortak vasiyetname kabul edileceği hususu ise bağlama konusunun vasıflandırılmasına ilişkindir. Hâkim *lex fori*’ye göre veya hakkaniyet gerektiriyorsa *lex causae*’ya göre vasıflandırma yaparak, uyuşmazlık konusu olaydaki vasiyetnamenin ortak vasiyetname olup olmadığının tespitini yapacaktır⁶⁶.

2. Ortak Vasiyetnelere İlişkin 1961 Tarihli Sözleşme’de

Yer Alan Düzenleme

1961 Tarihli Sözleşme’nin 4. maddesinde Sözleşme’nin kapsamına iki veya daha çok kişinin bir tek belgede tesis ettikleri vasiyet tasarruflarının biçiminin de girdiği düzenlenmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz

⁶³ Y. 2. HD, T: 02.03.1990, E: 1990/ 9067, K.: 1990/ 2434 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁶⁴ Y. 3. HD, T: 17.12.2012, E: 2012/15904, K: 2012/25905 (Lexpera İçtihat Bankası).

⁶⁵ Bu görüş için bkz.: BERKİ, “Türk Devletler Hususi Hukukunda Vasiyet”, s. 186. Aynı yönde bkz.: BARAN ÇELİK, s. 153; ULUOCAK, s. 146; Nuray Eksi, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, s. 63; KÜPE, s. 154.

⁶⁶ Aynı yönde bkz.: OLGAC, “Yabancılık Unsuru İçeren Resmî Vasiyetnelere Uygulanacak Hukuk”, s. 69-70.

üzere ortak vasiyetnameler üç farklı şekilde yapılabilmektedir. İki veya daha çok kişinin bir tek belgede tesis ettikleri vasiyet tasarrufları “birlikte vasiyetname” olarak adlandırılmaktadır. Dolayısıyla 1961 Tarihli Sözleşme birlikte vasiyetname olarak adlandırılan vasiyetname türünü kapsamına almıştır. Diğer ortak vasiyetname türleri açısından bir problem bulunmamaktadır. Zira karşılıklı vasiyetname ve birbirine bağlı vasiyetname türlerinde, birden fazla kişi aynı anda aynı belgede vasiyet tasarruflarını açıklamıyorlarsa bu vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun 1961 Tarihli Sözleşme kapsamında olduğu konusunda bir belirsizlik bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle bu hususun Sözleşme’de ayrı bir hükümlerle düzenlenmesine gerek duyulmamıştır.

İki veya daha çok kişi tek bir belgede vasiyet tasarrufu tesis etmiş ve bundan doğan bir uyuşmazlık Türk hâkiminin önüne gelmişse hâkim öncelikle vasıflandırma yapacaktır. Ortak vasiyetname yapılıp yapılamayacağını şekle ilişkin bir konu olarak vasıflandırırca, uyuşmazlık konusu olan birlikte vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuku 1961 Tarihli Sözleşme’de yer alan sekiz adet bağlama kuralına göre tespit edecektir. Her ne kadar TMK’da yer alan şekil kurallarına aykırı nitelikte olsa bile 1961 Tarihli Sözleşme’deki bağlama kurallarına göre tespit edilecek hukuksalardan birinde yer alan şekle ilişkin hükümlere uygun yapılmışsa o vasiyetname, Türk hâkimi tarafından şeklî açıdan geçerli bir vasiyetname olarak kabul edilerek uyuşmazlık çözümlenecektir. Eğer hâkim ortak vasiyetname yapılıp yapılamayacağını esasa ilişkin bir konu olarak vasıflandırırca öncelikle bunun mümkün olup olmadığına uygulanacak hukuku MÖHUK m. 20/ f. 1 uyarınca tespit edecektir. Tespit ettiği milli hukuk sistemi, birlikte vasiyetname şeklinde vasiyet tasarrufu yapılabilmesine imkân tanıyorca o zaman bu vasiyetnamenin şeklî açıdan geçerli olup olmadığının tespitini 1961 Tarihli Sözleşme’de yer alan bağlama kurallarına göre yapabilir. Ancak eğer MÖHUK m. 20/ f. 1 uyarınca hâkim tarafından belirlenen hukuk, birden fazla kişinin aynı anda aynı belgede vasiyet tasarruflarını açıklamasına izin vermiyorsa, o zaman 1961 Tarihli Sözleşme’deki şekle ilişkin bağlama kurallarına gidilmesi söz konusu olmayacaktır. Zira bu şekilde yapılmış bir vasiyetname mahkeme tarafından esasa ilişkin olarak geçersiz kabul edilecektir.

SONUÇ

Yabancılık unsuru taşıyan vasiyetnamelerin şekline hangi hukukun uygulanacağını tespitinin milletlerarası özel hukuk kuralları açısından yapılması gerekmektedir. Buna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı MÖHUK m. 20/ f. 4'te ve Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Sözleşme'de düzenlenmiştir. Anayasa m. 90/ f. 5 uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. MÖHUK m. 1 / f. 2 uyarınca Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri saklı olduğu için yabancılık unsuru içeren vasiyetnamelerin şekline öncelikli olarak 1961 Tarihli Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması doğru olacaktır.

1961 Tarihli Sözleşme'de vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuka ilişkin sekiz ayrı bağlama kuralı düzenlenmiştir ve bu sekiz kurala göre tespit edilecek hukuklardan birine göre geçerli olan vasiyetname şekli açıdan geçerli kabul edilmektedir. Türkiye Sözleşme'yi üç tane çekince koymak suretiyle imzalamıştır. MÖHUK m. 20 / f. 4, Sözleşme'nin kapsamı dışında kalan ölüme bağlı tasarrufların varlığı halinde (Türk hukukuna göre Sözleşme kapsamının dışında kalan ölüme bağlı tasarruflar miras sözleşmeleridir ve çalışmamız kapsamında yer almamaktadır), Sözleşme m. 8 uyarınca vasiyetçinin Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce öldüğü hallerde ve çekinceler kapsamında uygulama alanı bulacaktır. Bunun dışındaki bütün hallerde yabancılık unsuru taşıyan vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuk 1961 Tarihli Sözleşme'deki birbirine alternatifli bağlama kurallarına göre tespit edilecektir.

Bazı ilk derece mahkeme kararlarında ve Yargıtay kararlarında Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli Sözleşme'nin dikkate alınmadığı görülmektedir. Sözleşme'nin uygulanmaması ve sadece MÖHUK m. 20 / f. 4'te yer alan kuralların uygulanması hukuken geçerli bir vasiyetnamenin iptali sonucunu doğurabilmektedir. Hatta bazı Yargıtay kararlarında MÖHUK m. 20 / f. 4'ün uygulanmasında bile hata yapılmaktadır. MÖHUK m. 20 / f. 4'teki kuralların birbirlerine alternatif olduğu gözden kaçmaktadır. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanabilmesi için yabancılık unsuru içeren vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun tespitinde 1961 Tarihli Sözleşme hükümlerinin ve MÖHUK m. 20/ f. 4'ün hukuka uygun şekilde uyuşmazlığa tatbik edilmesi elzemdir.

KAYNAKLAR

- ALTIPARMAK, A. K., İngiliz, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Mirasa Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- BARAN ÇELİK, Neşe, Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- BERKİ, Osman Fazıl, Kanuni Miras ve Ölme Bağlı Tasarruflardan Doğan Kanun İhtilafları, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1960.
- BERKİ, Osman Fazıl, "Türk Devletler Hususi Hukukunda Vasiyet", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, 1944, s. 175-190.
- HACI, Can/ TUNA, Ekin, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- CİMCOZ, Sina, "Vasiyetten Doğan Kanun İhtilafları", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 49, Sayı: 7-8, 1975, s. 613-666.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 17. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2021.
- DOğANGüN, Temel, Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İŞlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- DOğAN, Vahit, "Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 1990, s. 181-214.
- DOğAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- DURAL, Mustafa / Z, Turgut, Miras Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- EKŞİ, Nuray, "Yabancılık Unuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Cilt: 12, Sayı: 1-2, 1992 s. 1-10.

- EKŞİ, Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2013.
- EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007.
- EREN, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara, Yargıçoğlu Matbaası, 1966.
- EREN Fikret / YÜCER AKTÜRK, İpek, Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜNGÖR, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku- Kanunlar İhtilafı Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜVEN, Pelin, “Yabancıların Vasiyetname Yapma Ehliyetine, Vasiyetin Şekline ve Esasına Uygulanacak Hukuk ile Bu Kapsamda Yabancı Gerçek Kişilerin Miras Hakkı”, Atatürk Üniversitesi Erzinçan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 2006, s. 341-360.
- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- İNAN, Ali Naim / ERTAŞ, Şeref /ALBAŞ, Hakan, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 9. Baskı, Bilge Yayıncılık, İzmir, 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.
- KÜPE, Bahar, Milletlerarası Özel Hukukta Şekil, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 23. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- OLGAÇ, Furkan, “Yabancılık Unsuru İçeren Resmî Vasiyetnamelere Uygulanacak Hukuk”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl: 13, Sayı: 49, 2022, s. 53-84.

- OLGAÇ, Furkan, Resmî Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma  nlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve  rneklerle), 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- RUHİ, Ahmet Cemal: 27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası  zel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Gerekçeli- Açıklamalı- Yargıtay İçtihatlı), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal, Vasiyetname ve Miras Sözleşmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkey, Miras Hukuku ve Uygulama alışmaları, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- S ZEN, Begüm, Milletlerarası  zel Hukukta Hukuki İŞlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre /ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası  zel Hukuk, 8. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2020.
- TEKİNALP, G l ren, Milletlerarası  zel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ULUOCAK, Nihal, Milletlerarası  zel Hukuk Dersleri, Filiz Kitabevi İstanbul, 1999.



HAKSIZ FİİL HUKUKUNDA NEDENSELLİK BAĞININ BELİRLENMESİ

Arş. Gör. Kübra YILDIZ*

Öz

Kişinin, sebep olmadığı bir neticeden sorumlu olması mümkün değildir. Sorumluluk yalnızca neticeye yol açan fiil bakımından gündeme gelebilir. Fiil ile netice arasındaki bu bağa nedensellik bağı denmektedir. Nedensellik bağının tespit edilebilmesi bilimin farklı alanlarında değişik görüşlere zemin hazırlamıştır. Kimi alanlarda kümülatif olarak neticeye yol açan şartların tamamı neticenin sebebi olarak değerlendirilirken, kimi alanlarda da bu şartlardan her biri münhasıran sebep kabul edilmektedir. Ceza hukukunda şartlardan her biri aynı zamanda sebep sayılmakta ve nedensellik bağının tespitinin ardından objektif isnadiyet değerlendirmesi ile normatif sınırlandırma sağlanmaktadır. Haksız fiil hukukunda normatif sınırlandırma nedensellik bağı incelemesinde yapılmaktadır. Bu alanda kusursuz sorumluluk hâllerinin genişliği nedeniyle nedensellik bağı incelemesindeki bu normatif sınırlandırma çok önemli bir işleve sahiptir. Doktrinde, nedensellik bağındaki normatif sınırlandırmaya yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Çalışmamız kapsamında bu görüşler ve hukuki sonuçları detaylıca ele alınmıştır.

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Res. Assist., Istanbul University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Istanbul, Turkey.

✉ kubrayildiz@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0002-6828-2214

✎ **Atf Şekli** | Cite As: YILDIZ Kübra, "Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1115-1158.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

Haksız Fiil Hukuku • Nedensellik • Şart Teorisi • Uygun Sebep Teorisi • İsnadiyet

DETERMINATION OF CAUSALITY IN TORT LAW

Abstract

It is not possible for a person to be responsible for a result that he/she did not cause. Liability can only come into question because of the act that led to the result. This link between the action and the result is called the causal link. The determination of the causal link has prepared the ground for different views in different fields of science. In some areas, all of the conditions that lead to the result cumulatively are considered as the cause of the result, while in some areas, each of these conditions is considered exclusively as a cause. In criminal law, each of the conditions is also considered a cause, and normative limitation is provided with an objective attribution assessment after the causal link is determined. In the tort law, normative limitation is made in the causal link examination. Due to the wide range of strict liability cases in this area, this normative limitation in causality analysis has a very important function. In the doctrine, various views on the normative limitation of the causal link have been put forward. Within the scope of our study, these views and their legal consequences are discussed in detail.

Key Words

Tort Law • Causality • Ruling Theory • Theory of Adequacy • Attribution

GİRİŞ

Haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarının yanı sıra nedensellik bağının tespiti yüzyıllardır içinden çıkılamayan hararetle tartışmalara zemin hazırlamıştır. Herhangi bir kişinin hukuka aykırı neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi, bu netice ile kişinin gerçekleştirdiği fiil¹ arasında

¹ Fiil kavramı olay kavramından daha dar olarak insandan kaynaklı durumlar için kullanılır. Çalışmamız boyunca herhangi bir insanın gerçekleştirdiği davranış nedeniyle sorumlu olup olmayacağı üzerinde durulduğundan fiil kavramı kullanılmıştır. Bununla beraber gerekli yerlerde daha geniş bir anlam içeren olay kavramına da yer verilmiştir.

sebeb sonuç ilişkisi bulunmasına bağlıdır². Herhangi bir fiilden değil ancak neticenin sebebi³ olan fiilden dolayı sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Kişinin bu fiili ihmalen veya kasten gerçekleştirmiş olması nedensellik bağının tespitinde bir hususiyet taşımayacak olup bunlar ancak kusuru ilgilendirecek noktaları teşkil etmektedir.

Neticenin gerçekleşmesinde birden fazla davranışın etkili olması mümkündür. Bunlardan netice bakımından olmazsa olmaz nitelik taşıyanlar o neticenin vuku bulması bakımından ‘şart’ niteliği taşır. Ancak şart niteliğindeki bu davranışlardan hepsinin mi yoksa bazılarının mı neticeden sorumluluk bakımından önem taşıdığı belirlenmesi; bazıları ya da bazıları ele alınacaksa bunların tespiti nedensellik bağının belirlenmesinde hayatiyet arz etmektedir. Nitekim sadece ilgili neticenin sebebi olan fiil ile netice arasında bir sebep sonuç ilişkisinin varlığından söz edilebilecektir. Bu kapsamda da neticenin ortaya çıkmasına zemin hazırlayan her bir fiil, ‘şart’; ancak ve ancak bu şartlardan netice ile arasında nedensellik bağı bulunan fiil, ‘sebeb’ sayılacaktır. Başka bir ifadeyle, haksız fiil hukuku bağlamında ortaya çıkan sonuçtan kişiyi sorumlu tutabilmek hangi şartın neticenin sebebi olduğunun tespit edilmesine bağlıdır. Söz konusu sebebin ne olduğunun belirlenmesi ise yüzyıllardır felsefi, tabii bilimler ve hukuk düzeni bakımından çetrefilli tartışmalara vücut vermekte ve farklı görüşlerin ortaya çıkmasına imkân sağlamaktadır.

² Yarg. HGK, T. 29.11.2017, E. 2017/439, K. 2017/1463: “Hukuki sorumluluğu doğuran unsurlar arasında illiyet bağı büyük bir önem taşır. İlliyet bağı, sorumluluğun asli şartı, tazminat hukukunun temel ilkesidir. Bu şart olmaksızın bir kişinin sorumluluğu düşünülemez. İnsan düşüncesinin bir kanunu olan illiyet kavramı, zararlar söz konusu davranış veya olay arasında bir sebep-sonuç bağının bulunmasını gerektirir. Hukukta, gerçekleşen zararlar sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, genel anlamda illiyet bağı denir (Eren F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.558).” (Lexpera). Nedenselliğin sorumluluğu kurma ve sınırlandırma şeklinde iki fonksiyonu olduğu hususunda bkz. ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. Baskı, İstanbul, 2019, N 1144.

³ Yarg. CGK, T. 5.5.2015, E. 2014/790, K. 2015/146: “‘Neden’ kavramı, Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğünde; ‘Bir olayı ve durumu gerektiren, doğuran başka olay veya durum, sebep’ şeklinde, ‘neden olmak’ ise, ‘bir şeyin olmasına veya ortaya çıkmasına yol açmak, sebep olmak’ biçiminde tanımlanmaktadır. Buradan hareketle ‘nedensellik’ kavramı, neden sonuç ilişkisi ya da sonuç ile bu sonuca neden olan olgu veya durum arasındaki bağlantı olarak açıklanabilir.” (Lexpera).

Çalışmamızda öncelikle felsefi ve tabii bilimler çerçevesinde sebebin taşıdığı anlam ve bu tarz bir yaklaşımın benimsenmesinin sorumluluğun kapsamı bakımından doğuracağı sonuç üzerinde kısaca durulacaktır. Akabinde ise detaylıca hukuk düzeni bakımından sebebin ne olduğu ve kabul edilebilecek her bir teorinin (özellikle de uygun sebep görüşünün) ne tür hukuki sonuçlar doğuracağı açıklanacaktır.

I. FELSEFİ SEBEP KAVRAMI

Felsefi açıdan her şeyin sebebi vardır ve hiçbir şey tesadüfen gerçekleşmez. Felsefede sebep, neticeyi meydana getirmek için gerekli şartların tamamından müteşekkildir⁴. Yani felsefi bakımdan hiçbir netice tesadüfi değildir ve her bir netice kendinden önce meydana gelen olayların külüdür. Neticenin meydana gelmesinde önceki şartların münhasıran varlığı yeterli olmayacak, ancak bunların tamamı bir araya geldiği takdirde neticeden bahsedilebilecektir. Dolayısıyla yalnızca neticenin meydana gelmesinde etkili olan şartların tamamını meydana getiren kişi, bu neticeden sorumlu olabilecektir. Çünkü sebep, meydana gelen şartların tamamının birleşimiyle ortaya çıkmıştır ve şartlar arasında ayırım yapılması mümkün değildir⁵.

Bu kabulün haksız fiil hukuku bakımından uygulanması neticeden sorumluluğu neredeyse imkânsız hâle getirir⁶. Çünkü neticeyi meydana getiren şartların tamamından tek kişinin sorumlu olması mümkün değildir. Örneğin bir kişinin başkasını silahla yaralaması ve bu yaralının hastanedeyken yanlış tedavi sonucu hayatını kaybetmesi hâlinde şöyle bir sonuçla karşılaşılır. Şartlardan biri karşı tarafı bıçakla yaralamaktır, çünkü bu fiil gerçekleşmezse netice de meydana gelmeyecekti. Fakat bu-

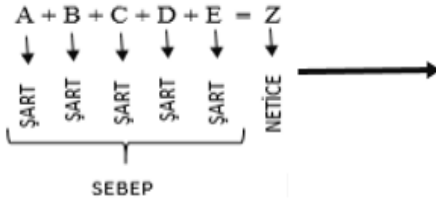
⁴ EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s. 11; ATAMER, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul, 1996, s. 39; ANTALYA, N 1150. Bu hususta Mill'in sebep anlayışına dair detaylı açıklama için bkz. MILL, John Stuart, A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, 8. Ed., New York, 1882, s. 396 vd.

⁵ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 13; TANDOĞAN, Halûk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, 2010, s. 72.

⁶ Hukuk biliminin önceleri felsefi anlamda sebep kavramını benimsediği hususunda bkz. ATAMER, s. 39.

nun yanında silah icat edilmese, yanlış tedavi uygulanmasa veya saldırganın annesi onu doğurmasa, yine neticeden söz edilemeyecekti. Tüm şartların aynı kişi tarafından gerçekleştirilmesinden söz edilemeyeceğinden, neticeden sorumluluk da söz konusu olamayacaktır. Şüphesiz ki felsefenin sebep kavramına yaklaşımının hukuk tarafından da benimsenmesi hakkaniyete aykırı, istenmeyen sonuçlara sebebiyet verebilir. Dolayısıyla şartlara kümülatif bir bakış açısıyla yaklaşılmasının yerine gerekli bir veya birden fazla şartın varlığını yeterli görmek, en azından haksız fiil hukuku bakımından, daha uygun sonuçların doğmasını sağlayabilir.

Çalışmamızın tamamında farklı bir yaklaşımın sonuç üzerinde doğurduğu etkiyi daha iyi analiz edebilmek için her bir teorinin anlatıldığı başlığın en sonunda şu formülasyonu kullanmayı tercih etmekteyiz. Z neticesi A, B, C, D ve E şartlarından oluşmaktaysa sebep bunların tamamıdır. Yani;



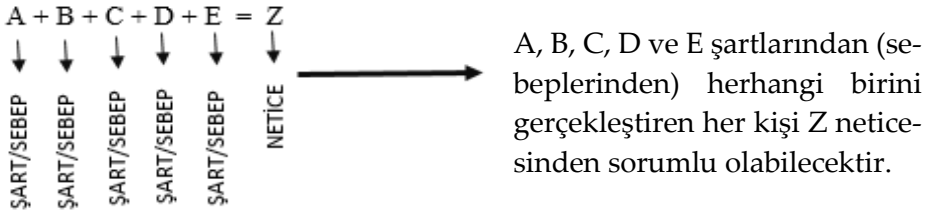
Z neticesinden ancak ve ancak A, B, C, D ve E fiillerinin tamamını gerçekleştiren kişi sorumlu olacaktır.

II. TABİİ SEBEP KAVRAMI

Tabii sebep bakımından neticeye yönelik geçmişte gerçekleşmiş tüm fiiller birer şartı oluşturmaktadır. Burada felsefi sebep kavramından farklı olarak tek bir şartın varlığı geçerli bir sebebe vücut verir. Bu durumda, olmaması hâlinde neticenin gerçekleşmeyeceği her bir fiil 'şart', aynı zamanda da 'sebepe' sayılır⁷. Felsefi sebep kavramının kabulünün sorumluluğu imkânsız kılmasına karşın, burada da sorumluluğun sınırsızlığından söz edilir. Nitekim tabii sebep kavramının hukukta yer edinmesi hâlinde, o neticenin meydana gelmesinde etkili olan her bir fiili gerçekleştiren kişi sorumlu olabilmektedir. Bu durumda felsefi sebep kavramını anlatırken verdiğimiz örnek bakımından; saldırganın silahla ateş etmesi,

⁷ REY, Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Auflage, Zürich, 1998, N 518; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Ankara, 2021, N 1667; ANTALYA, N 1151; MÜLLER, Christoph, "OR 41", *Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-183 OR, CHK, 3. Auflage, 2016, N 36.

silahın icat edilmesi, hastanın yanlış tedavi edilmesi, saldırganın annesinin onu doğurması vb. durumlardan birinin yokluğu hâlinde netice meydana gelmeyecekti. Demek ki bunlardan her biri neticenin oluşmasındaki şartlardan biridir. Fakat felsefi sebep anlayışından farklı olarak burada bahsi geçen her bir durum aynı zamanda birer sebeptir. Bu hâlde neticenin ne kadar uzak bir sonucu olsa da şartlardan/ sebeplerden herhangi birini gerçekleştiren kişi de sorumlu olmaktadır. Böyle bir durumda ise sorumluluğun kapsamı haddinden fazla genişleyebilecektir. Bahsettiğimiz formülasyon üzerinden gösterirsek;



III. HUKUKİ SEBEP KAVRAMI

Tabii sebep kavramının hukuk biliminde kabulü değişik alanlarda farklı sonuçlar doğurmaya müsaittir. Ceza hukuku alanında sorumluluk için her halükârda kusurun varlığı aranacağından, tabii sebebin varlığının tespiti yeterli olabilecektir. Nitekim ceza hukukunda normatif değil doğal bir nedensellik değerlendirmesi yapılmaktadır. Hukuki bir değerlendirmeden ari olarak netice, belirli bir fiilin ya sonucudur ya değildir. Ancak ceza hukukunda da nedenselliğin tespiti cezalandırılabilme bakımından başlı başına yeterli değildir⁸. Neticenin, fiilin sonucu olduğu tespit edildikten sonra objektif ve sübjektif isnadiyet değerlendirmeleri yapılmaktadır. Fiil, netice bakımından olmazsa olmaz bir nitelik taşıyacak, neticenin kimin eseri olduğu tespit edilecek (objektif isnadiyet⁹) ve fiili

⁸ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku, 17. Baskı, Ankara, 2021, s. 196; REY, Heinz, N 518; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2021, s. 268; CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, İstanbul, 2020, s. 283; HONIG, Richard, ABADAN, M. Yavuz, "İllyet Nazarıyesine Dair", İÜHFİM, 2, 1936, s. 180; DÜLGER, Murat V., BAKDUR, Merve, ÖZKAN, Onur, "Ceza Hukukunda Objektif Isnadiyet", CHD, 44, 2020, s. 748.

⁹ Isnadiyet kavramının yapay bir kavram olduğu ve anlamının bazı hukukçular açısından açık olmadığı hususunda bkz. KORIATH, Heinz, Kausalität und objektive Zurechnung, Baden, 2007, s. 21.

gerçekleştirenin kast veya ihmali olup olmadığı incelenecektir (sübjektif isnadiyet)¹⁰. Bu alanda nedensellik bağı unsurunda yapılmayan ve sorumluluğu sınırlandıran normatif değerlendirme, objektif isnadiyet unsurunda yapılmaktadır.

Haksız fiil hukuku alanında tabii sebebi hukuken geçerli teori olarak kabul etmek sorumluluğun çok fazla genişlemesine yol açacaktır. Nitekim haksız fiil hukukunda, kusur sorumluluğunun yanında kusursuz sorumluluk da önemli bir yer kaplamaktadır¹¹. Kaldı ki günümüz bilgi toplumu koşullarında özellikle teknolojik gelişmelerin ve makineleşmenin günlük hayattaki risk durumunu artırması, bu riskin yol açtığı zararlı sonucun kusur bulunmaksızın tazmini gerekliliğini gündeme getirebilmektedir. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk hâllerinin genişletilmesi gerektiğine yönelik bir eğilim bulunmaktadır. Yeni Borçlar Kanunu ile genel bir tehlike sorumluluğunun düzenlenmesi de bu açıdan önemli bir gelişmedir.

Kusursuz sorumluluk hâllerinde sınırsız bir şekilde genişleme imkânı bulan sorumluluk zinciri, nedensellik bağının tabii nedensellik kavramına oranla daha dar bir kapsamda ele alınmasıyla daraltılabilecektir. Nitekim tabii nedenselliğin haksız fiil hukukunda da kabul edildiği bir ihtimalde, netice bakımından olmazsa olmaz nitelikteki her fiili gerçekleştiren kişi sorumlu olabilecektir. Bu noktada sorumluluğun sınırsız hâle gelmesini önlemek için nedenselliği hukuki bir konsepte büründürmek, haksız fiil hukuku anlayışı çerçevesinde tabii nedenselliğe adeta bir korse giydirmek gerekmektedir. Tabii nedensellik kapsamında hangi şartların sebep hâline geleceğine de hukuk düzeni karar verecektir¹².

¹⁰ DÜLGER, BAKDUR, ÖZKAN, s. 748.

¹¹ Kusursuz sorumluluk hâlleri hem borçlar kanununda hem de kimi özel kanunlarda yer edinmektedir.

¹² Yarg. HGK, 13.6.2018, 2015/1100, 2018/1185: "İllet bağı sorumluluğun temel ögesidir. Zararla eylem arasında illet bağına mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir. Hiçbir hukuk düzeni mantık yasalarına göre mevcut olmayan illet yaratamaz. Mantık bakımından bu illete sonsuz zincir halinde neticeler bağlanabilir. Hukuki netice olarak zararın tazmin sorumluluğunun kabulü için, bir sebebe illi olarak bağlanan neticeler silsilesinin içinde hangi kesimin gerekli ve yeter olacağını belirlemek yine hukuk düzeninin görevidir (H. Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, s.74)"

Hukukta nedensellik bağının nasıl belirleneceği hususunda geçmişten günümüze bir konsensüsün bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere hukukun hangi alanında çalışılıyor olduğu nedenselliğe olan yaklaşımın çeşitlenmesinde etkili olmuştur. İlk başta tabii nedenselliğin hukuk biliminde bir görünüm biçimi olan şart teorisi doktrinde ileri sürülmüştür. Aşağıda detaylarıyla anlatıldığı üzere bu teorinin sorumluluk zincirini genişletmesindeki etkisi doktrinde bu teoriyi çeşitli bakımlardan sınırlandırmaya çalışan görüşlerin ortaya atılması sonucunu doğurmuş ve özel hukuk alanında çalışanların bu teoriye tereddütle yaklaşmasına sebep olmuştur.

Çalışmamız kapsamında da ilk olarak şart teorisi incelenecektir. Daha sonra bazı müelliflerce şart teorisinin yol açabileceği adil olmayan sonuçları önlemeye yönelik kabul edilen sınırlandırmalara değinilecek, akabinde günümüz haksız fiil hukukunda sorumluluğun belirlenmesi bakımından kabul edilen uygun sebep teorisi (ve ayrıca bu doğrultuda normun koruma amacı teorisi) üzerinde durulacaktır. En son başlık altında da nedensellik bağının tespitine ve kesilmesine dair kanaatimiz açıklanacaktır.

A. Şart Teorisi

Tabii sebep anlayışından yola çıkan şart teorisi, Alman hukukunda von Buri tarafından geliştirilmiştir¹³. Şart teorisi, tabii sebep görüşünden hareket etmektedir. Dolayısıyla bu teoriye göre, yokluğu hâlinde neticenin meydana gelmesini engelleyecek her fiil (yani her bir şart) aynı zamanda bir sebeptir¹⁴. Şart niteliğindeki fiilin icrai veya ihmali bir nitelik

¹³ ATAMER, s. 40; ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 194; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 22; TANDOĞAN, s. 74 dp. 7; BAYSAL, Başak, Haksız Fiil Hukuku, İstanbul, 2019, N 2.271; DÖNMEZER, Sulhi, "Maddi Sebebiyet Alanı", İÜHF, C. 9, S. 1-2, 1943, s. 96; LAURENT, Sophie, Prévisibilité et causalité adéquate, Zürich, 2021, s. 89. Bu teorinin bugünkü anlamıyla ilk olarak ceza hukukçusu Glaser tarafından ileri sürüldüğü hususunda bkz. BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.271; ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin, ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2021, s. 343 ÖNDER, Dersler, s. 194.

¹⁴ TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 573; ANTALYA, N 1158; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, 6. Bası, İstanbul, 1976, s. 450; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara, 2021, N

taşımasının önemi bulunmamaktadır¹⁵. Bunlardan birinin gerçekleşmesi mevcut neticenin varlığını engelleyeceğinden, her bir şart aynı değerdedir ve her bir şartın mevcudiyetiyle kişinin sorumluluğuna gitmek mümkün olabilecektir. Bu durumda farklı kişilerce gerçekleştirilen şartlar yani sebepler dolayısıyla söz konusu netice bakımından onların sorumluluğuna gidilebileceğinden, yukarıda da belirttiğimiz üzere, sorumluluk haddinden fazla genişleyecektir. Hatta sebeplerin sınırsızlığından dahi söz edilebilecektir. Bahsi geçen sınırsız sorumluluğu frenleyecek kıstas ise kusur olacaktır.

Daha önce de belirtildiği üzere ceza hukuku bakımından bu teori- nin kabulünde haksız fiil hukukunda olduğu kadar büyük sorunlarla karşılaşılabilir^{16,17}. Zira haksız fiil hukukundaki kusursuz sorumluluk hâlleri nedeniyle sınırsız sebep zincirlerinin varlığı kabul edilirse, sınırsız

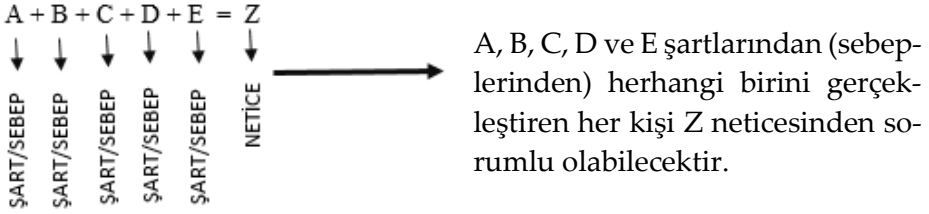
2111; OETKER, Hartmut, "§ 249", Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, § 241-310 BGB, 8. Auflage, München, 2019, N 103; EISELE, Jörg, "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.", Strafgesetzbuch Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, 30. Auflage, München, 2019, N 73a vd.; HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, 25. Baskı, Ankara, 2021, s. 170; DEMİRBAŞ, s. 264; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 278; HONIG, ABADAN, s. 170; TOPRAK, Ufuk, "Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet", THD, 65, 2012, s. 78; SCHNYDER, Anton K., PORTMANN, Wolfgang, MÜLLER-CHEN, Markus, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich, 2013, N 80.

¹⁵ OETKER, N103.

¹⁶ Şart teorisi ceza hukukunda baskın görüş durumundadır. Bkz. Yarg. CGK, T. 5.5.2015, E. 2014/790, K. 2015/146: "Öğretide hakim olan şart (şartların eşitliği ya da doğal nedensellik) teorisinde; netice bir çok şartın bir bütün oluşturarak meydana gelmesiyle oluştuğundan ve bunlardan birisinin bulunmaması neticenin gerçekleşmesini engelleyeceğinden, bu şartlardan birisini gerçekleştiren failin hareketi ile gerçekleşen netice arasında nedensellik bağı vardır." (Lexpera).

¹⁷ Yarg. HGK, T. 29.11.2017, E. 2017/439, K. 2017/1463: "İlliyet bağı, temel ve niteliği ne olursa olsun, her türlü sorumlulukta büyük bir önem taşır. Bu yönden illiyet bağı, hukuki sorumluluğun olduğu kadar cezai sorumluluğun da temel şartlarından birini oluşturur. Hukuki sorumlulukta sorumluluk; ister sözleşme dışı sorumluluğa, ister sözleşme sorumluluğuna, ister kusur sorumluluğuna, ister kusursuz sorumluluğa, hatta tehlike sorumluluğuna dayansın, illiyet bağının varlığı mutlaka aranır. Bunlardan sadece kusursuz sorumlulukta illiyet bağı, kusur sorumluluğuna oranla daha fazla önem taşımaktadır. Zira burada illiyet bağı öne geçmekte, sorumluluk kusura değil, belirli bir olay veya tehlike ile gerçekleşen zarar arasındaki sebep-sonuç bağına dayanmaktadır (Eren,s.559)." (Lexpera).

sorumluluk ihtimallerinin söz konusu olacağı muhakkaktır¹⁸. Ayrıca özel hukukta, ceza hukukunda olduğu gibi nedensellik değerlendirmesinden sonra objektif isnadiyet değerlendirmesi yapılmamakta, normatif sınırlandırma nedensellik teorisiyle sağlanmaya çalışılmaktadır. En nihayetinde şart teorisinde de tabii sebep anlayışındaki sonuca ulaşılabilecektir. Yani;



Şart teorisinin kabulü hâlinde basit bir olayda dahi sorumluluk zincirinin uzaması şu örnek üzerinden izah edilebilir. Kişi silahla yaralanmışsa bizzat yaralama fiilini gerçekleştiren sorumlu görüleceği gibi, silahı icat eden veya satan kişi de sorumlu tutulabilecektir. Çünkü bunlardan herhangi birinin eksikliği nedensellik zincirini kopartacak ve neticenin gerçekleşmesini engelleyecektir. Oysa burada gerçekleşmemesi hâlinde neticenin varlığına engel olacak her bir şartın sebep olarak kabul edilmesinden ziyade, daha farklı bakış açısına sahip olunmalıdır. Nitekim şart teorisinin sebep ve şart arasındaki ayrımı kaldırmak suretiyle getirdiği aşırı geniş sorumluluk ağlarını sınırlamak amacıyla sorumluluğu şart teorisine kıyasla daraltıcı nitelikte bazı görüşler ileri sürülmüştür.

B. Etkin Şart Teorisi

Etkin şart teorisinde¹⁹ şartlar arasında bir ayrıma gidilmektedir. Şartlardan bir kısmı neticenin gerçekleşmesi bakımından yalnızca birer

¹⁸ Şart teorisine ile ilgili diğer bir problem ise batıl inançlı fiillerde gündeme gelecektir (ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 346). Batıl bir inanıştan yola çıkmak suretiyle bir hareket gerçekleştirilse ve tesadüfen de o sonuç vuku bulsa kişinin sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin yıldırım çarpsın diye ormana gönderilen kişiye hakikaten yıldırım çarparsa nasıl bir sonuca varılacağı hususunda bkz. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 346.

¹⁹ Bu teori bazı kitaplarda etkin sebep teorisi olarak ele alınmıştır. Bkz. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 347; DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Şahir, Ceza Hukuku, C. II, 14. Bası, İstanbul, 2019, s. 197.

vesile niteliği taşıırken, diğer kısmı neticenin gerçekleşmesinde etki gösterir. Neticenin ortaya çıkmasında etkili olan şarta da sebep denir. Vesile, neticenin gerçekleşmesine imkân hazırlar ancak sebep, neticenin gerçekleşmesini sağlar²⁰.

Burada sebep ve vesile niteliğindeki şartlar arasında niteliksel bir fark bulunmaktadır²¹. Nitelik bakımından bir sebep, neticenin gerçekleşmesi bakımından hayati rol oynayacaktır. Bu konuda doktrinde, Kohler tarafından ortaya atılan tohumun ekilmesi örneği gösterilmektedir. Tohum toprağa ekilmedikçe bitki topraktan çıkmayacaktır. Fakat rutubet, sıcaklık gibi unsurlar bitkinin boy vermesi bakımından yalnızca birer vesile niteliğindedir²². Örneğin bir kişi silahla vurulup öldürüldüğünde silahın icadı, ateş edilen kişinin direnci gibi hususlar neticenin gerçekleşmesinde vesile olmakla birlikte, asıl zaruri şart yani sebep saldırganının ateş etmesidir.

Etkin şart teorisinin esas alınması hâlinde şart teorisinin yol açacağı sınırsız sorumluluk sonucunun önüne geçilmiş olacaktır. Bununla beraber etkin şart teorisinin kabulü hâlinde de birtakım problemlerle karşılaşılabilir. Neticeyi gerçekleştirecek nitelikteki bir olayın insan davranışından kaynaklanmaması hâlinde cezasızlık/ sorumsuzluk hâli gündeme gelebilir. Bu hususta şu örnek verilebilir. Kişi, öldürmek için başka bir kişiyi aslan kafesine atar ve kafese atılan kişi aslanın onu parçalaması sonucu ölürse, neticeyi doğuracak nitelikteki kuvvetin aslan tarafından gerçekleştirilmesi nedeniyle, iten kişinin sorumluluğunun önüne geçilecektir²³. Yine bahsi geçen teorinin benimsenmesi hâlinde yaşanacak büyük bir güçlük, etkin şartın yani sebebin belirlenmesi olacaktır. Nitekim bu nitelime her somut olayın özelliklerine göre ve belirli bir objektiviteden uzak yapılacaktır. Kuvvetle muhtemeldir ki, etkin şart çoğu olayda neticeden

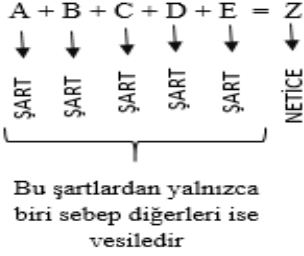
²⁰ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 42 vd.; KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1955, s. 172; ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 347; DEMİRBAŞ, s. 270.

²¹ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 42; DEMİRBAŞ, s. 270.

²² ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 347; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 42; DÖNMEZER, ERMAN, s. 197; DEMİRBAŞ, 270.

²³ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 349; DEMİRBAŞ, s. 271.

önceki son şart olarak kabul edilecektir²⁴. Yukarıdaki formülasyonumuz üzerinden devam edersek şöyle bir sonuca varılabilecektir;



Sadece sebep niteliğindeki şartı gerçekleştirenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu şart çoğu olayda E olacaktır.

C. En Etkin Şart Teorisi

Almanya’da Birkmeyer tarafından savunulan bu teori kapsamında neticeyi en çok etkileyen şart, sebep; diğerleri ise, vesiledir²⁵. Etkin ve en etkin kavramlarının farklılığı kullanılan ölçütün yapısından ileri gelmektedir. Etkin sebep teorisinde niteliksel bir ayırım yapılmakta iken bu teori kapsamında niceliksel bir ayırma gidilmektedir²⁶. Neticenin meydana gelmesinde hangi şart diğer şartlara oranla daha yüksek bir niceliğe sahipse o şart, sebep; diğer şartlar ise, vesiledir. Neticenin gerçekleşmesinde yüzdelik olarak daha büyük paya sahip hareketi meydana getiren kişi ortaya çıkan neticeden sorumlu olacaktır²⁷.

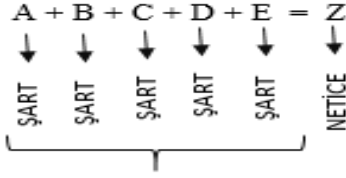
Etkin sebep teorisinden farklı olarak bu teorideki ayırım nicelik bazında olmasına rağmen yukarıda belirttiğimiz eleştiriler en etkin şart teorisi için de geçerlidir. Özellikle neticenin meydana gelmesinde sahip olunan payın belirlenmesi muğlâktır.

²⁴ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 349.

²⁵ DÖNMEZER, ERMAN, s. 199; KUNTER, s. 175; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 573.

²⁶ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 43; ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 348 dp. 304; DÖNMEZER, ERMAN, s. 198.

²⁷ Detaylı bilgi için bkz. EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 43.



Bu şartlardan yalnızca
biri sebep diğerleri ise
vesiledir

Sadece sebep niteliğindeki şartı gerçekleştirenin sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu şart çoğu olayda E olacaktır

D. Son Şart Teorisi

Şartların meydana geldiği zamanlar bakımından ayırım yapan bu teori Ortmann tarafından savunulmuştur²⁸. Son şart teorisine göre, neticeyi meydana getiren şartlardan sonuncusu neticenin sebebini oluşturur²⁹. Nitekim neticeye en yakın hareket neticenin gerçekleşmesini sağlamıştır.

Söz konusu teorinin lafzi yorumunun esas alınması hâlinde neticeyi meydana getiren şartlardan öncekileri gerçekleştirenlerin sorumlulukları mümkün olmayacaktır. Son şartı meydana getiren fakat bir sorumluluk doğurmayan durumlarda ise, meydana gelen neticeden kimsenin sorumlu olmaması sonucu doğacaktır³⁰. Çünkü son şartı gerçekleştirip de kusur yeteneğine sahip olmayan kişi sorumlu olmayacağı gibi önceki şartı gerçekleştiren kişi de sorumlu tutulamaz. Örneğin, neticenin meydana gelmesinde etkili sonuncu şart hayvanlar tarafından gerçekleştirilirse ne son şartı sağlayan hayvanı ne de gerçek sebep olan insanı sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Bu eleştiriye yönelik olarak Ortmann, son şartı

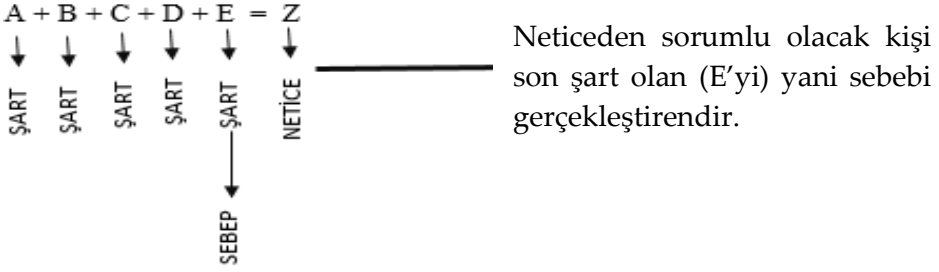
²⁸ DÖNMEZER, ERMAN, s. 199; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 35; KUNTER, s. 176.

²⁹ Detaylı bilgi için bkz. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 348 dp. 304. Söz konusu teorinin kabul edildiği Yargıtay önüne gitmiş bir olayda şahıs, arkadaşından ödünç aldığı silahı dolu bir şekilde arkadaşının evinin camından içeri atmış, evdeki çocuk bu silahla oynarken silah ateş almış ve çocuk ölmüştür. İlk derece mahkemesi silahı habersiz bir şekilde pencereden içeri atma fiili ile netice arasında nedensellik bağı bulunduğuna karar vermiştir. Fakat Yargıtay ise şahsın fiili ile ölüm neticesi arasında farklı bir fiilin bulunması nedeniyle nedensellik bağı bulunmadığına hüküm vermiştir (karar için bkz. DÖNMEZER, s. 117 dp. 50).

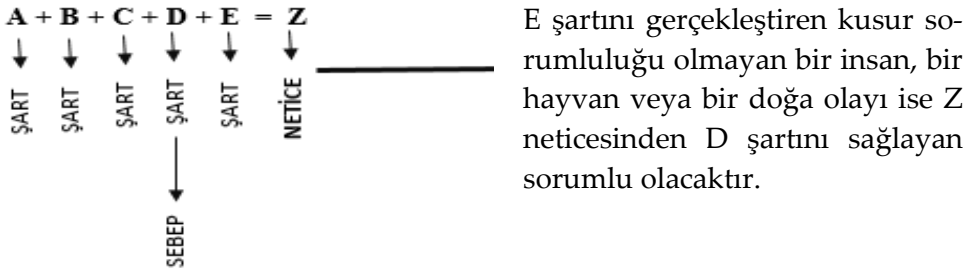
³⁰ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 36 vd.; ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 348 dp. 304.

bir doğa olayı, hayvan veya kusur yeteneği olmayan insan gerçekleşirse, bir önceki şart ile netice arasında nedensellik bağının kurulması gerektiğini belirtmiştir³¹.

Son olarak, şu ana kadar her bir teori kapsamında yer verdiğimiz formülasyon ekseninde durumu ele alırsak şöyle bir sonuçla karşılaşılacaktır;



Ortmann'ın değiştirilmiş sebep teorisine göre ise;



E. Kesin Sebep Teorisi (Denge Teorisi)

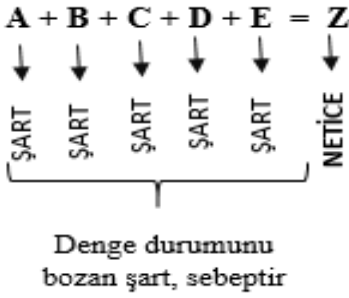
Kesin sebep teorisi Almanya'da Binding tarafından savunulmuştur³². Söz konusu teoriye göre, dış alemdeki değişiklikleri iki kuvvet arasındaki mücadele meydana getirmektedir. Zira her değişiklik müspet ve menfi şartlar arasındaki farktan doğar. Denge durumunu değiştirmek isteyen müspet şartlar, bu durumu devam ettirmek isteyen menfi şartlara karşı üstünlüğü ele geçirdiğinde, netice meydana gelir. Bu hâlde dengeyi bozan şart, sebeptir³³.

³¹ ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III, 2. Bası, İstanbul, 1992, s. 103.

³² KUNTER, s. 178; DÖNMEZER, ERMAN, s. 201.

³³ Teoriye dair detaylı bilgi için bkz. KUNTER, s. 178; DÖNMEZER, ERMAN, s. 201 vd.

Kesin sebep teorisinin kabulü de bazı sakıncalar doğurmaktadır. Öncelikle var olduğu söylenen dengenin tespiti ciddi anlamda problemlidir. Bunun yanında denge durumunu bozan müspet şartın ne olduğu da belli değildir. Kesin sebep teorisi nedensellik bağına dair doktrinde hâlihazırda bulunmakta olan sorunları gidermemiş aksine muğlâklık devam etmiştir. Ayrıca yukarıda etkin ve en etkin şart teorilerinde de belirttiğimiz üzere, kanaatimizce kesin sebep teorisi kapsamında da çoğunlukla son şartın denge durumunu değiştirdiği ve sebep niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılabilecektir. Buna göre;



Olayların çoğunda son şart olan E'nin dengeyi bozduğu ve dolayısıyla da neticeye sebep olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

F. Uygun Sebep Teorisi

Uygun sebep teorisi Alman von Bahr tarafından ortaya atılmış ve Alman von Kries³⁴ tarafından geliştirilmiştir³⁵. Şu ana kadar anlatılan teorilerden farklı olarak uygun sebep teorisine göre, herhangi bir fiilin sebep olarak kabul edilebilmesi için o fiil olmazsa neticenin meydana gelmeyecek olması (yani bir şart teşkil etmesi/ zorunlu unsur olması) yeterli olmamakta, ayrıca normal koşullarda da söz konusu fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir³⁶. Yani, sadece somut

³⁴ Alman fizyolog von Kris, 1888 yılında "Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben" adlı makalesinde ihtimal hesapları üzerine yaptığı incelemeler sonucu geliştirmiştir. Ceza hukuku bakımından ileri sürülen bu teori daha sonra farklı yazarlarca haksız fiil hukuku sahasında da savunulmaya başlanmıştır (belirttiğimiz hususlar ve konuya dair daha detaylı açıklama için bkz. EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 62 vd.; ATAMER, s. 42 vd.).

³⁵ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 349; DEMİRBAŞ, s. 271.

³⁶ Yarg. HGK, T. 6.3.1987, E. 1985/854, K. 1987/140: "Bugün Türk Hukuku'nda, sorumluluğun önemli bir unsuru olarak "uygun illiyet bağı (uygun neden-sonuç bağı) teorisi kabul edilmiştir: Uygun illiyet bağından söz edebilmek için: Olayın zararlı sonucun zorunlu şartı olması ve bunun yanında, söz konusu olayın "sonucun gerçekleştirme ihtimalini önemli ölçüde arttırmış bulunması "na bağlıdır. Yargıtay'ın kökleşmiş uygulamasına göre: Bir olay

olayda fiilin neticeyi meydana getirmesi değil, genel hayat deneyimlerine ve olayların olağan akışına göre de o fiilin ilgili neticeyi meydana getirebilmesi gerekmektedir³⁷. Öncelikle söz konusu fiil, neticenin gerçekleşmesi için 'şart' niteliğinde bulunacak bununla beraber diğer şartlardan farklı olarak ilgili şart neticenin meydana gelme ihtimalini önemli surette artıracaktır.

Şart teorisinin getirdiği sınırsız sorumluluğun her zaman kusur unsuruyla daraltılabilmesi imkânının varlığı, ceza hukukunda şart teorisinin uygulanabilirliğini ve popüleritesini artırmaya fırsat vermiştir. Fakat haksız fiil hukuku alanında bu fren sisteminin her zaman için bulunamayabileceği gerçeği, uygun sebep teorisi gibi alana daha elverişli teorilerin

hayattaki genel deneyimlere ve olayların doğal akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur; diğer bir deyimle "olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın olmasıyla kolaylaşmış bulunur"sa ilk olay uygun neden ve sonuç ölçüsüne göre, ikincisinin nedeni sayılır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.1.1960 gün ve 4/1-3; 9.4.1964 gün, 568; 24.6.1964 gün, 508/4-481 sayılı kararları)." (Lexpera).

³⁷ REY, N 525; OFTINGER, Karl, STARK, Emil W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1995, s. 110; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 593; FURRER, Andreas, MULLER-CHEN, Markus, ÇETİNER, Marcus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021, N 853; AYDOĞDU, Murat, NART, Serdar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2022, s. 195; TUNÇOMAĞ, s. 451; FREI, Mirjam Annika, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Zürich, 2010, s. 168; DEMİRBAŞ, s. 271; MÜLLER, N 37; ROBERTO, Vito, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2002, § 6 N 179; HEINRICH, Honsell, ISENRING, Bernhard, KESSLER, Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2013, §§ 2-3 N 6; SCHNYDER, PORTMANN, MÜLLER-CHEN, N 88; BGE 107 II 238, 02.06.1981 (Swisslex). Ancak sonucun olağan olmasının gerekmediği aksine istisnai ve olağandışı olabileceği hususunda bkz. ROBERTO, § 6 N 180; BREHM, Roland, "Art. 41", Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 5. Auflage, Bern, 2021, N 124; FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, N 854; BGE 119 ib 334, 03.03.1993 (Swisslex). Buna göre bir fiil somut olaydaki sonucu meydana getirmeye elverişliyse, söz konusu münhasır sonuç bakımından da uygun sebebin bulunduğu kabul edilebilecektir (BREHM, N 124).

kabulünü gerektirmiştir³⁸. Tüm bunlardan dolayı Kıta Avrupası genelinde, ceza hukukunda şart teorisi, haksız fiil hukukunda ise uygun sebep teorisi ön plana çıkmıştır³⁹.

Bahsi geçen teori kapsamında ‘uygun sebep’in ne olduğunun belirlenmesi, yani hangi fiilin neticenin gerçekleşme ihtimalini önemli ölçüde artırdığının tespiti güçlük yaratmaktadır. Çünkü uygun sebebin tespitinde her olay bakımından uygulanabilecek mutlak bir kriter bulunmamaktadır. Uygun sebebin bulunup bulunmadığı somut olay bakımından esas alınmakta, bu da teorinin kesin yargılara varmada yeterli olmadığını

³⁸ Yarg. HGK, T. 6.3.1987, E. 1985/854, K. 1987/140: “Yasalarda, illiyet bağının tanımı yapılmamıştır. Ne var ki, öğretisi ve uygulamada geliştirilen görüş ve düşüncelerle; illiyet bağı sorunu, toplumun beklentilerine ve adalete uygun bir düzeye getirilmiştir. Bilindiği gibi illiyet bağı, özel hukuk alanında sorumluluğun önemli bir unsurudur: özellikle objektif sorumluluklarda (sebeb-tehlike sorumlulukları) illiyet bağının önemi daha belirginleşir.” (Lexpera). Uygun sebep teorisinin kabul edildiği Yargıtay kararları için bkz. Yarg. HGK, T. 19.2.2019, E. 2017/2008, K. 2019/172: “Hukuka aykırı bir fiil işleyen kimse ancak bu fiilin sebep olduğu zararları tazminle yükümlüdür. Bir kimseden fiilin sebep olmadığı bir zararın tazmininin istenememesi mantık icabıdır. Şu hâlde zarar ile fiil arasında mantıki illiyet bulunmayan bir zararın tazmini istenemez. Fakat fiille mantıki illiyet bağı bulunan bütün zararlardan faili sorumlu tutmak da adil olmayabilir. Hayat tecrübelerine göre, bir fiilin, olayların normal akışında meydana getirebileceği zararla olan mantıki illiyet bağına uygun illiyet bağı denilmektedir. Mantıki illiyet zinciri içinde bir sebebin zararı meydana getirmeye uygun bir sebep olup olmadığı araştırılacaktır.”; Yarg. HGK, T. 16.9.2015, E. 2015/226, K. 2015/1766; Yarg. HGK, T. 18.3.1987, E. 1986/722, K. 1987/203; Yarg. HGK, T. 29.11.2017, E. 2017/439, K. 2017/1463; Yarg. HGK, T. 16.9.2015, E. 2014/2057, K. 2015/1767; Yarg. HGK, T. 13.6.2019, E. 2017/124, K. 2019/657; Yarg. HGK, T. 28.11.1979, E. 1977/1110, K. 1979/1395; Yarg. HGK, T. 22.11.2018, E. 2017/115, K. 2018/1756 (Lexpera). Hukuki nedensellik bağı probleminin temelinde doğal nedensellikten farklı olarak bir isnad probleminin bulunduğu ve bununla kişinin sorumluluk alanının sınırlandırıldığı hususunda bkz. ATAMER, s. 58. Yani burada aslında neticeye sebebiyet vermiş bir fiilin, o fiili gerçekleştiren kişiye isnad edilememesi nedeniyle onun sorumluluğunu doğurmaması hususu gündeme gelebilecektir.

³⁹ BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.276. Bununla beraber bu teorinin de nedenselliğin tespitinde eksiksiz bir teori olduğundan söz edilemeyecektir. Doktrinde Oetker uygun sebep teorisine yönelik şu eleştirilerde bulunmuştur. Yazara göre, uygun sebep teorisi sorumluluğun sınırlandırılmasında anlamlı bir kriter sağlamamaktadır. Uygun sebep teorisi bir nedensellik teorisi olarak tanımının aksine nedensellik ile ilgili bir açıklama yapmamaktadır. Nitekim nedensellik safi bir bilimsel kelimedir. Ayrıca nedensellik teorisi nedenselliğin tespiti ile varılacak değerlendirmeler ile sonuçları düzeltmeye çalışmaktadır. Düzeltmeleri yalnızca zararın ortaya çıkma ihtimali ve riski artırma derecesi temellerine dayalı olarak yapmak da ikna edici değildir (OETKER, N 116).

göstermektedir. Nitekim yukarıdaki formülasyonumuzu devam ettirirsek;

$$\begin{array}{cccccc}
 A + B + C + D + E = Z \\
 \downarrow \quad \downarrow \quad \downarrow \quad \downarrow \quad \downarrow \quad \downarrow \\
 \text{ŞART} \quad \text{ŞART} \quad \text{ŞART} \quad \text{ŞART} \quad \text{ŞART} \quad \text{NETİCE}
 \end{array}$$

A, B, C, D ve E şartlarından hangisi normal koşullarda da Z neticesinin gerçekleşme ihtimalini önemli ölçüde artırırsa o, sebeptir.

A, B, C, D ve E olaylarından herhangi birinin olmaması Z neticesinin gerçekleşmesini önler. Ancak bunlardan hangisinin sebep olduğunu tespitinde esas olan somut olayda o sonuca sebebiyet vermesi değil, normal şartlarda da o fiilin gerçekleşmesinin Z neticesinin ortaya çıkma ihtimalini önemli ölçüde artırmasıdır. Örneğin A'nın, B'yi öldürmesi durumunda A hiç doğmamış olsaydı B'nin ölüm sonucu da doğmayacaktı. Ancak A'nın doğmuş olması hayatın normal akışında, B'nin ölümü ihtimalini artıran bir durum değildir. Yani doğmuş olmak başkasının ölümü için uygun bir sebep değildir. Diğer taraftan, A'nın silahla ateş etmesi B'nin ölümü neticesi bakımından uygun sebep sayılabilir. Zira A'nın ateş etmesi fiili, B'nin ölmesi ihtimalini önemli ölçüde artırmaktadır. İşte bu nedenle aslında hem A'nın doğmuş olması hem de ateş etmesi B'nin ölümü sonucu bakımından olmazsa olmaz nitelik taşısa da bunlardan yalnız ateş etme fiili uygun sebep sayılacaktır. Açıkça görüldüğü üzere burada esas olan sonucun gerçekleşme ihtimalinin artırılmış olmasıdır.

Peki buradaki '*ihhtimal*' kavramıyla ifade edilen nedir ve bu ihtimalin ne ölçüde artırılması gerekmektedir? İhtimal (olasılık), deneysel yöntemle tespit edilebilen objektif, istatistikî değer olup, ancak ve ancak tekrarlanabilme kabiliyeti olan olaylar bakımından söz konusu olabilmektedir⁴⁰. Bu şekilde bir şeyin gerçekleşme ihtimalinin matematiksel karşılığı bulunur. Örneğin bir para havaya atıldığında üst yüze yazı gelme ihtimali ½'dir. Bununla beraber paranın birden fazla defa atılması durumunda başlarda görece büyük dalgalanmaların yaşanması mümkündür. Üst üste 35 atışın tamamında yazı gelebilir. Bununla beraber uzun bir zaman periyodunda ($\bar{x}_n \cdot n \rightarrow \infty$ iken) sonuçlar ½ oranına yakınsayacaktır. Çünkü kısa bir zaman periyodunda düzensizliklerin yaşanması ve ½ oranından

⁴⁰ EREN, Uygun İliyet Bağı, s. 44.

uzaklaşılabilmesi mümkün olmakla beraber, sonsuz defa zar atıldığında oran beklenen değer olan $\frac{1}{2}$ ekseninde olacaktır. Bununla kastedilen 35 defa yazı atıldıktan sonra 35 defa da tura atılacak olması (kumarbaz aldanması) değildir. Aksine kısa zaman periyotlarında bu dalgalanma devam etse de netice itibarıyla $\frac{1}{2}$ oranına yaklaşılacaktır. Buna matematikte büyük sayılar kanunu denmektedir⁴¹. Büyük sayılar kanununa göre her bir yığın olay, belirli bir düzeni gösterir ve yığın olayı meydana getiren her bir olayın bu düzene uymasına 'ihtimal' denir⁴².

Hayatın normal akışında da somut olaydaki filin neticenin meydana gelme ihtimalini artırıp artırmadığını belirlerken, öncelikle normal durumun tespiti, akabinde ise söz konusu şartın neticeyi kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı ele alınmalıdır⁴³. Mesela hilesiz bir zarın atılması durumunda, yani normal koşullarda, zarın üst yüzüne 6 rakamının gelme ihtimali $\frac{1}{6}$ 'dır. Fakat hileli bir zarda zarın ağırlık noktası 1'e yaklaştırıldığında, üst yüze 6 gelme ihtimali de artacaktır⁴⁴. İşte normal koşullardaki (hilesiz bir zarın varlığı hâlinde) 6 gelme ihtimalinden farklı olarak zarın ağırlık noktasının değiştirilmesi durumunda, üst yüze 6 gelme ihtimali artmaktadır. Diğer bir ifadeyle burada 6 sonucunun gelmesi bakımından bir ihtimal artışı bulunmakta, üst yüze 6 gelmesinde ağırlık noktasının 1'e yaklaştırılması uygun sebep sayılabilmektedir. Fakat ağırlık noktası 1'e yaklaştırılmış bir zarda üst yüze normalden fazla 5 rakamının gelmesi, tesadüfi bir sonuç teşkil edecektir⁴⁵. Şüphesiz ki burada ağırlık noktasının değiştirilmesi sonuç bakımından bir şart niteliği taşır. Zira ağırlık noktası değiştirilmiş olmasaydı somut olaydaki sonuçlar da doğmayacaktı⁴⁶. Ancak bir zarın ağırlık noktasının 1'e yaklaştırılması normal koşullarda üst

⁴¹ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 68; ATAMER, s. 45.

⁴² EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 68. Bir yığın olayı genel ve sürekli özellikleri olan münferit olaylar ile özel ve geçici özellik gösteren münferit olaylar meydana getirir. Dene ve gözlem sayısı arttıkça özel ve geçici özellik gösteren münferit olayların sayısı azalacak genel ve sürekli özellik gösterenlerin sayısı ise artacak böylece her bir münferit olay genel düzene uyma eğilimi gösterecektir (EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 68).

⁴³ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 72.

⁴⁴ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 72; ERDİN, Selim, Ceza Hukukunda İlliyet, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s. 98.

⁴⁵ ATAMER, s. 45.

⁴⁶ ATAMER, s. 45.

yüze 5 rakamının gelme ihtimalini artırmaz. Olaydaki sonuç tamamen tesadüfi olduğundan, üst yüze 5 rakamının gelme sonucu bakımından zarrın ağırlık noktasının değiştirilmesinin uygun bir sebep olduğundan söz edilemeyecektir.

Burada normal durumun tespiti yapılırken, her zaman için mutlak bir tehlikesizlikten söz edilemez. Örneğin kişinin kaldırımında yürümesi mutlak bir tehlikesizlik barındırmaz⁴⁷. Veyahut normal bir zar havaya atılırken de her zaman üst yüze 6 rakamının gelme ihtimali vardır. Bununla beraber eklenen başka bir fiil tehlike oranını artırabilir. Eren'in örnek gösterdiği bir Alman İmparatorluk Mahkemesi kararında geminin kararlaştırılan günden sonraki gün hareket etmesi ve çıkan fırtına sonunda batması hâlinde nedensellik bağı bulunmaktadır, zira sonbaharda bir günlük gecikme dahi kötü hava şartlarını ve dolayısıyla da kaza ihtimalini artırmaktadır⁴⁸.

Uygun sebep teorisi kapsamında ihtimal artışını belirleyen mutlak bir ölçüt bulunmamaktadır. Önemli olan söz konusu şart nedeniyle neticenin meydana gelme ihtimalinin önemli derecede artmasıdır⁴⁹. Eren, ihtimal artışının önemli olup olmadığını belirlemekteki en makul ölçütün hayat tecrübeleri ve sağduyu olduğunu ifade etmektedir⁵⁰. Frei'a göre yasal olarak uygunluk, fiil ile netice arasındaki bağlantıda hangi gerekliliklerin arandığına bağlıdır. Buna göre, gerekli ihtimal derecesi ne kadar yüksekse, fiil ile netice arasındaki bağlantıya ilişkin gereklilikler de o denli katı olacak ve bu gerekliliklerin kabul edilme olasılığı azalacaktır⁵¹. Yazara göre, sebebin neticeye yol açma olasılığının derecesi asla sayısal olarak ifade edilemez⁵².

Yukarıda anlatılanlara ek olarak mevcut bir olayda esas alınması gereken sonucun belirlenmesi de gereklidir. Örneğin birinin ölümü nedeni ile sorumluluk mu yoksa birinin ateşle silah edilmesi, tetanos sonucu ya da virüs bulaşması sonucu ölümü mü esas alınmalıdır? Şüphesiz ki

⁴⁷ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 73.

⁴⁸ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 73.

⁴⁹ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 74.

⁵⁰ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 74.

⁵¹ FREI, s. 171.

⁵² FREI, s. 171.

neticenin genelleştirilmesi failin o neticeden sorumlu olma ihtimalini artıracaktır⁵³. Bunun tersi olarak daraltılmış bir netice anlayışı kişinin onu gerçekleştirmiş olma, dolayısıyla da fiilinden sorumlu olma ihtimalini azaltacaktır. Bu hususta Eren şu örneği göstermektedir: Bir şahsın başka bir şahıs tarafından ocak ayında ıssız bir adada bıçaklanmak suretiyle ağır bir şekilde yaralandığı, bir ağaç altında bırakıldığı ve yaralı şahsın daha sonra üzerine yıldırım düşmesi sonucu öldüğü ihtimalinde; eğer ölüm neticesinden sorumluluk incelenirse, olaydaki yaralama fiili netice için uygun sebep sayılabilecek buna karşın netice yıldırım düşmesi sonucu ölme olarak ele alınırsa, yaralama fiili netice bakımından uygun sebep olarak kabul edilemeyecektir⁵⁴. Bu tür durumlarda ilgili fiil ile netice arasında farklı olgular yer edinmektedir. Doktrinde netice genelleştirilirken mümkün mertebe somut olayda gerçekleşen türe bağlı kalınması gerektiği savunulmaktadır⁵⁵. Böylece daraltıcı bir netice perspektifinden olaya yaklaşılabileceği söylenebilir⁵⁶.

Üzerinde durulması gereken diğer bir mevzu ise netice ile sebep arasındaki zaman periyodunun uygun sebep bağlantısını zayıflatma, hatta ortadan kaldırma yönünde bir etki gösterip göstermeyeceğidir. Federal Mahkemeye göre aradan geçen zamana rağmen sebebin netice üzerindeki etkisi inkâr edilememelidir⁵⁷. Aradaki zaman periyodu uzun ya da kısa olabilir, yani zaman faktörü burada pasif bir etki gösterir⁵⁸. Bununla beraber doktrinde, söz konusu sebep ile meydana gelen netice arasında belirli bir süre geçtiyse, nedensel bağlantının uygunluğunun daha düşük bir yoğunlukta olduğunun varsayılacağı de belirtilmektedir⁵⁹.

Bir fiil ile bir netice arasında uygun nedenselliğin var olup olmadığını tespit ederken yukarıda üzerinde durduğumuz noktalar inceleme konusu yapılıır. Bununla beraber, hukuk bilimi bakımından önem taşıyan

⁵³ FREI, s. 172-173.

⁵⁴ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 78.

⁵⁵ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 84; ATAMER, s. 51.

⁵⁶ Bu hususta bir Federal Mahkeme bir de Yargıtay kararı için bkz. EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 84-85; ATAMER, s. 50-51.

⁵⁷ BREHM, N 127.

⁵⁸ BREHM, N 127. Aynı yönde bkz. FREI, s. 15.

⁵⁹ OFTINGER, STARK, s. 117; REY, N 540.

şartın (sebebin) belirlenmesini sağlayan ölçütler konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu hususta sübjektif olarak önceden tahmin, objektif olarak sonradan tahmin ve objektif olarak önceden tahmin⁶⁰ olmak üzere doktrinde üç görüş ileri sürülmektedir.

1. Sübjektif Olarak Önceden (ex ante) Tahmin Görüşü

Von Kries tarafından savunulan bu görüş uyarınca, bir fiilin netice bakımından uygun sebep teşkil edip etmediğini belirleyebilmek amacıyla öncelikle olaya sübjektif, yani zarar verenin gözüyle bakılacak, ikinci olarak da fiilin işlenme anındaki koşullar esas alınacaktır⁶¹. Buna göre, fiilin işlenme anında failin bildiği hususlar göz önünde bulundurulur ve bilinen o koşullar içerisinde söz konusu fiilin normal şartlarda da ilgili neticeyi meydana getirebilir olup olmadığı belirlenir. Failin öngörmediği/ öngöremeyeceği şartlar ile fiilin işlenme anında var olup da sonradan öğrenilen şartlar uygun sebebin tespitinde göz önünde bulundurulamaz⁶².

Örneğin normalde kişinin ölümüne yol açmayacak bir hareketin bir kalp veya hemofili hastası şahsa karşı gerçekleştirilmesi ve netice itibarıyla kişinin ölümüne yol açılması hâlinde, olayın gerçekleşme anında fail kişinin özel durumunu bilmiyorsa ve bilemeyecek durumdaysa, ölüm sonucu ile fiil arasında uygun nedensellik bağının varlığından söz edilemeyecektir. Nitekim fail hareketi gerçekleştirirken mevcut neticeyi öngörememiştir ve öngörebilecek durumda da değildir.

Fiilin işlenme anındaki failin öngörüsünü esas alan bu teori çerçevesinde nedensellik bağı ile kusur unsurlarının birbirinin alanına girdiği yönde bir eleştiri oluşmaktadır⁶³. Bu eleştiri kapsamında öncelikle kusur unsurunun ne demek olduğu belirlenmelidir. Kanunda kusurun tanımı yapılmış değildir. Doktrinde ise yazarlarca kusurun farklı şekillerde ele alındığı görülmektedir. Tandoğan kusuru bir hareket tarzının hukuk düzenince kınanması şeklinde ifade etmiştir⁶⁴. Von Tuhr kusuru hukuken

⁶⁰ Bu görüşler için bkz. ATAMER, s. 52; BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.280 vd.; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 87 vd.

⁶¹ ATAMER, s. 52; ÖNDER, Dersler, s. 201.

⁶² ATAMER, s. 52.

⁶³ ATAMER, s. 52; ÖNDER, Dersler, s. 201.

⁶⁴ TANDOĞAN, s. 45.

kabul görmeyen ahlaki bir hareket tarzı olarak görmüştür⁶⁵. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop kusuru, hukuka aykırı fiili işleyen kimsenin hukuk düzenince beğenilmeyen zihin ve ruh hâli içerisinde bulunması şeklinde açıklamıştır⁶⁶. Oğuzman/Öz kusuru görünüm biçimleri olan kast ve ihmal kavramları üzerinden tanımlamıştır. Buna göre kusur hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istememekle beraber hukuka aykırı sonucun doğmasını önlemek amacıyla kişinin iradesini yeterince kullanmamasıdır⁶⁷. Nomer'e göre kusur, hukuka aykırı fiili gerçekleştiren kişi hakkındaki değer yargısıdır, yani gerekli iradeyi göstermeksizin hukuka aykırı fiili gerçekleştirmek kınanmayı gerektirmektedir⁶⁸. Eren de doktrindeki hâkim görüş gibi kusuru kınanan davranış olarak ele almıştır⁶⁹. Yargıtay'ın da yakın tarihli bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir⁷⁰: “Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu için aranan diğer ve en önemli şartlarında biri ise hukuka aykırı fiili işleyen kişinin kusurlu olmasıdır. Hukuka aykırılık, fiilin bir hukuk kuralına aykırı olduğunu, kusur ise bu hukuk kuralına aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle failin davranışının kınanan bir davranış olmasını ifade eder. Kusur, bir hareket tarzının hukuk düzeninde muahезesini ihtiva eden bir nitelendirme dir. Ancak hukuk dilinde kısaltılmış olarak, kınanan hareket tarzının kendisi kusur olarak ifade edilir. “Kusurlu hareket tarzıyla zarara sebebiyet veren” yerine “kusuruyla zarara sebebiyet veren” denilir.”

Bu tanımların yanı sıra doktrinde kusur değerlendirmesi yaparken biri objektif diğeri sübjektif iki teorinin bulunduğu görülmektedir. Her iki teori de kusurun ihmal şeklindeki görünüm biçimi bakımından önem taşımaktadır. Zira kasıttaki⁷¹ zarar veren, zarar verici sonucu açıkça öngörmüş ve istemiştir, dolayısıyla da onun kusuru noktasında herhangi bir

⁶⁵ VON TUHR, s. 377

⁶⁶ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 492.

⁶⁷ OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 16. Bası, İstanbul, 2021, N 153.

⁶⁸ NOMER, Halûk Nami, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul, 2021, N 114.

⁶⁹ EREN, Genel Hükümler, N 1759.

⁷⁰ Yarg. HGK, T. 19.2.2019, E. 2017/2008, K. 2019/172 (Lexpera). Aynı yönde diğeri bir karar için bkz. Yarg. HGK, T. 29.1.2019, E. 2015/2236, K. 2019/34 (Lexpera).

⁷¹ Kusurun en ağır derecesi olan kasıt, doğrudan ve dolaylı kasıt olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan kasıttaki fail, hukuka aykırı sonucu bilir ve ister; dolaylı kasıttaki

tereddüt bulunmamaktadır⁷². Hâlbuki ihmalde ya kişi fiilin işlendiği sırada böylesine bir fiili işleyen herhangi bir kişinin göstermesi gereken asgari özeni göstermemiş ya da herkesin gösterebileceği özeni değil, dikkatli bir kimsenin göstereceği özeni göstermemiştir. İlk hâlde ağır ihmal ikinci hâlde ise hafif ihmalin varlığı kabul edilir⁷³. İşte tartışma, zarar verenin sonucu öngörebilirliği, yani göstermesi gereken özeni tespiti noktasında nasıl bir kriterden yola çıkılması gerektiği hususundadır.

Sübjektif teori isminden de anlaşılabilirdi üzere zarar verenin içinde bulunduğu durumu esas almaktadır. Buna göre, zarar verenin psikolojik durumu, kişisel yetenekleri, eğitim-öğretim seviyesi, içinde bulunduğu fiziki koşullar çerçevesinde kusur değerlendirmesi yapılmalıdır⁷⁴. Zarar veren tüm koşullar içerisinde aslında farklı davranabilme imkân ve yeteneğine sahipken, irade zayıflığı gösterip de bu fiili gerçekleştirdiği için sorumlu tutulacaktır⁷⁵. Diğer bir ifadeyle, o kişi zarar verici

ise, fail sonucun meydana gelme ihtimalini öngörür ve bunu göze alır (OĞUZMAN, ÖZ, N 158).

⁷² Aynı yönde bkz. BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.22.

⁷³ NOMER, N 114.1; OĞUZMAN, ÖZ, N 159. Ceza hukukunda ihmalin yerini taksir almaktadır. Somut olayda failin neticeyi öngörebilmesi gerekirken öngörmemesi hâlinde bilinçsiz taksir; neticeyi öngörmemesine rağmen istememesi hâlinde ise bilinçli taksir bulunmaktadır (ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 459 vd.). İkinci durumda netice istenmemesine rağmen harekete devam edilmektedir. Haksız fiil hukukunda failin sonucu öngörmemesine rağmen yine de tedbir alma noktasında hafiflikle hareket etmesi hâlinde bilinçli ihmalin bulunduğu (EREN, Genel Hükümler, N 1798) ve bilinçli ihmalin en ağır, ağır ihmal hâli olduğu hususunda bkz. OĞUZMAN, ÖZ, N 160. Haksız fiil hukukunda kusurun hangi türünün somut olayda bulunduğu genelde önemli değildir. Kast hâlinde de ihmal hâlinde de fail sorumlu tutulacaktır. Yalnızca bazı hâllerde sorumluluğun doğması belirli bir kusur türünün bulunmasına bağlı olabilir (ör. TBK m. 49/II). Oysa ceza hukukunda, haksız fiil hukukuna kıyasla bu ayrımın önem taşıdığı görülmektedir.

⁷⁴ EREN, Genel Hükümler, N 1760; BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.24. Y HGK, 19.2.2019, 2017/2008, 2019/172: "İhmal, hukuka aykırı neticeyi önlemek için durum ve şartların gerektirdiği özeni göstermemek olduğuna göre, hakimin önüne gelen her olayda failin irade ve zekaşını, kabiliyetlerini, fizik vasıflarını, bilgisini dikkate alması ve failin hukuka aykırı neticeyi önceden öngörüp göremeyeceğini ve önleyip önleyemeyeceğini tespit etmelidir. Fail, şahsi nitelikleri itibarıyla hukuka aykırı neticeyi görüp önleyemeyecek vaziyette idiye ihmalî olmadığı kabul edilmelidir (Tandoğan H: Türk Mes'liyet Hukuku, Ankara 1961, s.54)." Aynı yönde diğer bir karar için bkz. Y HGK, 29.1.2019, 2015/2236, 2019/34.

⁷⁵ EREN, Genel Hükümler, 1760.

neticeyi önceden öngörebilmeli ve bundan kaçınmalıdır⁷⁶. Oysa objektif teori zarar verenin sübjektif niteliklerinden ziyade objektif bir değerlendirme ile öngörebilmeyi esas almaktadır. Buna göre, aynı durumdaki makul, dürüst, orta zekalı bir şahıstan beklenecek harekete göre zarar veren kişinin kusurlu olup olmadığı değerlendirilecektir⁷⁷.

Açıkça görüldüğü üzere failin, fiili işlerken neticeyi öngörmesi gerekmesine rağmen öngörmemesi hâlinde onun kusurlu olduğundan bahsedilir. Ancak nedensellik bağı kusurdan farklı olarak sorumluluğu belirleyen bağımsız bir koşuldur. Dolayısıyla da nedensellik bağına tespit ederken daha farklı kıstas ya da kıstasların esas alınması gerekmektedir.

2. Objektif Olarak Sonradan (ex post) Tahmin Görüşü

Objektif olarak sonradan tahmin görüşü doktrinde Rümerin tarafından ileri sürülmüştür⁷⁸. Bu görüş bugün için İsviçre ve Türk hukuklarında hâkim durumdadır⁷⁹. Değerlendirme fiilin işlenme anına göre değil hâkimin hüküm anına göre ve failin bakış açısıyla değil objektif bir gözlemcinin bakış açısıyla yapılır⁸⁰. Bu görüş, sübjektif olarak önceden tah-

⁷⁶ EREN, Genel Hükümler, 1760.

⁷⁷ EREN, Genel Hükümler, N 1761; BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.26 vd.

⁷⁸ ATAMER, s. 53; ANTALYA, N 1202.

⁷⁹ Bkz. REY, N 538; OFTINGER, STARK, s. 115; EREN, Genel Hükümler, N 1691; BREHM, N 122b; ANTALYA, N 1209; HONSELL, ISENRING, KESSLER, N 11; FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER N 855; BGE 112 II 439, 12.11.1986; BGE 119 İb 334, 03.03.1993 (Swisslex).

⁸⁰ ATAMER, s. 53; BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.283; Yarg. HGK, T. 6.3.1987, E. 1985/854, K. 1987/140: "aa- Objektif Olarak Sonradan Tahmin: Bugün Türk İsviçre Hukuku'nda, "objektif olarak sonradan tahmin (ex post) görüşü kabul edilmiştir (Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, sh:78; Eren, age. sh:92; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.6.1964 gün 508/D-4 E. 481 K.; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 15.3.1982 gün 707/2134 ve 25.10.1982 gün 7774/9401 sayılı kararları; Kaneti, İsviçre Federal Mahkemesi Borçlar Hukuku Kararları I, sh: 114 BGE II 439). Bu görüşe göre, sorumluluğun doğuran olayın tanımına, zararlı sonucun gerçekleştirme ihtimalini arttıran, bu yönden önem arzeden şart ve faktörler sokulur. Burada bir değerlendirme yapılırken: sorumluluk hükmü verilmesinde, sorumluluğu doğuran davranış ve olay içinde nazara alınacak şartlar, önceden (ex ante) değil sonradan (ex post) değerlendirilmelidir. Davranış sırasında mevcut olup, o anda veya sonradan herhangi bir şekilde bilinebilecek olan her şart hesaba katılmalıdır. Sorumlu tarafından bilinen, bilinmesi gereken şartlarla diğer bir şekilde bilinebilecek (örneğin sonradan öğrenme) şartlar nazara alınacaktır." (Lexpera).

min görüşünden farklı olarak sorumluluğu çok genişletmektedir. Zira değerlendirme objektif olacak ve fiil anında bulunması koşuluyla ilgili şart o an fail bakımından öngörülebilir olsa da olmasa da göz önünde bulundurulacaktır. Bu ise söz konusu görüşü şart teorisine yaklaştırmaktadır⁸¹.

Yukarıdaki başlık altındaki örnek buraya da uygulanırsa şu şekilde bir sonuca varılacaktır: Normal şartlarda ölüme yol açmayacak bir fiil, kişinin hemofili veya kalp hastası olması ve ölmesi hâlinde failin sorumluluğuna yol açacaktır. Çünkü kişinin ölümüne yol açan şey, yaralama fiilinden ayrı olarak ayrıca onun söz konusu hastalıkları taşımasıdır. Bu hastalıklar da ister fail tarafından öngörölsün isterse de öngörölmesin fiilin gerçekleştiği anda mevcuttur. Yine doktrinde Atamer'in de belirttiği üzere, yaralanan kişi treni kaçırmış ve daha sonraki bir trene binmiş olup da tren güzergâhındaki köprünün çökmesi sonucu ölmüşse, yaralama fiilinin işlendiği anda söz konusu köprü yıkılacak kadar kötü durumda ise fail bu neticeden sorumlu olacak; köprünün durumu sonradan kötü hâle gelmişse fail sorumlu olmayacaktır⁸².

Söz konusu teoriye dair tüm söylenenlerden çıkarılacak sonuç, sadece fiilin gerçekleşmesi anında henüz bulunmayan şartlar nedeniyle sorumluluğun doğmayacağıdır. Rümerin, sorumluluğun kapsamındaki bu aşırı genişlemeye karşı şu şekilde bir sınırlandırmaya gitmiştir. Sorumluluk doğuran olay yaralıyı, başkaca bir zarar verici olayla yalnızca zamansal ve mekânsal açıdan ilişki içine sokuyorsa (köprü çökmesi örneğinde olduğu gibi) ya da üçüncü kişinin müdahalesi bulunup da fail bunu dikkate almamış ve alması da gerekmemişse nedensellik bağının varlığından söz edilemeyecektir⁸³. Ancak bu kıstasların somut olaya uygulanması çok da kolay olmayacaktır.

⁸¹ Yarg. HGK, T. 6.3.1987, E. 1985/854, K. 1987/140: "Ex post görüş tarzının, tam manasıyla şart teorisine (tabii illiyet) dönüş yaptığı söylenebilir ve eleştirilebilir. Ne var ki, bu çözüm şartında tabii illiyete göre nazara alınacak şartlar hesaba katılmamaktadır. Bununla birlikte ex post görüş tarzı sorumlulukta nazara alınacak şartların sayısını artırdığı doğrudur. (Eren, age. sh: 117). Ancak sebeplerin çokluğunun ortaya çıkardığı durumlar, ihtimaller ex post görüş tarzının şart teorisine sınırlarını belirleyecektir." (Lexpera). Ayrıca bkz. BREHM, N 123.

⁸² ATAMER, s. 54.

⁸³ RÜMELİN, AcP 90, s. 171, 300, 301 (ATAMER, s. 54'ten naklen).

3. Objektif Olarak Önceden (ex ante) Tahmin Görüşü

Objektif olarak önceden tahmin görüşü diğer görüşlerden birincisinin sorumluluğu aşırı daraltması ikincisinin ise genişletmesi karşısında ara bir yöntem olarak görülebilir. Görüş, Traeger tarafından savunulmuştur⁸⁴. Buna göre, sorumluluğun belirlenmesi için göz önünde bulundurulacak zaman periyodu, fiilin gerçekleşme anıdır. Traeger'e göre, fiilin gerçekleşme anında kavrama yeteneği en yüksek, ideal insanın öngörebileceği şartlar⁸⁵ ile bunlara ilaveten failin ayrıca haberdar olduğu şartlar göz önünde bulundurulacaktır. Somut olayda meydana gelen neticenin, gerçekleştirilen fiilin sonucu olabileceği ideal bir insan tarafından öngörülebiliyorsa kişi, neticeden sorumlu olacaktır. İdeal insanın öngörebileceği şartların belirlenmesi hâkimin görev sahası içerisindedir. Burada ideal insanla kastedilen, gerektiğinde bilirkişiye de başvurabilmekle birlikte, hâkimdir. Buna göre, netice bakımından hâkimin öngörüsü esas alınacaktır⁸⁶. Sebebi belirlemeye yönelik olan bu teoride de ideal bir insanın söz konusu fiil bakımından öngörebileceği netice, önceden kesin olarak belirli bir durum olmayıp yoruma açıktır. Bunun yanında doktrinde Thon'a göre, öngörüsü esas alınacak kişi ideal insan değil, vasat zekâdaki normal bir insandır⁸⁷. Hâkim somut olaydaki şartları değerlendirirken duruma vasat zekâdaki bir insanın öngörüsüyle yaklaşacaktır⁸⁸. Fakat Thon'un görüşünün eleştirildiği noktalar, yazarın sübjektif tahmin kavramının yerine ondan yalnızca biraz daha geniş bir objektif tahmin kavramını koymuş olması ve kişinin, normal bir şahsın öngöremeyeceği bir neticeyi daha yetenekli ve zeki olduğu için öngörmesi halinde sorumlu olmayacağıdır⁸⁹. Bu eleştiriye yönelik Thon, somut olayda kişinin öngördüğü durumların da netice bakımından göz önünde bulundurulacağı yönünde

⁸⁴ BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.285; ATAMER, s. 55.

⁸⁵ OETKER, N 111. Bununla beraber yazara göre, uygun sebep olma durumuna yalnızca ihmalen gerçekleştirilen fiillerde bakılmalıdır. Eğer fiil kasten işlenmekteyse bu durumda kişi bunun olağan olmayan ve beklenmeyen sonuçlarına da katlanmalıdır (OETKER, N 113).

⁸⁶ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 91.

⁸⁷ EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 89.

⁸⁸ ERDİN, s. 111.

⁸⁹ Bu eleştirilere dair daha geniş açıklama için bkz. EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 89.

görüşünde revizyona gitmiştir⁹⁰. Tüm bunlarla beraber her iki yazarın savunduğu görüş bakımından da öngörünün esas alınması suretiyle manevi unsura yaklaşıldığı görülmektedir. Her ne kadar Treager tarafından savunulan görüş çerçevesinde ideal insanın kriter olarak göz önünde bulundurulması nedeniyle daha çok objektifleşmeden söz edilebilecekse de bu bakımdan sonuç, iki görüş açısından da benzerdir⁹¹.

G. Normun Koruma Amacı Teorisi

Normun koruma amacı teorisi sözleşmesel yükümlülükler ile kandan doğan davranış yükümlülüklerinin sadece belirli menfaatleri korumayı amaçladığı temeline dayanmaktadır⁹². Bu çerçevenin dışında kalan fiiller nedeniyle sorumluluk söz konusu kanun hükmü bakımından mümkün olmayacaktır. Bu teorinin hukuka aykırılık bağı olarak adlandırıldığı da görülmektedir⁹³. Aslında normun koruma amacı ya da hukuka aykırılık bağı sorumluluğun diğer bir şartı olan ‘*hukuka aykırılık*’ı tespit etmektedir. Buna göre fiilin yol açtığı neticeden faili sorumlu tutabilmek için ihlal edilen kuralın amacına ilgili menfaatin korunması da dâhil ol-

⁹⁰ EREN, Uygun İliyet Bağı, s. 89. Aksi görüş için bkz. FREI, s. 178.

⁹¹ EREN, Uygun İliyet Bağı, s. 92; TANDOĞAN, s. 78; ERDİN, s. 112.

⁹² OETKER, N 120 vd.; ATAMER, s. 70; FREI, s. 244; BAŞALP YILDIRIM, Nilgün, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, GÜHFD, 2019/1, s. 307 vd. Her bir norm temelinde, korunmak istenen hukuki menfaate dair değer yargısı barındırır (GÖKTÜRK, Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İÜHFD, C. 7, S. 1, 2016, s. 412). Diğer bir ifadeyle her bir normun temelinde davranış normlarına dayalı bir değer yargısı vardır (GÖKTÜRK, s. 412). Nitekim bir fiilin hukuk düzenince yasaklanmış olması bu fiil neticesinde meydana gelen her tür zararın da giderilmesi gerektiği anlamı taşımamaktadır (ABİK, Yıldız, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, AÜHFD, 59 (3), 2010, s. 347; KURTULAN, Gökçe, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, MÜHF-HAD, C. 23, S. 1, 2017, s. 481). Yarg. 4. HD., T. 8.1.1979, E. 1977/13144, K. 1979/38: “*Haksız fiili ile doğrudan doğruya zarara uğrayan kişi, doğrudan uğradığı zararın dışında dolayısıyla uğradığı zararların da tazminini isteyebilir. Yeterki, bu dolayısıyla zararlar uygun illiyet bağıyla fiile bağlı olsunlar. Dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin tazminat isteyip istiyemeyecekleri ise uygun illiyet bağı ile açıklanamamaktadır. Zira dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin bu zararları ile fiil arasında elbette’ki bir illiyet vardır. Ancak fiilden zarar görenlerin, bir yerde sınırlandırılması da gereklidir. Aksi halde haksız fiil failinin altından kalkamayacağı çok ağır bir tazminat yükümlülüğü altına girerki, bu da hukuken kabul edilebilen bir sonuç olamaz.*” (Lexpera).

⁹³ OĞUZMAN, ÖZ, N 50; FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, N 870.

malı, yani mağdurun zarara uğraması ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı bulunmalıdır⁹⁴. Hukuka aykırılık bağında fiil, netice- nin sebebidir, inceleme konusu yapılan ise ortaya çıkan zararın ihlal edilen hükmün koruma amacına dâhil olup olmadığıdır⁹⁵. Oysa nedensellik bağı tespit edilirken fiil ile netice arasında bir bağın var olup olmadığı tespit edilmektedir⁹⁶. Normun koruma amacı teorisi, uygun nedensellik bağı kavramının sorumluluğu sınırlandırmak bakımından yetersiz kalması durumu için oluşturulmuştur⁹⁷. Doktrinde Kılıçoğlu tarafından belirtildiği üzere bu görüş sorumluluğun belirlenmesinde; korunması amaçlanan kişi çevresinin tayini, korunmaya değer hukuksal varlıkların

⁹⁴ OĞUZMAN, ÖZ, N 50. Hangi fiillerin hukuka aykırı nitelik taşıdığı hususunda farklı teoriler bulunmaktadır. Bugün artık savunulmayan sübjektif hukuka aykırılık teorisine göre zarar verebilme hususunda yetki veren bir norm bulunmadıkça zarar veren her davranış hukuka aykırıdır (BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.89). Ancak objektif hukuka aykırılık teorisine insanların toplum hâlinde yaşar ve insanların olağan hareketleri çoğu zaman başkaları için zararlı sonuçlar doğurabilmektedir ve zarara göre hukuka aykırılığı belirlemek yerine davranışa göre belirlenmelidir (ABİK, s. 370). Çünkü toplum hâlindeki yaşam genel davranış kurallarıyla düzenlenmiştir ve bu davranış kurallarına aykırılık hukuka aykırılık teşkil etmelidir (ABİK, s. 370-371). Yani, başkasının menfaatlerini koruyan bir objektif normu ihlal eden davranış hukuka aykırıdır (BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.90). İkinci görüşü esas alan yazarlardan bazıları, esas olanın sonucun hukuka aykırılığı olduğunu, mutlak hak ihlalinin olduğu her durumda hukuka aykırılığın da bulunduğunu ve diğer haklar bakımından ise özel bir koruma normuna ihtiyaç bulunduğunu kabul etmekten diğer bir kısım yazar, davranışın hukuka aykırılığını esas almakta ve her durumda zararın, zarar göreni koruyan bir davranış normundan (normun koruma amacına bakılmaz) doğması gerektiğini belirtmektedir (BAYSAL, Haksız Fiil, N 2.92 vd.).

⁹⁵ Yarg. 4. HD., T. 8.1.1979, E. 1977/13144, K. 1979/38: “Görülmektedir ki, dolayısıyla zarara uğrayan kişilerin bu zararları ile fiil arasında bir illiyet bağı vardır. O halde tazminat isteyebilecek kişilerin sahasını sınırlayabilmek için illiyetten başka bir dayanak bulmak gerekmektedir. Burada hukuka aykırılık rabatasını benimsemek, ihlal edilen kaidenin (hukuk normunun) korumayı hedef tuttuğu kişilerden başka şahısların zarar görmesi halinde, hukuka aykırılık rabatasının bulunmadığını, bunun sonucu olarak da tazminat mükellefiyetinin doğmayacağını kabul etmek gerekmektedir (Tandoğan -age- sahife 11).” (Lexpera).

⁹⁶ Yarg. HGK, T. 6.12.2013, E. 2013/335, K. 2013/1654: “Kusursuz sorumlulukta; sorumluluğun şartları sorumluluğu düzenleyen hükümlerin her birinde ayrı ayrı belirtilmiştir. (Borçlar Kanunu’nun genel sorumluluk hükümleri dışında). Her birinde sorumluluğun kapsamı bu husustaki şartları belirleyen hükmün (normun) koruma amacıyla sınırlıdır. Bu sınırlı dışında kalan zararların tazmini hüküm (norm) kapsamı dışında kalır. Diğer bir ifadeyle kanunun koruma amacı ile zarar arasında bağ bulunmalıdır. Bunu sorumluluğa yol açan olayla zarar arasındaki nedensellik bağı ile karıştırmamak gerekir.” (Lexpera).

⁹⁷ KILIÇOĞLU, N 2115; ABİK, s. 345.

sınırlanması ve korunma amacı dışında kalan ihlal biçimi, tehlikeler ve zararlı sonuçlar bakımından daha elverişli sonuçlara ulaşmaya imkân tanıyacaktır⁹⁸. Başka bir ifadeyle, netice ile nedensellik bağı içerisinde olan fiilin tespiti sorumluluğun belirlenmesinde başlı başına yeterli olmayacak, bunun yanında normun koruma amacı görüşü ile neticenin uygun sebebi olan fiillerden hangisi ya da hangilerinden failin sorumlu olacağı belirlenecektir.

IV. NEDENSELLİK BAĞI TEORİLERİNE DAİR KANAATİMİZ

A. Nedensellik Bağının Tespiti

Hukuki bakımdan nedensellik bağının belirlenmesi ciddi anlamda güçlük taşıyan bir meseledir. Nitekim hukuki sorumluluğa yol açacak bir neticenin kişinin fiilinin sonucu yani onun eseri olduğu belirlenmektedir. Bu yapılırken de her ne kadar mümkün olduğunca açık ve önceden öngörülebilir teoriler üretmek daha faydalı olabileceksede yukarıda anlatılanlardan açıkça görüldüğü üzere olayların mahiyeti arasındaki farklılıklar, bütün olaylara kesin bir formülle yaklaşılmamasını zorlaştırmaktadır.

Öncelikle, felsefi açıdan sebep kavramı hukuk bilimine uygun düşmemektedir. Çünkü bunun kabulü neredeyse tamamen sorumluluğu ortadan kaldıracaktır. Tabii bilimlerce kabul edilmiş nedensellik teorisi veya bunun hukuktaki görünüm biçimi olan şart teorisi ise haksız fiil hukuku açısından sınırsız sorumluluk riskini barındırmaktadır⁹⁹. Ceza hu-

⁹⁸ KILIÇOĞLU, N 2120 vd.

⁹⁹ Ancak bu durum tabii bilimlerce kabul edilen nedensellik tespitinin hukuk tarafından yok sayıldığı anlamına gelmemektedir. Nitekim sonucun gerçekleşmesi için olmazsa olmaz niteliğinde bulunan bir fiil gerçekleşmedikçe nedensellik bağından söz edilemez. Haksız fiil hukukunda mantık kurallarına göre tabii olarak bulunması gereken bu ilişki zorunlu olmakla beraber yeterli olmayacaktır. Bkz. Yarg. HGK, T. 13.06.2018, E. 2015/1100, K. 2018/1185: “İllet bağı sorumluluğun temel ögesidir. Zararlı eylem arasında illet bağına mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir. Hiçbir hukuk düzeni mantık yasalarına göre mevcut olmayan illet yaratamaz. Mantık bakımından bu illete sonsuz zincir halinde neticeler bağlanabilir. Hukuki netice olarak zararın tazmin sorumluluğunun kabulü için, bir sebebe illi olarak bağlanan neticeler silsilesinin içinde hangi kesimin gerekli ve yeter olacağını belirlemek yine hukuk düzeninin görevidir (H. Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, İstanbul 2010, s.74).” (Lexpera).

kukunda dahi doğal bir süreç olan nedenselliğin tespitinin ardından, normatif olarak objektif isnadiyet değerlendirmesi yapılmaktadır¹⁰⁰. Bu alanda yalnızca neticenin kişinin fiili ile nedensel bir ilişki içerisinde olması yeterli bulunmamakta, ayrıca söz konusu sonucun o fiili gerçekleştiren kişiye isnad edilebilmesi gerekmektedir. Ayrıca haksız fiil hukukundan farklı olarak, her suç için kast veya taksir değerlendirmesi yapılmaktadır. Şart teorisinin sınırlandırılmasına yönelik ortaya atılmış bahsi geçen diğer teoriler ise hem çoğunlukla son şartın sebep olarak kabulü sonucuna yol açacağından hem de muğlak bir çözüm sağladığından nedenselliğin tespitinde işlevsel değildir.

Normun koruma amacı görüşü sorumluluğu sınırlandırmak bakımından etkili olmakla beraber bir nedensellik teorisi değildir. Bir fiil nedeniyle kişinin sorumlu olup olmadığı tespit edilirken bu aşamada sorumluluğu sınırlayan farklı hususlarla karşılaşılabilir¹⁰¹. Söz konusu fiil nedeniyle sorumluluk kural olarak hukuka aykırılık, zarar, kusur ve nedensellik bağı koşullarının sağlanmasına bağlıdır. Bir fiilin netice bakımından uygun sebep olduğunu kabul etmekle beraber bunun normun

¹⁰⁰ ÖZGENÇ, s. 196; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 283; DÜLGER, BAKDUR, ÖZKAN, s. 750 vd.; GÖSSEL, Karl Heinz, BAŞER DOĞAN, Zehra, "Objektif Isnadiyet ve Nedensellik", BÜHFD, 13/167-168, 239-240.

¹⁰¹ Bu hususta bir Yargıtay kararında şu örnek verilmektedir: "*Örneğin, doktrinde (klasik bir örnek olarak) belirtildiği gibi, bir gazinoda her akşam konser vermeyi taahhüt eden bir piyanist, bir akşam gazinoya giderken bir trafik kazasından yaralanmış ve bir süre konserlerini verememiştir. Burada, piyanistin kazaya sebebiyet verenden, maruz kaldığı zararları talep etmesi hukuk kuralının (normunun) koruma alanına girmektedir. Ancak, piyanistin maruz kaldığı bu zarar dolayısıyla gazino sahibi, vestiyeri işleten şahıs, garsonlar, müzik eleştiricileri, hatta gazino sahibinin kazancı azaldığı için az vergi almak zorunda kalan devlet, o süre içinde elektrik sarfiyatı olmaması nedeniyle daha az elektrik ücreti tahakkuk ettiren belediye vs. de dolaylı olarak zarar görmüşlerdir. Hiç şüphesiz verilen bu örnekteki kişilerle zarar arasında mantıklı bir illiyet bağı bulunmasına rağmen, trafik kazasına neden olan haksız eylem failinin ihlal ettiği hukuk normu (trafik kuralı) bu kişileri yani gazino, sahibi, vestiyerci, devlet ve belediyeyi koruma amacını gütmeyeceğinden, yoksun kaldıkları kazanç için failden tazminat talebinde bulunamazlar. Bu kural (haksız eylemi işleyen önceden göremeyeceği sonuçlardan dahi sorumludur). ilkesinin, fail veya objektif surette sorumlu olan şahıs için çok ağır olabilecek sonuçlarını hafifletmek üzere, bir yandan uygun illiyet bağı, diğer yandan hukuka aykırılık bağı kavramlarının bir sonucu olarak kabul edilmiştir. (Tandoğan -age-17) (Erenage-15 vd. 27). O halde bu gibi durumlarda sorumluluğu sınırlamak, hem uygun illiyet teorisinden ve hem de hukuka aykırılık bağı teorisinden yararlanmak suretiyle mümkün olacak ve en doğru ve adil çözüm yolu bulunacaktır." (Yarg. 4. HD, T. 13.3.1978, E. 1977/5312 K. 1978/3193- Lexpera)*

koruma amacına dâhil olmadığını belirlemek hukuka aykırı fiil başlığı altında incelenmelidir. Nitekim nedensellik bağının var olduğu her hâlde mutlak olarak sorumluluğun da bulunacağı sonucuna ulaşamaz. Nasıl ki fiil ile netice arasında nedensellik bağı olsa da failin kusurunun bulunmaması (kusur sorumluluğu bakımından) onun sorumlu tutulmasını engelliyorsa, nedensellik bağının varlığına rağmen normun koruma amacı kapsamında sadece belirli menfaatlerin korunuyor olması da sorumluluk çerçevesini sınırlandırmaktadır. Dolayısıyla normun koruma amacının tespiti çalışmamız kapsamında nedensellik bağının var olduğunu tespitten sonra anlam ifade edecektir. Fiil mevcut sonucu doğurmak bakımından nedensel değilse artık söz konusu menfaatin ilgili normun koruma amacına dâhil olup olmadığını irdelemeye gerek bulunmayacaktır. Bundan dolayı kanaatimizce normun koruma amacı görüşü nedensellik incelemelerinden sonra gündeme gelmelidir.

Netice itibarıyla uygun sebep görüşü incelenen görüşler arasında en işlevsel olanıdır. Bununla beraber bu görüşün teknik olarak bir nedensellik bağı teorisi olduğundan söz edilemeyecektir. Çünkü bir fiil ya neticeye yol açmıştır ya da açmamıştır¹⁰². Bu değerlendirme kişiye göre de-

¹⁰² Şu ana değin zararlı neticenin tek bir sebebi olduğu temeline dayalı ihtimaller üzerinde duruldu. Fakat her olayda münhasıran tek bir sebebin bulunması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bazı olaylarda birden fazla sebebin birlikte gündeme gelmesi (sebeplerin içtimai) söz konusu olabilecektir. Bu hususta düşünülebilecek ilk ihtimal (ortak nedensellik), her biri başlı başına neticenin gerçekleşmesine imkân veremeyecek birden fazla durumun birleşerek zararlı neticeye yol açmasıdır. Bu kapsamda her bir sebebe ortak veya kısmi sebep denilebilecektir (EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 149; ANTALYA, N 1226). Kusurun ve nedenselliğin ortak olması ihtimalinde kusurlu ortak nedensellik, tarafların ortak hareket iradesine sahip olmamaları ihtimalinde ise yalın ortak nedenselliğin varlığından söz edilecektir (EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 149 vd.; ANTALYA, N 1229 vd.). Kusurlu ortak nedensellikte sebepleri gerçekleştiren her bir şahsın zararın tamamından müteselsilen sorumlu olması gerekmektedir (EREN, Genel Hükümler, N 1709). Birden fazla sebebin bulunması durumunun ikinci görünüm biçimi ise yarışan nedenselliktir. İlk ihtimalden farklı olarak burada her bir sebep başlı başına zararlı neticeyi meydana getirmede yeterlidir (EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 157 vd.; ANTALYA, N 1236; TUNÇOMAÇ, s. 454; TANDOĞAN, s. 84; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 570; KILIÇOĞLU, N 2137; KUNTER, s. 199). İlk ihtimalde tek başına zararlı neticeyi doğurma yetisine sahip olmamakla beraber bir araya geldiklerinde bunu sağlayabilecek birden fazla fiil aynı anda gerçekleşirken ikinci durumda aslında kendi başlarına zararlı neticeyi ortaya

ğişmeyen mekanik bir süreç olmalıdır. Oysa uygun sebep teorisi kapsamında neticenin belli bir fiilin sonucu olup olmadığı mevzuu, bir isnad sorunudur. Bu çerçevede fiil ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağı bulunsa bile isnadiyetin bulunmaması nedeniyle sorumluluğun önlenmesi söz konusu olabilecektir. Nitekim şart teorisinin kabul edildiği ceza hukukunda da böyle bir yaklaşım bulunmaktadır. Öncelikle şart teorisi kapsamında nedensellik bağı tespit edilmekte akabinde neticenin ki-

çıkabilecek birden fazla fiil aynı anda gerçekleşmektedir. Bahsi geçen ikinci hâlde her bir şahsın fiili zararlı neticeyi meydana getirebilecek nitelikte olduğu için bunlar zararlı neticenin tamamından müteselsilen sorumlu olacaktır (TUNÇOMAĞ, s. 454; TANDOĞAN, s. 85; FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, N 872). Örneğin iki hemşirenin aynı zamanda aşırı dozda ilaç vererek hastanın ölümüne sebebiyet vermeleri hâlinde yarışan nedensellikten söz edilecektir. Birden fazla sebebin bulunması hâlinde son ihtimal (seçimlik/alternatif nedensellik) ise, tıpkı ikinci durumdaki gibi tek başına zararlı neticeyi meydana getirebilecek birden fazla fiil bulunmasına rağmen ikinci durumdan farklı olarak bu fiillerden hangisinin zararlı neticeyi meydana getirdiğinin bilinmemesidir (TUNÇOMAĞ, 454; TANDOĞAN, s. 85; KUNTER, s. 199; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 570; KILIÇOĞLU, N 2139; FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, N 875; FREI, s. 31). Bu hususta doktrindeki bir görüş, nedenselliğin kurulmaması sonucu sorumluluğun söz konusu olmaması gerektiğini savunmaktadır (TUNÇOMAĞ, s. 454-455; TANDOĞAN, s. 86; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 570-571; EREN, Genel Hükümler, N 1714; AYDOĞDU, NART, s. 200). İkinci bir görüş, burada ispat yükünün tersine çevrildiğini zarar veren tarafın nedensellik bağının bulunmadığını ispatlaması gerektiğini belirtmektedir (ROBERTO, § 6 N 173). Diğer bir görüş de TBK m. 61/1 hükmünün kıyasen uygulanarak olası nedenler arasında bir bağlantı kurulabildiği sürece, ilgili kişilerin zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olduklarını kabul etmektedir (FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, N 876). Doktrinde, yalnızca bir fiilin zararlı neticeyi meydana getirmesinden farklı olarak nedenlerin bütünlük göstermesi ve tek bir haksız fiil teşkil etmesi hâlinde ise (örneğin bir kavgada şahsı yaralayanın tespit edilememesi) buna yol açan herkesin (kavgaya katılan herkesin) müteselsilen sorumlu olması gerektiği savunulmaktadır (TUNÇOMAĞ, s. 455; TANDOĞAN, s. 87; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, 571; EREN, Genel Hükümler, N 1714). Diğer bir ihtimal ise yukarıdaki üç durumdan da farklı olarak, birden fazla sebebin zararlı neticeye beraberce sebebiyet vermesi (sebeplerin içtimalı) değil mevcut olayda zarar gerçekleşmiş olmasına rağmen eğer zarar gerçekleşmemiş olsaydı bile yine de zararı meydana getirecek olayların vuku bulacak olması hâlidir (önüne geçilen nedensellik/farazi nedensellik) (TUNÇOMAĞ, s. 453; KILIÇOĞLU, N 2138; FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, 878 vd.; FREI, s. 21). Örneğin uzun bir tren yolculuğuna çıkan bir kişi bu yolculuğa çıkmadan önce aldığı yiyeceklere zehir katılması sonucu ölmüş ve kişi öldükten bir gün sonra gemi açık denizde batmış olsun. Bu hâlde ilk olayın faili sorumluluktan kurtulamayacaktır.

şiye isnad edilebilir olup olmadığı belirlenmektedir. Ceza hukukunda sorumluluğu sınırlandırmaya yönelik bu normatif yaklaşım doktrindeki genel kabul ve Yargıtay kararlarına göre uygun sebep teorisine göre değil objektif isnadiyet teorisine göre ele alınmaktadır¹⁰³. Netice ile kişinin fiili arasında sebep sonuç ilişkisi bulunsa dahi o netice kişiye isnad edilebilir değilse diğer bir ifadeyle o kişinin eseri değilse, objektif isnadiyet bulunmamaktadır. Objektif isnadiyetin yokluğu hâlinde de kişinin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Zararlı netice kimin eseri ise o sorumlu olacaktır.

Haksız fiil hukuku eserlerinde bahsi geçen normatif değerlendirme uygun sebep teorisi kabul edilerek yapılmaktadır¹⁰⁴. Bu alanda objektif isnadiyet teorisine pek değinilmemektedir. Bununla beraber aralarında bir takım farklılıklar olmakla birlikte¹⁰⁵ her iki teori de aslında neticenin belirli bir fiilin münhasır sonucu olduğunu belirterek, normatif bir değerlendirmeyle sorumluluğu daraltma yoluna gitmektedir. Her iki teori de kusur kavramından bağımsız olarak nedenselliği belirlemektedir. Dolayısıyla sorumluluğun tespitinde öncelikle nedensellik bağı kurularak netice belirli bir fiilin sahibine isnad edilecek, ardından kusurun arandığı

¹⁰³ DEMİRBAŞ, 268; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s. 283; ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 359 vd.; Yarg. CGK, T. 21.04.2015, E. 2013/704, K. 2015/121: “Uyuşmazlığa konu somut olayın özellikleri itibarıyla objektif isnadiyet kavramına ayrıca yer verilmesi gerekmektedir. Günümüz modern ceza hukuku anlayışında nedensellik bağının belirlenmiş olması tek başına failin cezalandırılması için yeterli bulunmayıp, ayrıca gerçekleşen neticenin failin eseri olup olmadığını, diğer bir ifadeyle ortaya çıkan neticenin belli bir kişiye objektif olarak isnadının mümkün olup olmadığını tespit edilmesi de gerekir. Olayda öncelikle şart teorisine göre nedensellik bağı ortaya konulmalı, ardından gerçekleşen neticenin failine isnat edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır. Objektif isnadiyet, neticenin belirli bir kimsenin eseri olarak görülüp görülemeyeceği anlamına gelmektedir. Eğer meydana gelen netice, üçüncü kişinin veya bir rastlantının eseri ise failine isnat edilemeyecektir. Bu nedenle netice, insanın hükmedebileceği alanın dışında kalıyorsa hukuken önemli olan bir tehlike ya da risk bulunmamaktadır.” (Lexpera). Honig’e göre uygun sebep teorisi nedensellik bağının tespitinde yetersizdir. Zira nadiren karşılaşılan öyle hâller olabilir ki bunların normal hayat tecrübelerine dayalı olarak çözülmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla burada öncelikle şart teorisine göre nedensellik bağı tespit edilmeli, akabinde ise neticenin failine objektif olarak isnad edilebilir olup olmadığı incelenmelidir (HONIG, ABADAN, s. 175).

¹⁰⁴ Böylelikle sorumluluğun sınırlandırılmasına gidilmektedir (OFTINGER, STARK, s. 114)

¹⁰⁵ İki teoriye dair karşılaştırma için bkz. BAŞER DOĞAN, Zehra, Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2020, s. 222 vd.

hâllerde kusur değerlendirmesi yapılacaktır. Bununla beraber çalışmamızda normatif değerlendirme doktrindeki genel eğilime uygun olarak uygun sebep teorisi çerçevesinde yapılacaktır.

Uygun sebep görüşü bakımından uygun sebebin belirlenmesinde üç bakış açısına sahip olunabileceği belirtildi. Olayın gerçekleştiği anda failin gözünden veya hüküm anında objektif bir gözlemcinin gözünden şartların değerlendirilmesi kanaatimizce doğru olmayacaktır. Çünkü olayın gerçekleştiği anki şartların failin bakış açısıyla değerlendirilmesi aslında sorumluluğun bir diğer şartı olan kusur değerlendirmesinden öteye geçmeyecektir. Hüküm anında objektif bir değerlendirme yapmak ise sorumluluğu aşırı genişletecektir. Bu da normatif bir değerlendirme ile sorumluluğu sınırlandırma amacının güdüldüğü teorinin amacıyla çok bağdaşmayacaktır. Çünkü fail, olayın gerçekleşme anında söz konusu neticeyi öngörmesi ondan beklenemeyecek olsa bile sorumlu olacaktır, yeter ki olay anında o şart bulunsun. Her iki görüş de ulaşmak istediğimiz sonuca gitmede uygun araçlar değildir.

Son olarak olayın gerçekleşme anında objektif bir gözlemcinin bakış açısıyla değerlendirme yapmak gündeme gelebilecektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, doktrinde genel olarak, bu değerlendirme bakımından ideal insanın öngörüsünün esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. İdeal insan öngörüsünün esas alınmasının aslında fail bakımından ağır bir sonuç doğurabileceği, bu yüzden de vasat zekâda üçüncü bir şahsın öngörüsünün esas alınması gerektiği düşünülebilir. Nitekim Thon tarafından bu görüş savunulmuştur. Buna göre, olayın gerçekleşme anında vasat zekâdaki üçüncü bir şahsın, fiilinin sonucu olarak öngörebileceği netice ile fiili arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Bu doğrultuda hareket edilirse, ideal insan görüşünden farklı olarak sorumluluk daha dar belirlenebilir. Zira kusursuz sorumluluk hâllerinde sorumluluğun kapsamı, yalnızca nedensellik bağı penceresinden yapılan tespite bağlı olduğundan ideal insan tiplemesi sorumluluğu genişletecektir. Oysa vasat zekâdaki insan öngörüsü esas alınırsa bu durumda sorumluluğun belirlenmesinde, ideal bir insana nispeten vasat zekâdaki insanın öngörü yeteneğinin daha dar olması nedeniyle sorumluluk eşiği daha da yükseltilebilecektir. İlâveten, somut olayda kişinin öngördüğü durumların da nedensellik bağının tespiti açısından göz önünde bulundurulması gerektiği

kanaatindeyiz. Tüm bunlardan dolayı, her ne kadar ideal insan öngörüsü daha objektif bir kriter olsa da olay anında vasat zekâdaki insan öngörüsünün esas alınmasının amaca daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Şüphesiz ki bu değerlendirmeyi yapacak olan hâkimdir.

B. Nedensellik Bağının Kesilmesi

Nedensellik bağının kesilmesi olarak ifade edilen durumlarda neticeye yol açan ikinci sebep o denli belirleyici olup öne çıkar ki ilk sebebi tamamen ortadan kaldırır ve netice artık ilk sebebi gerçekleştirene atfedilemez¹⁰⁶. Doktrin ve Yargıtay kararlarında üç durumun nedensellik bağını kestiği belirtilmektedir¹⁰⁷. Bunlar mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zarar görenin ağır kusurudur¹⁰⁸.

¹⁰⁶ OETKER, N 143. SCHMIDT, Karsten, “Grundlagen der Haftung”, Der Haftpflichtprozess, Hrsg. Kurt Haag, 28. Auflage, München, 2020, N 30; MÜLLER, N 38; SCHNYDER, PORTMANN, MÜLLER-CHEN, N 100; BGE 4A_115/2014, 20.11.2014; BGE 4A_385/2013, 20.02.2014 (Swisslex).

¹⁰⁷ Doktrinde ve yargı kararlarında nedensellik bağının yokluğu ve kesilmesi şöyle izah edilmektedir. Nedensellik bağının yokluğu hâlinde sebeple netice arasında tabii nedensellik bulunmakla birlikte uygun nedensellik bulunmamaktadır. Nedenselliğin kesilmesinde ise sebep neticeyi doğurmaya niteliği itibarıyla elverişlidir, fakat ortaya çıkan yeni bir sebep ilk sebebi arka plana itmektedir (EREN, Genel Hükümler, N 1726-1727; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021, s. 428; Yarg. HGK, T. 20.04.2021, E. 2021/86, K. 2021/516- Lexpera). Eren bu ayrımı tasvir etmek için şu örnekleri vermiştir: A, B’ye gitmek istediği yolu sormuş ve B, şaka amacıyla yanlış yol tarifi vermiştir. A, B’nin tarif ettiği yoldan giderken otomobil çarpması sonucu ölürse burada B’nin davranışı ile A’nın ölümü arasında uygun nedenselliğin bulunduğu söz edilemez. Oysa bir kişinin intihar etmek amacıyla trenin önüne atlaması hâlinde onun ölümüyle demiryolu işletmesi arasında uygun nedensellik bulunmaktadır. Fakat bu nedensellik intihar eden kişinin davranışı nedeniyle arka plana itilmekte dolayısıyla da nedenselliğin kesildiği sonucuna ulaşılmaktadır (EREN, Genel Hükümler, N 1726-1727). HONSELL/ISENRING/KESSLER’e göre, uygun nedensellik ve uygun nedenselliğin kesilmesi farkı sisteme aykırıdır. Çünkü uygun nedensellik ya vardır ya yoktur ve hâlihazırda uygun olan bir nedenselliğin kesilmesinden söz etmek tutarsızdır. Kesintinin gerçek nedenleri ya doğal nedensellikteki kesinti ya da varsayımsal bir nedenseliktir (HONSELL, ISENRING, KESSLER, N 37).

¹⁰⁸ WEBER, Rolf H., EMMENEGGER, Susan, “OR 97”, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Berner Kommentar, 2. Auflage, Bern, 2020, N 419; HONSELL, ISENRING, KESSLER, N 39 vd.; MÜLLER, N 38; ROBERTO, § 6 N 182; FURRER, MÜLLER-CHEN, ÇETİNER, N 858 vd.; REY, N 560 vd.; BGE 119 ib 334, 03.03.1993 (Swisslex); Yarg. İBBGK, T. 6.5.2016, E. 215/1, K. 216/1 (Lexpera). Yarg. HGK, T. 10.11.2004, E. 204/526, K. 2004/589: “Kusursuz sorumluluk da illiyet bağının kesilebilmesi için zarar

Doktrindeki genel kabule ve yargı kararlarına göre bir olayın mücbir sebep¹⁰⁹ teşkil edebilmesi için harici, öngörülemmez ve önlenemez olması gerekmektedir¹¹⁰. Haricilik ile kastedilen olayın, işletme ve faaliyet alanı dışında gerçekleşmesidir¹¹¹. Öngörülemmezlik unsurundan, olayın öngörülemmezliği veyahut olay öngörülebilsede dahi sonuçların öngörülemmezliği anlaşılmaktadır¹¹². Son olarak önlenemezlik unsurunda, mücbir sebep teşkil eden olayın karşı konulamaz bir şekilde davranış normunun veya borcun ihlaline yol açması aranmaktadır¹¹³.

görenin ağır kusurunun bulunması veya üçüncü bir kişinin illiyet bağıni kesebilecek nitelikte ağır kusurunun olması veya hakkında zararlandırıcı sonucun meydana gelmesinde öngörülmeyen bir halin bulunması gerekmektedir.” (Lexpera). Brehm’e göre, nedensellik bağının kesilmesine yol açan hususlar yoğun ve istisnai olmalıdır. Yabancı bir nedenin öngörülmemezliği başlı başına yeterli olmamalıdır. Bunun zarara sebep olan kişinin fiili dâhil diğer tüm olası nedenleri bir kenara bırakması gerekir (BREHM, N 136a).

- ¹⁰⁹ Mücbir sebebin ne olduğunun belirlenmesine dair sübjektif ve objektif teori bulunmaktadır. Sübjektif teoriye göre içinde bulunulan koşullarda mümkün olan en iyi özen gösterilse dahi olayın gerçekleşmesi engellenemiyorsa mücbir sebepten bahsedilir (EREN, Genel Hükümler, N 1730; ŞAHİN, Hale, Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi, Ankara, 2020, s. 58). Objektif teoriye göre ise olayların normal akışına göre beklenmedik hâlleri açıkça aşan, işletme ve faaliyet alanı dışında gerçekleşen olaylar mücbir sebep teşkil eder (EREN, Genel Hükümler, N 1730).
- ¹¹⁰ SCHNYDER, PORTMANN, MÜLLER-CHEN, N 124; REY, N 574; EREN, Genel Hükümler, N 1732 vd.; BİYAN, Özgür, Mali Hukuk Açısından Mücbir Sebep, İstanbul, 2020, 12 vd.; ŞAHİN, s. 96 vd.; WEBER, EMMENEGGER, N 424; MÜLLER, N 41; HONSELL, ISENRING, KESSLER, N 39; ROBERTO, § 6 N 183; FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, N 858; Yarg. HGK, T. 27.06.2018, E. 2017/90, K. 2018/1259: “Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâlüne mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır (Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 582).”; Yarg. HGK, T. 27.02.2013, E. 2012/1141, K. 2013/282 (Lexpera).
- ¹¹¹ BAYSAL, Haksız Fiil, N 2307, EREN, Genel Hükümler, N 1736. Yarg. HGK, T. 20.03.2013, E. 2012/1096, K. 2013/1096: “Mücbir sebep olarak kabul edilen olayın mutlaka işletenin işletmesi (aracı) dışında oluşan bir olay olması gerekir. Mücbir sebep sayılan olayın, araç dışında bir olay olması özelliğine “mücbir sebebin hariciliği” unsuru denilmekte olup, aracın direksiyonunun kopması, fren patlaması, sürücününün bayılması, uyuması gibi olaylar mücbir sebep değildir. (Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku, 4.Bası, s.539).” (Lexpera).
- ¹¹² EREN, Genel Hükümler, N 1743; GÜMÜŞ, s. 429).
- ¹¹³ EREN, Genel Hükümler, N 1740. Yarg. HGK, T. 27.02.2013, E. 2012/1141, K. 2013/282: “Kaçınılmazlığın mutlaklığından amaç, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre mevcut her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile ihlalin, dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse

Nedenselliği kesen diğer hâllerden olan üçüncü kişinin veya zarar görenin ağır kusuru üzerinde durulması gereken problemlili bir alandır. Doktrinde bir görüş¹¹⁴ nedenselliği kesen davranışın kusurlu olmasını ararken, diğer bir görüş¹¹⁵ nedensellik değerlendirmesinde kusura yer verilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

Kanaatimizce kusur, davranış ve netice arasındaki sebep sonuç ilişkisi tespit edildikten sonra göz önünde bulundurulacak diğer bir sorumluluk unsuru olduğundan nedensellik değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmamalıdır. Önemli olan, neticenin üçüncü kişinin veya zarar görenin bir davranışından kaynaklanıyor olmasıdır. Yoksa onların bu davranışı gerçekleştirirken kusurlu bir şekilde hareket etmiş olmaları şart

tarafından önlenememesidir. İsviçre Federal Mahkemesine göre de mücbir sebep teşkil eden bir olayın zarar verici sonucu, herkes için kaçınılmaz ve mutlak anlamda önlenmesi imkansız kısıcası kaçınılmazlık objektif olmalıdır.” (Lexpera).

¹¹⁴ KILIÇOĞLU, N 2145-2146; REY, N 560 vd.; FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, N 859 vd.; BGE 105 II 209, 29.05.1979 (Swisslex); Yarg. 5. HD, 29.01.2013, E. 2012/15269, K. 2013/1397; Yarg. 11. HD, T. 21.03.2011, E. 2010/1326, K. 2011/2912; Yarg. 1. HD, T. 27.12.2011, E. 2011/14594, K. 2011/13731; Yarg. 3. HD, T. 15.02.2018, E. 2016/9239, K. 2018/1133; Yarg. 3. HD, 20.12.2012, E. 2012/21353, K. 2012/26268 (Lexpera). Bazı yazarlar, ayırt etme gücü olmayan kişi kusurlu davranamayacağından, onun davranışının kural olarak nedenselliği kesemeyeceğini belirtmektedir (FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, N 859 vd.; SCHNYDER, PORTMANN, MÜLLER-CHEN, N 118). Bu görüşe göre en fazla TBK m. 65 hükmüne kıyasen tazminatta indirim yapılabilir (FURRER, MULLER-CHEN, ÇETİNER, N 859 vd.; REY, N 563). Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu bir olay için bkz. BGE 4A_602/2018, 28.05.2019-Swisslex. Kararın değerlendirmesi için bkz. FELLMANN, Walter, BURGER, Yvonne, “Unterbrechung des Kausalzusammenhangs bei Gefährdungshaftung”, HAVE, 2019, s. 387 vd.

¹¹⁵ BAYSAL, Başak, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul, 2012, s. 168; OĞUZMAN, ÖZ, N 146. Oğuzman/Öz mağdurun fiili üzerinden bu değerlendirmeyi yapmakta ve mağdurun akıl hastası olması hâlinde dahi nedensellik bağının kesilebileceğini belirtmektedir (OĞUZMAN, ÖZ, N 146). Ayrıca bkz. EREN, Genel Hükümler, N 1751 ve 1757. Yazara göre, zarar görenin kusurunun yanı sıra ona yükletilebilecek bazı sebeplerle de nedensellik kesilebilir. Bunlar özellikle hakimiyet alanındaki eşya ve işletme tehlikeleriyle yardımcı kişilerin davranışlarıdır. Bu sebeplerin nedensellik bağını kesecek yoğunluğa erişmesi zarar görenin ayırt etme gücüne bağlı değildir (EREN, Genel Hükümler, N 1751. Aynı yönde bkz. AYDOĞDU, NART, s. 198). Üçüncü kişinin fiili bakımından da kusursuz sorumluluk hâllerinde üçüncü kişinin gerçekleştirdiği sebebin illiyet bağını kesebilmesi için ilk sebepten daha yoğun olması gerekmektedir (EREN, Genel Hükümler, N 1757). Aydoğdu/Nart’a göre üçüncü kişinin fiilinin nedensellik bağını kesebilmesi için onun kusurunun ve dolayısıyla da ayırt etme gücünün bulunması gerekmektedir (AYDOĞDU, NART, s. 199).

değildir. Nitekim uygun sebep teorisinde aslında bir isnadiyet problemi bulunmaktadır¹¹⁶. Şüphesiz ki olayların çoğunda üçüncü kişinin veya zarar görenin nedenselliğinin kesilmesine yol açan davranışı kusurlu olacaktır. Bu durumda kusurlu davranışlar öne geçecek ve neticenin inhisari sebebini teşkil edecektir. Ancak durumların çoğunda kusurun var olacağı gerçeği, nedenselliğinin kesilmesi için kusurun şart olduğu anlamına gelmemelidir. Ayırt etme gücü bulunmayan bir kişinin fiili ile dahi nedensellik bağı kesilebilir. Nedensellik bağının tespitinde kusurun bir öneminin bulunmadığı gibi, nedensellik bağının kesilmesinde de kusura bakılmamalıdır. Örneğin TBK m. 65 hükmü uyarınca hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda hâkimin, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararı gidermesine karar verebileceği belirtilmektedir. Normal şartlarda ayırt etme gücü bulunmayan kişinin sorumluluğuna gidilememesinin nedeni onun kusurlu davranmasının mümkün olmamasıdır. Oysa hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda onun verdiği zararı tazmin etmesinin gerekmesi, zararlı neticenin onun eseri olduğunu açık bir şekilde göstermektedir. Bu durumda ayırt etme gücü bulunmayanın hukuka aykırı fiili ile zararlı netice meydana gelmektedir. Zararlı netice ile ayırt etme gücü bulunmayanın fiili arasında sebep sonuç ilişkisi, diğer bir ifadeyle nedensellik bağı bulunmaktadır. Aksi hâlde kusur unsuru aranmasa bile, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin sorumluluğuna gidebilmek mümkün olmayacaktı.

Nedensellik bağının kesilmesinde kusura bakılmayacak olsa da zarar görenin veya üçüncü kişinin fiili o denli bir yoğunluğa ulaşmalıdır ki zararlı sonucun münhasır sebebi hâline gelebilmelidir. Ayrıca kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu hâllerde bazı işletmeler bakımından tehlike o kadar büyüktür ki üçüncü kişinin ya da zarar görenin fiilinin nedenselliği kesecek yoğunluğa ulaşması çok zor olabilir¹¹⁷. Fakat somut olayda üçüncü kişinin veya zarar görenin davranışı gerekli yoğunluğa ulaşmış neticenin inhisari sebebi hâline geldiyse, bu durumda bahsi geçen kişilerin kusurunun yokluğu nedeniyle nedenselliğinin kesilmediğini ve ilk

¹¹⁶ FREI, s. 169.

¹¹⁷ EREN, Uygun İliyet Bağı, s. 640.

fiili gerçekleştiren kişinin davranışının nedensel olduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır.

Netice itibarıyla üçüncü kişinin veya zarar görenin davranışı ilk sebebi arka plana itmekte ve zarara sebebiyet veremekteyse, onların kusurlarının varlığını veya yokluğunu göz önünde bulundurmaya gerek kalmayacaktır. Nitekim nedenselliğin tespitinde belirttiğimiz üzere nedenselliği belirlerken neticenin kişinin eseri, onun fiilinin sonucu olmasını esas almıştık. Var olan bir nedenselliği kesen ve zararlı neticenin nedeni kabul edilen davranış bakımından da aynı yaklaşım esas alınmalıdır.

SONUÇ

Nedensellik bağının tespiti sorunu eski zamanlardan beri farklı bilim dallarınca inceleme konusu yapılmıştır. Bir netice herhangi bir fiilden değil yalnızca ona sebep olan fiilden doğar, dolayısıyla da yalnızca sebep niteliğindeki fiili gerçekleştiren kişinin sorumluluğu gündeme gelebilir. Sorumluluğa yol açacak bu bağın tespiti hayati bir fonksiyon üstlendiğinden bu hususa titizlikle yaklaşılması gerekmektedir.

Doktrinde nedensellik bağının tespitinde bugüne değin pek çok görüş savunulmuştur. Bu görüşlerin uygunluğu hukukun hangi sahasında çalışılıyor olduğuna göre değişebilmektedir. Örneğin şart teorisinin, ceza hukukunda ve haksız fiil hukukunda doğuracağı sonuçlar aynı değildir. Çalışmamızda meselenin haksız fiil hukuku boyutu esas alındığından, sorumluluğu doğru ve hakkaniyete uygun belirleyecek daha mutlak bir yol çizilmeye çalışılmıştır. Yukarıda detaylıca açıklanan görüşlerden her biri avantajlı veya dezavantajlı bazı yönler içermekte olup hiçbirinin kesin olarak doğru olduğundan söz edilemeyecektir. Bununla beraber kanaatimizce, çalışma alanına özgü bir değerlendirmeye şu an için uygun sebep görüşü kabul edilebilir. Fiil ile netice arasında uygun sebep ilişkisinin var olup olmadığı tespit edilirken hâkim tarafından olayın gerçekleşme anında, vasat zekâdaki bir insanın öngörüsü esas alınmalıdır.

Son olarak nedensellik bağının tespitinde olduğu gibi kesilmesinde de kusur unsuruna yer verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bundan dolayı mücbir sebep, üçüncü kişinin veya zarar görenin bir davranışı neticenin münhasır sebebi hâline gelmekteyse, ilk sebep bakımından nedensellik bağının kesildiği sonucuna ulaşılmalıdır.

KAYNAKLAR

- ABİK, Yıldız, "Normun Koruma Amacı Teorisi", AÜHFD, 59 (3), 2010, s. 345-448.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, 2. Baskı, İstanbul, 2019.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, ALŞAHİN, M. Emin, ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara, 2021.
- ATAMER, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul, 1996.
- AYDOĞDU, Murat, NART, Serdar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2022.
- BAŞALP YILDIRIM, Nilgün, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler", GÜHFD, 2019/1, s. 293-332.
- BAŞER DOĞAN, Zehra, Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2020.
- BAYSAL, Başak, Haksız Fiil Hukuku, İstanbul, 2019. (*Haksız Fiil*)
- BAYSAL, Başak, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul, 2012.
- BİYAN, Özgür, Mali Hukuk Açısından Mücbir Sebep, İstanbul, 2020.
- BREHM, Roland, "Art. 41", Berner Kommentar, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR, 5. Auflage, Bern, 2021.
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, İstanbul, 2020.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2021.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Maddi Sebebiyet Alakası", İÜHFM, C. 9, S. 1-2, 1943, s. 85-119.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, Ceza Hukuku, C. II, 14. Bası, İstanbul, 2019.
- DÜLGER, Murat V., BAKDUR, Merve, ÖZKAN, Onur, "Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet", CHD, 44, 2020, s. 747-787.

- EISELE, Jörg, "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.", Strafgesetzbuch Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, 30. Auflage, München, 2019.
- ERDİN, Selim, Ceza Hukukunda İlliyet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara, 2021. (*Genel Hükümler*)
- EREN, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975. (*Uygun İlliyet Bağı*)
- FELLMANN, Walter, BURGER, Yvonne, "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs bei Gefährdungshaftung", HAVE, 2019, s. 387-391.
- FREI, Mirjam Annika, Der rechtlich relevante Kausalzusammenhang im Strafrecht im Vergleich mit dem Zivilrecht, Zürich, 2010.
- FURRER, Andreas, MULLER-CHEN, Markus, ÇETİNER, Marcus, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2021.
- GÖKTÜRK, Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", İÜHFD, C. 7, S. 1, 2016, s. 407-450.
- GÖSSEL, Karl Heinz, BAŞER DOĞAN, Zehra, "Objektif İsnadiyet ve Necessellik", BÜHFD, 13/167-168, 239-260.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2021.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku, 25. Baskı, Ankara, 2021.
- HEINRICH, Honsell, ISENRING, Bernhard, KESSLER, Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2013.
- HONIG, Richard, ABADAN, M. Yavuz, "İlliyet Nazariyesine Dair", İÜHFM, 2, 1936, s. 169-188.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Ankara, 2021.
- KORIATH, Heinz, Kausalität und objektive Zurechnung, Baden, 2007.
- KUNTER, Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul, 1955.

- KURTULAN, Gökçe, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", MÜHF-HAD, C. 23, S. 1, 2017, s. 465-503.
- LAURENT, Sophie, *Prévisibilité et causalité adéquate*, Zürich, 2021.
- MILL, John Stuart, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, 8. Ed., New York, 1882.
- MÜLLER, Christoph, "OR 41", *Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-183 OR, CHK, 3. Auflage, 2016.
- NOMER, Halûk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, İstanbul, 2021.
- OETKER, Hartmut, "§ 249", *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 2, § 241-310 BGB, 8. Auflage, München, 2019.
- OFTINGER, Karl, STARK, Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 16. Bası, İstanbul, 2021.
- ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992. (*Dersler*)
- ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III*, 2. Bası, İstanbul, 1992, s. 103.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku*, 17. Baskı, Ankara, 2021.
- REY, Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Auflage, Zürich, 1998.
- ROBERTO, Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2002.
- SCHMIDT, Karsten, "Grundlagen der Haftung", *Der Haftpflichtprozess*, Hrsg. Kurst Haag, 28. Auflage, München, 2020.
- SCHNYDER, Anton K., PORTMANN, Wolfgang, MÜLLER-CHEN, Markus, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 2. Auflage, Zürich, 2013.
- ŞAHİN, Hale, *Mücbir Sebep Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi*, Ankara, 2020.
- TANDOĞAN, Halûk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, İstanbul, 2010.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, AKMAN, Sermet, BURCUOĞLU, Haluk, AL-
TOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul,
1993.

TOPRAK, Ufuk, "Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet", THD, 65, 2012, s.
78-84.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, 6. Bası, İstanbul, 1976.

WEBER, Rolf H., EMMENEGGER, Susan, "OR 97", Die Folgen der
Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Berner Kommentar, 2. Auflage,
Bern, 2020.

Online Kaynaklar

Beck Online: <https://beck-online.beck.de>

Lexpera: <https://www.lexpera.com.tr>

Swisslex: <https://www.swisslex.ch/de>



TURKEY'S EXPERIENCE OF LEGAL TRANSPLANTATION AND TURKISH-STYLE PRESIDENTIAL SYSTEM

Muhammet Derviş METE*

Öz

So far, much ink has been spilled about presidential system that Turkey has recently adopted. Yet, there is limited study on Turkey's legal transplantation journey. Turkey constitutes an interesting case study as it has gone through a voluntary and comprehensive transplant experience from the beginning of the country's foundation. Recently, it has held three constitutional referendums which took place in 2007, 2010, and 2017 to turn its parliamentary system into a presidential one. By doing so, it employed an eclectic method, meaning that it aimed to accumulate the strongest aspects and elements of both parliamentary and presidential models in the hands of the President. In this study, first the general characteristics of the original presidential system will be discussed. Then, the features of 'Turkish-style-presidential-system' will be examined. This is followed by a detailed analysis of current transplant's influences on Turkey's law. Finally, whether and to what extent this new system fits into the original model will be explored.

* Doktora Öğrencisi, Edinburgh Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Birleşik Krallık | PHd Student, Edinburgh University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, United Kingdom.

✉ s1958343@ed.ac.uk • ORCID 0000-0003-2065-7117

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: METE Muhammet Derviş, "Turkey's Experience Of Legal Transplantation And Turkish-Style Presidential System", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2021, s. 1159-1173.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

Legal Transplantation • Referendums • Turkish-style-presidential-system' • Success or Failure • Malicious Practices

TÜRKİYE'NİN HUKUKİ NAKİL TECRÜBESİ VE TÜRK TİPİ BAŞKANLIK SİSTEMİ

Abstract

Şu ana kadar Türkiye'nin son dönemde benimsemiş olduğu başkanlık sistemi hakkında çok fazla şey yazılıp çizildi. Ancak Türkiye'nin hukuki nakil tecrübelerine ilişkin çalışmalar oldukça sınırlı düzeyde. Türk demokrasisi, kurulduğu andan itibaren gönüllü ve kapsamlı bir transplantasyon deneyiminden geçtiği için ilginç bir vaka çalışması oluşturmaktadır. 2007, 2010 ve 2017 yıllarında yapmış olduğu referandumlarla, ülke parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçiş sağlamıştır. Bunu yaparken, bu iki sistemin en güçlü yanlarını başkanın eline bırakan eklektik bir metot benimsemiştir. Bahsi geçen meseleler irdelenirken, öncelikle orijinal başkanlık sisteminin genel karakteristiği tartışılacaktır. Sonrasında, Türk tipi başkanlık sisteminin genel özellikleri üzerinde durulacaktır. Müteakiben, Türk demokrasisinin hukuki nakil tecrübesinin Türk hukuku üzerindeki etkileri tartışılacaktır. Son olarak, benimsenen bu yeni sistemin ne ölçüde orijinal başkanlık sistemi ile uyum içerisinde olduğu hususu araştırılacaktır.

Key Words

Hukuki Nakil • Referandumlar • Türk Tipi Başkanlık Sistemi • Başarı yahut Hezimet • Hatalı Uygulamalar

INTRODUCTION

Alan Watson -known as 'founding father'¹ of this field- defines legal transplant as 'the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another'.² Khan-Freund also defines legal transplant as 'free trade in legal ideas'.³ As it can be seen from the definitions, any legal phenomenon or idea can be the object of diffu-

¹ SIEMS Mathias, 'Malicious Legal Transplants' Legal Studies 38(1) 2018, 103.

² WATSON Alan, Legal transplants: An approach to comparative law (2nd ed. University of Georgia Press), 1993

³ KAHN-FREUND Otto, 'On Uses and Misuses of Comparative Law' 37 The Modern Law Review 1. 1974

sion.⁴ This broad approach to diffusion is acknowledged in the mainstream literature on diffusion of law.⁵ Turkey is an interesting case as it has gone through a voluntary and comprehensive transplant experience from the beginning of the country's foundation. Watson brings Turkey's successful transplant experience to the fore, arguing that 'one of the most spectacular transplants of this century, in success as well as magnitude, occurred in Turkey in 1926.'⁶ During the 1920s, transplants were adopted in almost every field of social life, including changes to the language, alphabet, dictionary, dress code, calendar, educational system, and much else.⁷

Interestingly, Turkey preferred to adopt an eclectic method in its legal transplants journey: Civil code from Switzerland, Criminal Law from Italy, commercial code from Germany, parliamentary system from the UK and currently the presidential system is from the US. Harvey resorts to 'breakfast analogy'⁸ to explain such eclectic attempts. Indeed, Turkey's current law structure resembles a breakfast whose products come from different provinces of the world. The transplant journey of the country has accelerated through the European Union candidacy process. However, as Turkey has been waiting for EU membership for more than half a century, it has lost its hope to be part of the European family and turned its face to the USA. More precisely, the American presidential model has seriously influenced Turkey's politics and has started to be discussed publicly, particularly under the current government reign. This process has culminated with the adoption of a presidential system through a set of controversial referendums. Unlike what the country

⁴ TWINING William, 'Diffusion of Law: A Global Perspective' 36 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2004 21.

⁵ *Ibid.*

⁶ Watson (n 3) 114.

⁷ MENSKI Werner, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa* (Cambridge University Press), 2006 359.

⁸ HARVEY David, 'Editorial: A Breakfast Vision' *Geographical Review*, vol.3, 1989b 1. Cited by Mathias Siems (n 2) nothing that "The coffee was from Costa Rica, the flour probably from Canada, the oranges from Spain, those in the orange juice came from Morocco and the sugar came from Barbados. The machinery from Germany, the fertiliser from the United States, the oil from Saudi Arabia..."

went through before, the recent transplant experience is not an import of codes; instead, it is a transplant of an entire system.

There is little doubt that this new model has already influenced, and will likely change, the nature and structure of Turkey's law in a negative way. Yet, more real implications and consequences of this new system will be clearly observed in the future. First and foremost, the eclectic aspect of this new model has changed the entire structure of the Turkish constitution. Turkey has held three important constitutional referendums which took place in 2007, 2010, and 2017 to turn its parliamentary system into a presidential one within the last decade. It first adopted a semi-presidential regime through 2007 referendum, which enables the citizens to vote directly for the president.⁹ Despite the positive outcome in this referendum, the ruling party managed to convince the public that this system inherently involves a risk of confrontation between the president and parliamentary majority, particularly during 'cohabitation periods.'¹⁰ Secondly, despite the fact that one of the most critical aspects of this model is seen as a strict separation of powers, Turkey has failed to divide its legislative, executive, and judiciary branch; rather, it has surprisingly further consolidated the unity of state powers in the hand of one powerful man: the president. Finally, the Turkish legal system has undergone a shift towards 'rule of political law' from 'rule of professional law,' when one applies Mattei's 'three patterns of law' to Turkey's presidential model preference.¹¹

In light of these severe implications of the country's recent attempts, this article aims to analyze recent presidential transplant experience of Turkey. It also will attempt to examine how and to what extent

⁹ GÖNENÇ Levent, 'Presidential Elements in Government: Turkey' 4 *European Constitutional Law Review*, 2008 521.

¹⁰ The period in which president and parliamentary majority come from different political parties and follow different worldviews. See *ibid.*

¹¹ MATTEI Ugo, 'Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems' 45 *The American Journal of Comparative Law*, 1997 5. Arguing that legal transplants may end up changing the equilibrium by shifting legal systems traditionally belonging to one family to another because of a significant increase in structural characteristics of a different pattern among rule of professional, political and traditional law families.

the country's law has changed. However, thoroughly examining such a complicated topic is beyond the scope of any single study. Therefore, this article focuses solely on some key legal aspects and implications of this new model. By doing so, it will first discuss the general characteristics of the presidential system. Then, the concept of 'Turkish-style-presidential-system'¹² will be examined and regarded as the main deviation from the original system. This is followed by a detailed and further analysis of current transplant's influences on Turkey's law and the main challenges to this new model. Finally, this study will determine whether and to what extent this new system can be considered 'successful' and whether it fits into the original model.

I. GENERAL FEATURES OF THE ORIGINAL PRESIDENTIAL MODEL

Although Turkey has adopted and implemented a parliamentary system throughout its 90-year history, it has struggled with coup attempts, democratic consolidation issues, and economic maladies. As Frey points out, 'Turkish politics are party politics'¹³, Turkey faced severe problems of volatility, fragmentation, polarisation, and an overall decline in the organizational strength of political parties, particularly during coalition governments periods.¹⁴ Therefore, the proponents of the presidential system have made the parliamentary model the scapegoat for all the challenges in question.¹⁵ Moreover, they believe that the presidential system is much more compatible with Turkish history and tradition be-

¹² Yeni Şafak, 'Erdogan Insists on Turkish-Style Presidential System' Yeni Şafak (February 2015). Turkish President Erdogan said that a Turkish-style presidential system can be built by picking the best features of different presidential systems in the world. "There are different presidential systems in the United States, Mexico, Cuba, Russia, and France," he said, and added that Turkey may as well adopt such a system.

¹³ FREY Frederick W, *The Turkish Political Elite* (MIT Press 1965).

¹⁴ OZBUDUN Ergun, *Contemporary Turkish Politics: Challenges to Democratic Consolidation* Lynne Rienner Publishers, 2000 17.

¹⁵ GÜLENER Serdar and MIŞ Nebi 'Constitutional Framework of Executive Presidency in Turkey' 2017 29 SETA 12.

cause the US presidency, "republican monarchy"¹⁶, reflects the main characteristics of Ottoman Empire Monarch understanding.

The idea is that because of these similarities, rather than building its own system, Turkey can adopt one that is already in place. In addition, they also rely on the idea that 'other constitutions have been built, that of England has been allowed to grow.'¹⁷ The underlying rationale behind this explanation is that, as opposed to UK's system, the US constitution and presidential system is building, not a growing product. Additionally, despite its non-growing character, the United States is seen as the longest enduring democratic presidential system in the world.¹⁸ Therefore, from this perspective, there is no reason for the failure of this new system in Turkey. These approaches prove that the proponents of the presidential model have both misunderstood and misinterpreted the transplanted system and its indispensable component; separation of power. This brings us to the concept of the 'Turkish-style presidential system' and the eclectic model preference of the political elites.

II. CHERRY-PICKING MODEL AND DEVIATIONS FROM SEPARATION OF POWERS

Transplants tend to be eclectic. They are often no more 'coherent' than those occurring in the past.¹⁹ It is therefore understandable that governments adopt and adjust a foreign model to the national form to make it more suitable for a country's needs. The literature reflects opposite views regarding transplants and their relations with the target nation's social, cultural, and economic parameters. Alan Watson, for instance, is of the view that 'legal rules are not devised for the particular

¹⁶ HORWITZ Morton J, 'Constitutional Transplants' 10 *Theoretical Inquiries in Law*, 2009 537.

¹⁷ VERNON Bogdanor, 'Should Britain Have a Written Constitution?' 78(4) *The Political Quarterly*, 2007 499.

¹⁸ CHEIBUB Jose, ELKINS Zachary and GINSBURG Tom, 'Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective' *Public Law & Legal Theory*, 2011.

¹⁹ GRAZIADEI Michele, 'Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions' in Zimmermann Reinhard Reimann Mathias (ed), *The Oxford Handbook of Comparative Law* OUP, 2006, 454.

society in which they operate²⁰. Therefore, they can be adopted and implemented by any country. At the other end of this spectrum, Legrand argues that legal transplant is 'impossible,' claiming that law and institutions are socially connected in a meaningful way.²¹ Montesquieu supports this view by stating that it would be 'a great coincidence' if the laws of one nation actually suited another.²² However, these extreme views do not reflect the true picture because they either overestimate or disregard the impacts of the dynamics of society. Thus, it would be entirely prudent for a recipient country to change the original transplanted idea or even keep some aspects of its own system instead of a complete overhaul.

Turkey has adopted this practice by deciding to keep some parliamentary regime instruments that strengthen the executive branch.²³ It also rejected the adoption of some principles of the original system that guarantee check and balance between the presidency and other branches of the state. For example, although the president's appointment of a supreme court judge is subjected to the approval of the senate in the US to ensure the independence of the judiciary, Turkey has intentionally ignored this requirement. Therefore, one can claim that the new system has the strongest aspects of both parliamentary and presidential models in terms of executive power.

On the other hand, Moe and Caldwell point out that 'presidential and parliamentary systems come with their own baggage.'²⁴ However, this argument is not sound because the origin and recipient country are not expected to have the same social, economic, and cultural features

²⁰ WATSON (n 3) 96

²¹ LEGRAND Pierre, 'The Impossibility of "Legal Transplants"' 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997 113.

²² MONTESQUIEU Charles de Secondat and others, *The Spirit of the Laws*, Cambridge University Press, 1989. Cited by Graziadei (n 20)

²³ FRANKENBERG Günter, 'Comparative constitutional law' in Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), *The Cambridge companion to comparative law*, Cambridge companions to law. Cambridge University Press, 2012.

²⁴ MOE Terry M and CALDWELL Michael, 'The Institutional Foundations of Democratic Government: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems' 150 (1) *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, 1994, 172.

and necessities to the full extent. Therefore, this does not mean that when adopted by Turkey, presidentialism was taken as a package deal. It is understandable that there cannot be any 'transportation without transformation.'²⁵ However, the transformation should not undermine the essence and main characteristics of the original form of the system. At this point, it is prudent to examine the original constitutional and presidential structure of the US.

The executive in the US is popularly elected and does not need the confidence of the legislature to remain in office.²⁶ In addition, the president is unable to dissolve the assembly.²⁷ Further, the president lacks explicit law-making powers and has no constitutional power of executive decree. Given the standard features of the original system, one can realize that Turkey has deviated to a great extent from the original version of the presidential system in terms of the following reasons; First, the president in Turkey can issue decrees regarding its executive power. Secondly, s/he is entitled to present the budget to the assembly.²⁸ Another controversial amendment is that the president²⁹ can call the elections. These amendments can be deemed to be a major departure from the Montesquieuan conception of separated powers.³⁰ Once the Turkish president is granted with the presidential decree and bringing the budget bill to the assembly, 'executive will predominate and, in some cases, even usurp legislative authority strategically.'³¹ The power of the parliaments stems from their control over legislation, particularly budget.³² If the president is granted to propose law mainly related to budgetary is-

²⁵ SIEMS Mathias M, *Comparative law (Law in context)*, Cambridge University Press, 2014.

²⁶ KUZU Burhan, *Every Aspects of Presidential System Araştırma* vol 3, 1. baskı, Babiali Kültür Yayıncılığı, 2011.

²⁷ *Ibid*

²⁸ *Constitution of the Republic of Turkey (1982)*. Art 161

²⁹ *Ibid* Art 116

³⁰ CHEIBUB Jose, ELKINS Zachary and GINSBURG Tom, (n 19) p 21. (noting that law-making is done by the legislature and the role of the executive is to execute the laws.)

³¹ *Ibid* p 15

³² *Ibid* p 6

sues, it undermines the effectiveness of parliamentary. This is not surprising since the budget is probably the most crucial piece of legislation.³³

Initially, these concerns were also shared by the government officials, including Prof Kuzu³⁴ stating that Turkey needs to learn lessons from Latin American countries and their misleading transplantation experiences.³⁵ As these countries' constitutions, unlike the original US system, are uniquely 'inclined to empower presidents to decree laws, initiate legislative proposals, and exert powers in emergency conditions'³⁶, they enable the tyranny that has so frequently surfaced in these countries.³⁷ Thus, the severe deviations from the original form of the presidency have paved the way for the emergence of degenerated systems in very different types, such as Latin American-style presidential systems. Considering these issues, further changes and impacts on Turkey's law will be discussed in the following section.

III. DEVIATIONS FROM AND CHANGES ON RULE OF LAW

According to a widespread perception in Turkey, recent amendments regarding presidential system transplantation have negatively affected the entire structure of the country's law. In other words, there has been a shift towards a more politicized and polarised atmosphere from a relatively stable one. Mattei claims that there are three primary sources of social norms or incentives that influence an individual's behaviour in every single society: politics, law, and tradition.³⁸ In each legal system, where one pattern is hegemonic, the other two do not disappear but play a minor role.³⁹ Mattei prefers to use a triangle to determine

³³ Ibid p 20 noting that 'Almost half of presidential constitutions allow executive to initiate the budget bill, compared to less than one-fifth of parliamentary constitutions.'

³⁴ The Head of Constitutional Commission of the Turkish Assembly and the Ruling Justice and Development Party Member in Assembly

³⁵ KUZU (n 27). Interestingly despite his previous concerns and warnings, he then changed his position and supported the recent amendments that involve a risk to turn the country into a more authoritarian regime.

³⁶ CHEIBUB, ELKINS AND GINSBURG. (n 18) p 3

³⁷ KUZU (n 27)

³⁸ MATTEI (n 12) p 12

³⁹ Ibid p 14

and demonstrate the exact places of certain countries in terms of their closeness to, and relation with the rule of law, politics, and traditions.⁴⁰

Given Turkey's position in this pattern, it would not be fair to claim that when the parliamentary system was implemented, the rule of law was hegemonic in Turkey. However, it is true that the rule of political law has gained more strength with the adoption of the current model. For instance, the president has called a set of referendums to significantly limit the Constitutional Court's power.⁴¹ The structure and composition of the Turkish Constitutional Court have changed by increasing the number of judges from eleven to seventeen, aiming to ensure that the number of judges appointed by the president outweighs the other judges. Indeed, one can easily observe that the constitutional court with its new composition has not reached a verdict that contradicts the interests of the current ruling party and the president.⁴²

Mattei explains this situation by claiming that the pattern of the weakness of the rule of law in developing and transitional countries means that the rule of professional law cannot be considered the hegemonic pattern of social rulemaking in these legal systems.⁴³ In the pattern called the rule of political law; the legal process is often determined by political relationships rather than legal and factual truths.⁴⁴ Indeed, courts in Turkey, particularly in sensitive and critical cases, tend to make their decisions by taking into account the political interests of certain figures and incidents rather than legal facts. Hence, as the rule of political law has gained more power and has become more hegemonic, it can be inferred that Turkey has moved away from the rule of law and got closer to the political law direction in Mattei's triangle.

⁴⁰ Ibid p 44 In the original version of this diagram, Mattei does not mention any specific countries, instead he invokes to more general patterns. However, if one aims to put Turkey into this triangle, they would probably reach such a conclusion that recent transplantation has had a remarkable change on Turkey's place in this triangle.

⁴¹ URAN Peri and PAQUINO Pasquale 'The Guardian of the Turkish Constitution: A Special Court' (2015) 8 (2) *Journal and Politics and Law* 96.

⁴² For an Exceptional Verdict See, 'Turkey's Constitutional Court stands up to Erdogan' *Donia Al- Watan* (23 July 2015)

⁴³ MATTEI (n 12)

⁴⁴ Ibid

IV. SUCCESS OR FAILURE

For a transplant, there is no consensus about how to define success.⁴⁵ Moreover, scholars disagree on whether and how a legal transplant works.⁴⁶ The term 'work' is not crystal clear and depends on a 'researcher's political and theoretical orientation and motivation rather than inherent truth.'⁴⁷ Therefore, evaluation of success or failure of the presidential model in Turkey highly depends on subjective criteria. It is too soon to ascertain whether the transplanted presidential model works or fails. However, although it is too early to predict the possibility of success of the new model, there are some indicators to carry out this projection.

Some claim that the current ruling party has a secret agenda by transplanting an authoritarian regime instead of a presidential one, aiming to turn the society into a form that they can manipulate easily.⁴⁸ In addition, the opponents of the presidential system claim that the government considers this new model as a tool for retaliation against previous transplants taking place in the 1920s by the republicans who aimed to free the Turkish nations from its ancient, religious-and-tradition-based beliefs.⁴⁹ Therefore, as Siems points out, lack of 'fit' with socio-economic and other conditions can be deliberate, when the main aim is to change the society in question.⁵⁰

Another major concern of the opponents is that this transplant will be beneficial to the current ruling party with religious, traditional, and

⁴⁵ NELKEN David, 'Comparatists and Transferability' in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press) p 453 .

⁴⁶ SIEMS (n 26) p 195.

⁴⁷ ORÜCÜ Esin, 'Convergence and Divergence: Theoretical Issues' in M Antokolskaia (ed), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, vol 18 Intersentia, 2007 p 26.

⁴⁸ SEIBERT Thomas, 'Turkey's Alcohol Law Renews Accusations of Erdogan's Islamist Agenda - The National' <<https://www.thenational.ae/world/europe/turkey-s-alcohol-law-renews-accusations-of-erdogan-s-islamist-agenda-1.253992>> accessed 1 April 2018

⁴⁹ SIEMS (n 26) 213

⁵⁰ *Ibid*, 197

conservative sentiments but will have a detrimental effect on leftist groups that support the republican values of the country.⁵¹ It is true that a transplant may be beneficial to a domestic group, but it can also have a detrimental effect on another one.⁵² Hence, the opponents are aware that as the presidential system brings a zero-sum game, winner-take-all, and since they have only less than thirty percent vote potential in Turkey, it is very unlikely to win an election for them even if the election is free and fair.

It is interesting that the resistance is not only against the deviations from the original system, it is also against the original presidential system itself as it requires a two-party contest in the election. In consequence, the opponents claim that this system is not only a 'failure', but also a 'malicious legal transplant'⁵³ as it encourages indirect discrimination against leftist political parties which have no chance to win the election because of their worldviews and vote potential in this country. However, it seems neither fair nor rational to claim that this system is a malicious transplant just because a political party reflecting a certain worldview will unlikely win the presidential election.

CONCLUDING REMARKS

This article has analyzed Turkey's recent presidential transplant experience by examining how and to what extent the country's law and the system have changed. It first has questioned the eclectic model of its transplant and implications and outcomes of this experience: Turkish-style Presidential System. This cherry-picked method enables the current ruling party to accumulate the strongest aspects of both parliamentary and presidential models in the president's hands. There is no doubt that the new system lacking a check and balance mechanism includes a risk of authoritarianism.

Following this, one of the most important requirements of the original presidential system, the separation of powers, has been discussed.

⁵¹ GÖNENÇ (n 10)

⁵² SIEMS (n 26) 193

⁵³ See SIEMS, 'Malicious Legal Transplants' (n 2). for malicious legal transplants such as religious, sexual and racial discrimination.

It seems that Turkey has failed to establish a system that is able to ensure and guarantee the independence and separation of the state powers. This study has also aimed to apply Mattei's triangle of the 'three patterns of law' to Turkey's presidential model preference. Though Turkey, before the presidential model, did not meet all the requirements of 'the rule of law', it has moved more away from the 'rule of law' to 'the rule of political law' since the executive has had more impact on the legislative and judiciary branches.

Finally, the 'success' threshold should not be put so high. In other words, success 'does not mean that transplants work exactly the same way in the origin and transplant country.'⁵⁴ The proponents and opponents of the system are at the end of the opposite spectrum. Opponents believe that the current system is not sustainable, contradicting the country's democratic and republican values. However, supporters claim that the parliamentary system is itself a transplant from the UK. It has led to numerous economic and political crises during almost a century history of the country. Therefore, from this point of view, this system will bring economic and political stability to Turkey. However, although some indicators exist, over time, it will become apparent which thoughts and concerns are right or wrong and whether Turkey's recent transplant attempt is considered a successful, failed, or even malicious transplant.

⁵⁴ SIEMS (n 26) 203

KAYNAKLAR

- ARVİND TT, 'The 'Transplant Effect' in Harmonization' (2010) 59(01) ICLQ 65.
- BOGDANOR V, 'Should Britain Have a Written Constitution?' (2007) 78(4) The Political Quarterly 499.
- CALDWELL T, 'The Institutional Foundations of Democratic Government: A Comparison of Presidential and Parliamentary Systems' 150(1) Journal of Institutional and Theoretical Economics 171.
- CHEİBUB J, ELKİNS Z and GİNSBURG T, 'Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective' [2011] Public Law & Legal Theory.
- FRANKENBERG G, 'Comparative constitutional law' in Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), The Cambridge companion to comparative law (Cambridge companions to law. Cambridge University Press 2012).
- FREY F, 'The Turkish political elite' (MIT Press 1965) <<http://worldcatlibraries.org/wcpa/oclc/581239800>>.
- GRAZİADEİ M, 'Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions' in Zimmermann Reinhard and Reimann Mathias (ed), The Oxford Handbook of Comparative Law (OUP 2006) 454
- GÖNENÇ L, 'Presidential Elements in Government: Turkey' (2008) 4(03) European Constitutional Law Review 488.
- GÜLENER S and MİŞ N 'Constitutional Framework of Executive Presidency in Turkey' (2017) 29 SETA 12
- HORWİTZ MJ, 'Constitutional Transplants' (2009) 10(2) Theoretical Inquiries in Law.
- KAHN-FREUND O, 'On Uses and Misuses of Comparative Law' (1974) 37(1) The Modern Law Review 1.
- KUZU B, Every Aspects of Presidential System (Araştırma vol 3, 1. bası, Babiali Kültür Yayıncılığı 2011)
- LEGRAND P, 'The Impossibility of 'Legal Transplants'' (1997) 4 Maastrecht Journal of European and Comparative Law 111.
- LEGRAND P and Munday R (eds), Comparative legal studies: Traditions and transitions (Cambridge University Press 2009)

- MATTEI U, 'Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems' [1997] *American Journal of Comparative Law* 5.
- MENSKI W, *Comparative law in a global context: The legal systems of Asia and Africa* (Cambridge University Press 2006)
- NELKEN D, 'Comparatists and transferability' in Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative legal studies: Traditions and transitions* (Cambridge University Press 2009).
- ÖRÜCÜ E, 'Convergence and Divergence: Theoretical Issues' in M Antokolskaia (ed), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, vol 18 (Intersentia 2007)
- ÖZBUDUN E, *Contemporary Turkish politics: Challenges to democratic consolidation* (Lynne Rienner Publishers 2000)
- SEIBERT T, 'Turkey's Alcohol Law Renews Accusations of Erdogan's Islamist Agenda' *The National* <https://www.thenational.ae/world/europe/turkey-s-alcohol-law-renews-accusations-of-erdogan-s-islamist-agenda-1.253992>
- SIEMS MM, *Comparative law (Law in context, Cambridge University Press 2014)*.
- SIEMS M, 'Malicious legal transplants' (2018) 38(1) *Legal Studies* 103.
- The Constitution of the Republic of Turkey* (1982)
- TWINING W, 'Diffusion of Law: A Global Perspective' (2004) 36(49) *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1.
- URAN P and PASQUINO P, 'The Guardian of the Turkish Constitution: A Special Court' (2015) 8(2) *JPL*
- WATSON A, *Legal transplants: An approach to comparative law* (2nd ed. University of Georgia Press 1993) 'Turkey's Constitutional Court Stands up to Erdogan' *Donia Al-Watan* (23 July 2015) <<https://english.alwatanvoice.com/news/2015/07/23/747385.html>> accessed 1 April 2018
- Yeni Şafak, 'Erdoğan Insists on Turkish-Style Presidential System' *Yeni Şafak* (February 2015) <https://www.yenisafak.com/en/news/erdogan-insists-on-turkish-style-presidential-system-2089945>

YILLIK PROGRAMLARIN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNİN HUKUKİ ANALİZİNE İLİŞKİN ÖRNEK OLAY İNCELEMESİ

Dr. Yalçın ARSLANTÜRK*

Öz

Ülkemizde ekonomik ve sosyal kalkınma, genel olarak beş yıllık hazırlanan kalkınma planlarıyla belirlenen hedefler doğrultusunda gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu planların yıllık uygulamaları ise yıllık programlarla belirlenen daha somut hedef ve tedbirlerle gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla yıllık programlarda karara bağlanan hususların gereği gibi gerçekleştirilmesi kalkınma için önem arz etmektedir. Ancak yıllık programlarla kararlaştırılan tüm hususlar gereği gibi gerçekleşmemekte ve bunlar da sorgulanmamaktadır. Bu itibarla sorgulama yapabilmeyi sağlayacak bir program kararı ve buna yönelik yapılan faaliyet, çalışmada örnek olay olarak seçilmiştir. Böylece yıllık programla kararlaştırılan faaliyetin gerçekleşme durumu tespit edilerek sonuca ilişkin hukuki sorumluluk analiz edilmiştir. Çalışmada bu faaliyetin gereği gibi yerine getirilmemesi neticesinde uğranılan kamu zararı hesaplanarak yıllık programlarla konulan hedeflerin ve belirlenen faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin ne derece önemli olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Konuya ilişkin başvurulabilecek idari ve cezai yaptırımlar da irdelenerek program hükmünün yerine getirilmeyişinin karşılığı tartışılmıştır. Böylece kamu kaynaklarının korunması hususunda hukuki bir katkı sağlanmaya çalışılmıştır.

* Uzman, Tarım ve Orman Bakanlığı, Ankara, Türkiye | Ministry of Agriculture and Forestry, Ankara, Turkey.

✉ yalcinrabzon@gmail.com • ORCID 0000-0002-0895-0022

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ARSLANTÜRK Yalçın, "Yıllık Programların Emredici Hükümlerinin Hukuki Analizine İlişkin Örnek Olay İncelemesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1175-1207.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Devlet Memurları Kanunu • Emredici Hüküm • Kamu Görevlisi • Kamu Zararı • Türk Ceza Kanunu

CASE STUDY ON THE LEGAL ANALYSIS OF MANDATORY PROVISIONS OF ANNUAL PROGRAMS

Abstract

In our country, economic and social development is tried to be realized in line with objectives determined by the Development Plans which are generally prepared for five years. Annual implementations of these plans are carried out with more concrete targets and measures determined by annual programs. Therefore, it is important for development to properly realize the issues decided in the annual programs. However, not all the issues determined by the annual programs are realized properly and these are not questioned. In this respect, a program decision and the activity carried out for this purpose that will enable questioning, have been chosen as a case study. Thus, the realization of the activity decided by the annual programs was determined and the legal responsibility for the result was analyzed. In the study, it has been tried to reveal how important it is to realize the decided activities and targets set with the annual programs by calculating the public loss incurred as a result of not performing this activity properly. The response of not fulfilling the program provision was discussed by were also examined the administrative and penal sanctions that can be applied on the subject. Thus it has been tried to make a legal contribution to the protection of public resources.

Key Words

State Personnel Law • Mandatory Rule • Public Official • Public Loss • Turkish Penal Code.

GİRİŞ

İktisadi, sosyal ve kültürel kalkınma hedeflerini gerçekleştirmek için birçok ülkede kalkınma planları hazırlanmaktadır. Türkiye de bu amaçlarla 1963 yılından günümüze dek genel olarak beş yıllık dönemler halinde kalkınma planları hazırlayarak uygulamaktadır. Kalkınma planları, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM) kabul edilerek yürürlüğe konulmaları itibarıyla kanuni bir düzenleme olarak dikkate alınabilir. Kalkınma planlarının yıllık uygulamaları ise yıllık programlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Yıllık programlar daha önce Bakanlar Kurulu'na kararlaştırılmak, Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmesiyle birlik-

te ise Cumhurbaşkanı kararlarıyla onaylanmak suretiyle yürürlüğe girmektedir.

Yıllık programlar daha somut hedef ve tedbirler belirlemek suretiyle kalkınma planlarının yıllık uygulamalarını oluşturmaktadır. Söz konusu hedef ve tedbirlerin bir kısmı kamu kurum ve kuruluşlarına görevler yüklemektedir. Zira yıllık programlar, Bakanlar Kurulu ya da Cumhurbaşkanı kararı olarak tüm kamu kurum ve kuruluşları için bağlayıcı düzenleme niteliğindedir. Programların bu özelliği programla kararlaştırılan faaliyetlerin kamu kurum ve kuruluşlarınca yerine getirilip getirilmediğinin sorgulanmasını gerektirmektedir. Programla kararlaştırılan faaliyetin gereği gibi yerine getirilmemesi durumunda kamu görevlileri için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu¹ uyarınca disiplin cezası söz konusu olacaktır. Ayrıca kamu zararının oluşması gibi bazı koşullar altında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu² (TCK) hükümleri uyarınca adli cezalar gündeme gelecektir. Zira Anayasa'nın 125'inci maddesi ve hukuk devletinin gereği olarak yürütmenin hukuka bağlılığı söz konusu olup yürütme işlemleri yargı denetimi altında bulunmaktadır³. Ancak yıllık programla kararlaştırılan faaliyetin yerine getirilip getirilmediğinin tespiti için bu faaliyetin hem somut bir göstergeye sahip olması hem de kamu kurum ya da kuruluşunun yalnızca kendi iradesiyle gerçekleştirilebilecek bir faaliyet olması gerekmektedir. Böylece söz konusu faaliyetin yerine getirilmeyişinde ilgili kamu kurum ya da kuruluşu sorumlu tutulabilecektir. Bu itibarla çalışmada bu şartları taşıyan bir program kararı örnek olarak seçilmiş ve bunun üzerinden mali ve hukuki analizler yapılmıştır.

Bu kapsamda çalışmada öncelikle kalkınma programlarının niteliği kısaca açıklanmış, sonrasında yıllık programların hukuki mahiyeti değerlendirilmiştir. Daha sonra yıllık programlardan seçilen örneğin yerine getirilip getirilmediği ve bunun sonuçları, faaliyetin mahiyeti dikkate alınarak analiz edilmiştir. Programla kararlaştırılan faaliyetin gereği gibi yerine getirilmediğine ilişkin ulaşılan sonucun ise gerek 657 sayılı Kanun gerekse TCK hükümleri karşısında nasıl değerlendirilebileceği yorumlanmıştır. Bunların yanı sıra özellikle kamu zararı kapsamın-

¹ 23/07/1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

² 12/10/2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³ KUZU, Burhan, "Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti", Akademik Araştırmalar Dergisi, S. 11, Y. 2002, s.2.

da söz konusu hususun Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu karşısındaki durumu da tartışılmıştır. Bu hükümler doğrultusunda yapılan değerlendirmelerde, kamu görevlisi olma unsuru ayrıca dikkate alınarak değerlendirmeye tâbi tutulmuştur. Son olarak söz konusu tespitlerin hangi kamu organı tarafından yapılabileceği de değerlendirilmiştir.

I. KALKINMA PLANLARI VE YILLIK PROGRAMLARIN HUKUKİ MAHİYETİ

A. KALKINMA PLANLARI

Kalkınma planları dayanağını, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndan⁴ almaktadır. Anayasa'nın 166'ncı maddesinin birinci fıkrasında, "Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir." hükmüne yer verilmek suretiyle kalkınmaya yönelik planlamanın Devletin görevi olduğu belirtilmiştir.

166'ncı maddenin ikinci fıkrasında yer alan "Planda milli tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir." hükmüyle de planlarla amaçlanan temel hususlar belirlenmiştir.

Aynı maddenin son fıkrasındaki "Kalkınma planlarının hazırlanmasına, Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanmasına, uygulanmasına, değiştirilmesine ve bütünlüğünü bozacak değişikliklerin önlenmesine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir." hükmü gereği 3067 sayılı Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanun⁵ ile kabul edilmiştir. 3067 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde kalkınma planlarının TBMM'ce onaylanacağına hükmedilmiş ve 2'nci maddesinde TBMM'deki görüşülmesi ile kabul edilmesine ilişkin usuller belirlenmiştir. Bu hükümlerden kalkınma planlarının kanuni düzenleme mahiyetinde olduğu anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte kamu kurum ve kuruluşlarının uygulamalarında, kalkınma planlarını kanunlar karşısında daha üst bir hukuki düzenleme

⁴ 09/11/1982 tarihli ve 17863 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁵ 06/11/1984 tarihli ve 18567 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

olarak dikkate almaları gerektiği dahi değerlendirilebilir. Zira 3067 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasındaki hüküm uyarınca TBMM Komisyonları kendilerine havale edilen kanun teklifleri ile bu teklifler üzerinde verilen değişiklik önermelerini, Kalkınma Planına uygunluk bakımından da inceler ve uygun bulmadığı takdirde reddeder. Aynı maddenin son fıkrasında, söz konusu teklif ve değişiklik önermelerinin yürürlükteki kalkınma planına aykırılık gerekçesiyle reddinin Cumhurbaşkanınca istenilmesi durumunda ise bahse konu teklif ve değişiklik önermelerinin Komisyonca kabulü ancak üye tam sayısının salt çoğunluğu şartına bağlanmıştır.

B. YILLIK PROGRAMLAR

Yıllık programlar temelde daha somut hedef ve tedbirler belirleyerek kalkınma planlarının yıllık uygulamasını sağlamaktadır. Nitekim yıllık programlar, kalkınma planlarında öngörülen işlerden bir takvim yılında gerçekleştirilmesi istenilen bütün öğeleri içeren bir belge olarak tanımlanmaktadır⁶. Anayasa Mahkemesi⁷ yıllık programları, yürütmenin düzenleyici bir işlemi olarak kabul etmektedir⁸. Danıştay⁹ ise düzenleyici işlem niteliğinin yanı sıra yıllık programların icrai ve idari tasarruf özelliğini de vurgulamaktadır¹⁰. Dolayısıyla Danıştay tarafından, icrai özellikleri ön plana alınarak yıllık programların genel düzenleyici işlemlerden farkı ortaya konmaktadır. Zira idari işlemi maddi anlamda, özel bir durumu ilgilendiren somut ve kişisel bir işlem, olarak kabul eden yaklaşım, genel düzenleyici işlemleri idari işlem olarak kabul etmez¹¹. İdari işlemlere ilişkin yapılan tanımlamalarda, söz konusu işlemlerin uygulanabilir işlemler olduğu ve icrai olma ayrıcalıkları belirtilmektedir¹². Yıllık programlarda doğrudan uygulamaya yönelik olmayan hükümlerin yanı sıra uygulanabilir hükümler de bulunmaktadır. Bu itibarla yıllık programlar genel düzenleyici işlem özelliğiyle birlikte idari iş-

⁶ DURAN, Lütfi, "Türkiye'de Planlamanın Hukuki Rejimi", Danıştay Dergisi, S. 18-19, Y. 1975, s. 19.

⁷ E. 1967/41, K. 1969/57, K.T. 23,24,25/10/1969, R.G. (T. 12/03/1971, S. 13776).

⁸ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 8, Y. 1991, s. 42.

⁹ Danıştay, D.D.K., E. 1970/1004, K. 1971/608, K.T. 04/06/1971.

¹⁰ Danıştay Dergisi, S. 5, Y. 1972, s. 134.

¹¹ AKYILMAZ, Bahtiyar, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 29'dan aktaran AKYAZAN, Ahmet Emrah, "Maddi Açıdan İdari İşlemler", TBB Dergisi, S. 85. Y. 2009, s. 222.

¹² KAĞITÇIOĞLU, Mutlu, "İdari İşlemin İcrailiği", TBB Dergisi, S. 103, Y. 2012, s. 269.

lem niteliğine de sahiptir. Yıllık programların hukuki niteliğine ilişkin bu açıklamalarla birlikte kalkınma planlarına bağlı olarak düzenlenmeleri nedeniyle söz konusu planlarda yıllık programlara yapılan atıflar, bu programların içeriğine ilişkin genel yapıyı ortaya koymaktadır. Çalışmada yıllık programdaki emredici hükme ilişkin somut örneğin 2016 yılına ilişkin olması dolayısıyla bu yılı kapsayan Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018)¹³ kapsamındaki yıllık programa ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Plan'ın; 12'nci maddesinde yıllık programların Kalkınma Planı esas alınarak hazırlanacağı, 14'üncü maddesinde ise yıllık programlarda Orta Vadeli Programda yer alan politikaları hayata geçirecek tedbirler ile öncelikli dönüşüm programı eylem planlarından ilgili yılda uygulamaya geçirilecek tedbirlere yer verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddelerden yıllık programların kalkınma planları esas alınarak yıllık bazda uygulamaya geçirilecek tedbirlerden oluşması gerektiği anlaşılmaktadır.

İçeriği bu şekilde düzenlenmiş olan yıllık programlar, 13 sayılı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin¹⁴ 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca Strateji ve Bütçe Başkanlığı ile Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanmaktadır. Bu şekilde hazırlanan yıllık programlar daha önce Bakanlar Kurulu kararıyla kabul edilirken Cumhurbaşkanlığı sistemine geçilmesi sonrasında Cumhurbaşkanı kararıyla onaylanarak uygulanmaktadır. Bakanlar Kurulu ya da Cumhurbaşkanı kararıyla kabul edilmesi nedeniyle yıllık programlar tüm kamu kuruluşları için bağlayıcı konumdadır. Zira yayımlanan programların amaç ve kapsam kısmında bu husus belirtilmektedir. Örneğin 2016 Yılı Programı'nın 2'nci maddesinin ikinci fıkrasında "Bu Karar, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde belirtilen kuruluşları, özelleştirme kapsamındaki kuruluşları (kamu payı %50'nin üzerinde olanlar), kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT) ve bağlı ortaklıklarını, döner sermayeli kuruluşları, İlbank A.Ş.'yi, fon idarelerini, mahalli idareler ile diğer kamu kuruluşlarını kapsar." hükmü bulunmaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere yıllık programlar, özel sektör dışında tüm kamu kuruluşlarını kapsayan düzenlemelerdir. Bu-

¹³ 06/07/2013 tarihli ve 28699 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁴ 24/07/2018 tarihli ve 30488 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

rada belirlenen, daha doğrusu programa bağlanan hususlar ilgili kamu kurum ya da kuruluşları için birer görev niteliğini haizdir. Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT)¹⁵ için bu husus 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri İle Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun¹⁶ ile açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Zira söz konusu Kanun'un 7'nci maddesinin üçüncü fıkrasında, TBMM, KİT Komisyonu'nun denetleyecekleri kuruluşların faaliyetlerini mevzuata, uzun vadeli kalkınma planına ve planın uygulama programlarına uygunluğu yönlerinden inceleyeceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır. Bu hükümden KİT'lerin, kalkınma planı ve buna ilişkin program hükümlerine uyma yükümlülüğü bulunduğu net bir şekilde anlaşılmaktadır. Zira kamu kaynağı kullanan tüm kurum ve kuruluşlar hesap verme yükümlülüğü altındadır. Sermayelerinin tamamı devlete ait olmaları sebebiyle KİT'lerin de hesap vermeleri gayet doğaldır. Sayıştaylar Uluslararası Örgütü de bunu açık bir şekilde kabul etmektedir. Söz konusu Örgüt tarafından belirlenen Denetim Standartlarında; kamu teşebbüsleri ve şirketleri de dâhil olmak üzere kendilerine kamu kaynakları emanet edilen kişi ve idarelerin mali, idari ve program görevlerinden dolayı açıklama yapma ve görev sonucunu bildirme mecburiyetleri bulunduğu belirtilmektedir¹⁷.

Yıllık programlarda belirlenen bazı tedbir ve hedefler soyut ya da öngörü şeklinde olabilirken bazıları ise doğrudan somut bir şekilde olabilmektedir. Hem soyut hem somut tedbir ve hedefler görev niteliğinde olmakla birlikte soyutların aksine somut olanlar, ulaşılan sonuçların analizine olanak tanınması açısından konumuzla doğrudan ilgilidir. Bu itibarla ilgili kamu kurum ya da kuruluşlarınca programda belirlenen somut hedef ve tedbirlerin gereğinin yerine getirilip getirilmediğine ilişkin yapılacak değerlendirme, çalışmanın odak noktasını oluşturmaktadır.

¹⁵ 233 sayılı KHK'nin 2'nci maddesinde İktisadi Devlet Teşekkülü ve Kamu İktisadi Kuruluşunun ortak adı olarak tanımlanmıştır.

¹⁶ 09/04/1987 tarihli ve 19426 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁷ BAŞ, Hasan, "Hesap Verme Sorumluluğu ve Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu", 20. Türkiye Maliye Sempozyumu, Y. 2005, s. 402.

II. YILLIK PROGRAMDA BELİRLENEN SOMUT BİR GÖREV ÖRNEĞİ VE MALİ ANALİZİ

A. SOMUT GÖREV ÖRNEĞİ

Yıllık programlarla kamu kurum ve kuruluşlarına verilen somut göreve ilişkin örnek, Bakanlar Kurulu'nca 12/10/2015 tarihinde kararlaştırılan Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018) 2016 Yılı Programı'ndan verilebilir. Program'ın 2016 yılı hedefleri arasında "ÇAYKUR tarafından 670 bin ton yaş çay yaprağı alımı ve 140 bin ton çay satışı programlanmıştır." ifadesi bulunmaktadır¹⁸. Söz konusu cümledeki "programlama" ifadesi ayrıca önem taşımaktadır. Zira aynı Program'da "öngörü" ifadesi de kullanılabilir. "TMO'nun 2 milyon ton buğday ve 500 bin ton mısır; TÜRKŞEKER'in 9,2 milyon ton şeker pancarı satın alması öngörülmüştür." cümlesi buna örnektir¹⁹. Dolayısıyla "programlama" ifadesi ile emredici nitelikte bir görev verilmektedir. Nitekim adından da anlaşılacağı üzere yıllık programların temel amacı programlama yapmaktır. Bu doğrultuda ÇAYKUR'un yaş çay alım ve satış miktarları, 2016 yılı itibarıyla belli miktara bağlanmıştır.

Bu açıklamalar doğrultusunda, programa bağlanan yaş çay alım ve çay satış miktarlarının ÇAYKUR için bağlayıcılığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. ÇAYKUR sermayesinin tamamı devlete ait olmakla birlikte İktisadi Devlet Teşekkülü²⁰ (İDT) olarak piyasa şartlarında faaliyet göstermektedir. Zira KİT'lerin temel kuruluş gayelerinden biri, gerçekleştirmiş oldukları ekonomik faaliyetlerle devletin piyasa içerisinde de yer almasıdır²¹. Dolayısıyla ÇAYKUR'un bazı hedefleri gerçekleştirmesi, piyasa şartları gereği mümkün olmayabilir. Çay satış miktarına ilişkin hedef buna örnektir. Her ne kadar 140 bin ton çay satışı programlansa da piyasada talep gelmemesi durumunda ÇAYKUR'un bu satışı gerçekleştirmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla çay satışına ilişkin hedef, gerçekleşmesi yalnızca Kuruluşun elinde olan bir durum değildir. Bu itibarla bu hedef somut bir hedef de olsa verilen bir

¹⁸ 2016 Yılı Programı, R.G. (T. 23/01/2016, Mükerrer S. 29602), s. 78.

¹⁹ 2016 Yılı Programı, s. 78.

²⁰ 233 sayılı KHK'nin 2'nci maddesinde, "Sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsüdür." olarak tanımlanmıştır.

²¹ AKDOĞAN, Abdurrahman, Kamu Maliyesi, Sekizinci Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2002, s. 107.

görevin yerine getirilmemesi anlamında değerlendirilebilecek bir konu değildir.

Yaş çay alımına ilişkin programlanan miktar ise değerlendirmeye açık bir konudur. Daha az üretimin gerçekleştiği dönemlerde oluşan piyasa şartları doğrultusunda programlanan yaş çay alımından daha az alım gerçekleşebilir. Bu itibarla bu husus da satışıktakine benzer bir şekilde eleştiri konusu yapılamayacaktır. Ancak programlanandan daha fazla çay alınmasının, bu alımlar Kuruluşun çay satışlarının da üzerindeyse, izahatı mümkün değildir. Zira böyle bir durumda programlanan yaş çay alımından daha fazla yaş çay alımı, stok yapmak uğruna doğrudan ÇAYKUR'un iradesiyle gerçekleştirilmiş olmaktadır. Program dışına çıkılan bu durum ise ilave maliyete neden olmaktadır. Bu maliyeti ortaya koymak önem arz etmektedir. Zira bir İDT olması sebebiyle ÇAYKUR'un sermayesinin tamamı devlete ait olup bu nedenle finansman açıkları nihai olarak genel bütçeden sermaye transferi yoluyla karşılanacaktır. Dolayısıyla yıllık programla belirlenen faaliyetlerden tamamen kendi iradesine bağlı olanların, yerine getirilmemesi nedeniyle sermaye transferi suretiyle daha fazla kamu harcaması yapılması, kamunun zarara uğratılması anlamına gelecek ve bu durum da zarara sebebiyet verenlerin sorumlu tutulmasını gündeme getirecektir.

B. PROGRAMDA KARARLAŞTIRILAN FAALİYETİN GERÇEKLEŞME DURUMU VE KAMU ZARARI

ÇAYKUR'un 2016 yılı takvim yılındaki faaliyetlerinin mali sonucu, tablo 1'deki gelir tablosu özetinden görülebilmektedir.

Tablo 1. ÇAYKUR 2016 Yılı Gelir Tablosu Özeti (Bin TL)

Brüt Satışlar	2.390.593
Satış İndirimleri (-)	158.896
Net Satışlar	2.231.697
Satışların Maliyeti (-)	1.837.263
Brüt Satış Kârı / (Zararı)	394.433
Faaliyet Giderleri (-)	154.838
Faaliyet Kârı / (Zararı)	239.595
Diğer Faaliyetlerden Olağan Gelir ve Kârlar (+)	20.922

Diğer Faaliyetlerden Olağan Gider ve Zararlar (-)	15.896
Finansman Giderleri (-)	110.632
Olağan Kâr / (Zarar)	133.989
Olağandışı Gelir ve Kârlar (+)	20.537
Olağandışı Gider ve Zararlar (-)	72.402
Dönem Kârı / (Zararı)	82.124
Dönem Kârı Vergi ve Diğer Yasal Yükümlülük Karşılıkları (-)	-
Dönem Net Kârı / (Zararı)	82.124

Kaynak: ÇAYKUR 2016 Yılı Faaliyet Raporu, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 2017, s. 97.

Tablo 1'den ÇAYKUR 2016 yılında 82 milyon TL dönem kârı elde ettiği anlaşılmaktadır. Ancak işletmelerin yalnızca gelir tablosu mali durumlarının analizinde yeterli değildir. Finansman durumlarının da analizi gereklidir. Zira kâr elde ederken finansman açığı sorunu yaşayan işletmeler bulunabilmektedir. ÇAYKUR'un bir İDT olması dolayısıyla finansman dengesi daha da önem arz etmektedir. Çünkü İDT'lerin finansman açıkları bir yandan borçlanmak suretiyle piyasadan diğer yandan sermaye transferi yoluyla genel bütçeden karşılanabilmektedir. Piyasadan borçlanılan tutarların ödenememesi durumunda ise bu borçlar da nihai olarak sermaye transferiyle kapatılmak durumundadır. Dolayısıyla İDT'lerin ve tüm KİT'lerin finansman dengesi genel bütçeyi ilgilendirmektedir. Zira bütçe dışı kuruluş olmalarına rağmen sermayelerinin tamamı devlete ait olması nedeniyle KİT'lerin faaliyet sonuçları dolaylı da olsa bütçeye yansımamaktadır. 233 sayılı KHK'nin 36'ncı maddesi uyarınca geçmiş yıl zararları mahsup edildikten ve yedek akçeler ayrıldıktan sonra KİT'lerin elde etmiş oldukları kâr, Hazine'ye devredilerek Hazine ve Maliye Bakanlığınca genel bütçeye gelir kaydedilebilmektedir. Zararlar veya diğer nedenlerle KİT'lerin oluşan finansman açıkları ise bütçeden sermaye transferi ödemesi yoluyla karşılanabilmektedir. Dolayısıyla bütçeden KİT'lere yapılan transferler vergi mükelleflerine ilave bir yük oluştururken tersine KİT'lerden bütçeye aktarılan temettü ya da hasılat payları kamu kaynaklarını artırmak suretiyle tüm

vatandaşlara fayda sağlamaktadır²². Bu itibarla kamu kaynağı kullanmakta olan KİT'lerin faaliyetlerini yerine getirirken mevzuat ve yıllık program gibi diğer kararlara uygun bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir. Aksi durumda oluşacak zarardan, kamu zararı niteliği nedeniyle KİT'lerin sorumlu tutulması söz konusu olacaktır. Zira bütçeyle siyasal organ tarafından devlet faaliyetlerinin planlaması yapılmakta, kamu kaynaklarının elde edilmesi ve kullanılmasında dolayısıyla tüm kamu yönetiminde etkinliğin sağlanmasına çalışılmaktadır²³.

ÇAYKUR'un finansman dengesi, tablo 2'de gösterilmektedir. Tablo 2'de öncelikle "Ayıklanmış Dönem Kâr/Zarar" kalemi hesaplanmaktadır. Bu hesaplama; Hazine tarafından karşılanacak olan yıl içinde tahakkuk eden görevlendirme bedelinin dönem kârından çıkarılması sonrası oluşan tutar ile amortisman, karşılık giderleri ve kur farkı tutarlarının toplanması suretiyle yapılmaktadır. Bu tutardan "Kanuni Yükümlülükler" kaleminin çıkarılmasıyla ise ÇAYKUR'un o yıl için kendisi tarafından oluşturulan kullanılabilir kaynağı gösteren "Yaratılan Fonlar" hesaplanmaktadır.

"Borçlanma Gereği" kalemi ise; yatırım, stok artışı, sabit kıymet artışı, bağlı ortaklıklara ve iştiraklere sermaye artışı gibi dönem kâr ya da zararı dışındaki ödeme kalemleri toplamı olan "Toplam Finansman İhtiyacı" kaleminden, Kuruluş tarafından oluşturulan kaynak olan "Yaratılan Fonlar" kaleminin çıkarılmasıyla hesaplanmaktadır. Böylece Kuruluşun toplamda ne kadarlık bir borçlanmaya ihtiyaç duyduğu hesaplanmış olmaktadır. "Toplam Bütçe ve Fon Transferleri" kuruluşlara genel bütçeden yapılan; sermaye transferleri, görevlendirme bedeli ve yardım ödemelerinden oluşmaktadır. Söz konusu ödemeler her zaman Kuruluşun finansman ihtiyacının tamamını karşılayamamaktadır. Bu durumda Kuruluşun o dönem faaliyetleri sonucunda piyasadan ilave borçlanmak durumunda kalacağı tutar, "Borçlanma Gereği"nden genel bütçeden yapılan söz konusu ödeme tutarları arasındaki fark kadar gerçekleşmektedir.

²² PINAR, Abuzer, Kamu Maliyesi ve Maliye Politikası, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 160.

²³ AKDOĞAN, s. 478.

Tablo 2. ÇAYKUR 2016 Yılı Finansman Dengesi (Bin TL)

(1) Yaratılan Fonlar (2-3)	96.388
(2) Ayıklanmış Dönem Kâr / (Zararı) (a+b+c+d+e)	96.388
(a) Dönem Kâr/(Zararı) (+)	82.124
(b) Görevlendirme Bedeli (Tahakkuk Eden) (-)	-
(c) Cari Dönem Amortisman ve Tükenme Payı Gid. (+)	23.438
(d) Cari Dönem Karşılık Gid. (+)	172
(e) Kur Farkları (+)	(9.346)
(3) Kanuni Yükümlülükler	-
(4) Toplam Finansman İhtiyacı (f+g+h+i)	499.337
(f) Yatırım	91.419
(g) Stok Artışı (Azalışı)	293.442
(h) Sabit Kıymet Artışı	114.476
(i) Bağlı Ortaklıklara ve İştiraklere Sermaye Artışı	-
(5) Borçlanma Gereği (4-1)	402.949
(6) Toplam Bütçe ve Fon Transferleri (i+j+k)	25.000
(i) Sermaye Transferleri	25.000
(j) Görevlendirme Bedeli	-
(k) Yardım	-

Kaynak: ÇAYKUR, 2017, s. 33, 86, 87, 98, 102 ve yazar tarafından yapılan hesaplamalardır.

Tablo 2'den ÇAYKUR'un 2016 yılında 403 milyon TL ilave borçlanma gereğine ihtiyaç duyduğu anlaşılmaktadır. Aynı yıl için Kuruluşta 25 milyon TL sermaye transferi yapılmış ve böylece ÇAYKUR'un söz konusu yıldaki faaliyetleri sonucu piyasadan ilave borçlanma ihtiyacı

378 milyon TL hesaplanmaktadır. Bununla birlikte söz konusu borçlanma ihtiyacı, 2016 yılı faaliyetleri sonucu oluşan ilave borçlanma gereğidir. ÇAYKUR'un daha önceki yıllardan gelen borç stoklarına bu ilave borçlanma ihtiyacının da eklenmesiyle 2016 yılı sonundaki toplam borç tutarı daha yüksek gerçekleşmektedir. Bunu da tablo 3'te görebiliriz.

Tablo 3. ÇAYKUR 2016 Yılı Finansman İhtiyacı, Sermaye Transferi ve Borç İlişkisi (Bin TL)

(1) *Borçlanma Gereği	402.949
(2) Sermaye Transferleri	25.000
(2-1) Finansman Fazlası (Açığı)	(377.949)
Banka Kredileri	1.298.450
Finansman Giderleri	110.632

*Tablo 2'den alınmıştır.

Kaynak: ÇAYKUR, 2017, s. 82, 97.

Tablo 3'ten ÇAYKUR'un 2016 yılındaki 403 milyon TL borçlanma gereği ve 25 milyon sermaye transferi karşısında 378 milyon TL finansman açığı verdiği ancak daha önceki yıllardaki kredilerle birlikte 2016 yılı sonunda toplam banka kredisinin 1,3 milyar TL'ye ulaştığı görülmektedir. Söz konusu borçların maliyeti ise finansman giderleri kalemiyle muhasebeleştirilmektedir. ÇAYKUR'un 2016 yılında toplam banka kredileri nedeniyle finansman gideri 110 milyon TL gerçekleşmiştir. Bu tutar da tablo 1'den görüleceği üzere bir gider kalemi olarak dönem kârının düşmesine neden olmaktadır.

ÇAYKUR'un banka kredilerin başvurusunun en önemli nedenlerinden birisi hasat döneminde yoğun bir şekilde gerçekleştirmiş olduğu yaş çay alım ödemeleridir. Yaş çay alım bedellerinin ÇAYKUR'a satış hasılatı olarak dönmesi, yaş çayların kuru çaya çevrilmesi sonrası yıl boyunca satışının gerçekleşecek olması dolayısıyla zamana yayılmaktadır. Bu ise alım nedeniyle katlanılan maliyetin banka kredileri yoluyla karşılanmasına yol açmaktadır. Burada temel bir sorun bulunmamaktadır. Sorun olan husus, ÇAYKUR'un satış miktarının üzerinde alım yapması nedeniyle o yıl için satışı mümkün olmayıp stoklara gidecek olması dolayısıyla satış geliri elde edilemeyecek ürünler için alım bedeli ödemesi ve bunlar için ilave finansman maliyetine katlanmasıdır. Daha önce

de değinildiği üzere söz konusu finansman açıkları nihai olarak genel bütçeden ödeneceği için kamu bütçesine ilave maliyet oluşturmaktadır.

ÇAYKUR'un 2016 yılında satışları karşısında alım miktarları tablo 4'te karşılaştırılmıştır.

Tablo 4. ÇAYKUR 2016 Yılı Çay Alış-Satış ve Stok Miktarları (Ton)

Yaş Çay Alış Miktarı	687.515
*Çay Üretim Miktarı (Kuru Çay Bazında)	138.789
Çay Satış Miktarı	122.668
Toplam Çay Stok Miktarı	73.078

* Satışlarla karşılaştırılabilir olması amacıyla alınan yaş çayın kuru çaya dönüştürülmüş miktarıdır (Yaş çay yaprağı, kuru çaya dönüşümünde yaklaşık yüzde 80 oranında ağırlık kaybına uğramaktadır).

Kaynak: ÇAYKUR, 2017, s. 9, 35.

Tablo 4'ten görüldüğü üzere ÇAYKUR 2016 yılında, satışlarının üzerinde yaş çay alımı gerçekleştirmiştir. 123 bin ton satış miktarına karşın kuru çay bazında alım miktarı 139 bin tondur. Söz konusu alım miktarı Programla kararlaştırılan miktardan daha fazladır. Zira 2016 Yılı Programında 675 bin ton yaş çay alımı programlanmışken Kuruluş 687.515 ton alım gerçekleştirmiştir.

Bununla birlikte stok miktarının fazlalığını daha net bir şekilde ortaya koymak gerekmektedir. Çay hasatlarının mayıs ayında başlaması dolayısıyla ÇAYKUR da yaş çay alımlarına bu ayda başlamaktadır. Üretim, paketleme ve nakliye gibi işlemler dolayısıyla Kuruluş o yılın alımlarından gerçekleştirdiği üretimleri yaklaşık olarak Temmuz ayında satışa konu edebilmektedir. Dolayısıyla Kuruluş yılın ilk 6 aylık dönemindeki satışlarını bir önceki yılın stoklarından gerçekleştirmektedir. Tablo 4'te ise mali dönem sonu olan Aralık ayı sonundaki stok miktarları yer almaktadır. Bu itibarla 2016 mali yılsonundaki 73 bin ton çay stoku 2017 yılının ilk 6 ayındaki satışlara konu olacaktır. 2017 yılının ilk 6 ayında, 2016 yılı satışları dikkate alındığında, 61 bin ton satış gerçekleşmesi beklenecektir. Dolayısıyla böyle bir beklentiye göre ÇAYKUR'un 73 bin tonluk stokunun 12 bin tonu fazlalık teşkil edecektir. Kuruluşun 2016 yılı alımını gerçekleştirirken dikkate alabileceği bu veriler, nasıl yüksek bir alım yaptığını göstermektedir.

2017 yılı satış miktarına ilişkin gerçekleşme incelendiğinde ise 2016 yılından dahi daha az çay satışı yapıldığı tespit edilmiştir. ÇAYKUR 2017 yılında toplam 106.636 ton çay satışı yapmıştır²⁴. Yılın ilk 6 ayındaki çay satışı yaklaşık 53 bin ton olarak dikkate alındığında, 2017 yılı Temmuz ayına girilirken stokta yaklaşık 20 bin ton²⁵ çay bulunduğu hesaplanmaktadır. Dolayısıyla yeni yıla (2017) ait üretimin satışa hazır olduğu Temmuz ayı başında, ÇAYKUR'un kuru çay stoku yaklaşık 20 bin ton gibi ciddi bir fazlalık teşkil etmiştir. Zira artık yeni üretimden satışlar mümkün olup önceki yıldan halen stoklarda kalan tutar ihtiyaç dışı stok olarak değerlendirilmektedir. Daha önceki yıldan bir sonraki yıla ilişkin satış miktarının net olarak hesaplanamayacak olması dolayısıyla yeni üretimin başlangıcında dahi belli bir miktar stok miktarının bulunması makul görülebilir. Ancak 20 bin ton makul miktarın çok üzerinde bir miktardır. Nitekim ÇAYKUR'un 2020 yılı çay satış fiyatlarıyla söz konusu stok değeri yaklaşık 512 milyon TL²⁶ hesaplanmaktadır. Bu tutar Kuruluşun finansman ihtiyacının ciddi bir kısmının stoklarından kaynaklandığını ortaya koymaktadır. Bu veriler ise 2016 Yılı Programı ile Kuruluşun alımından daha düşük yaş çay alımının programlanmasının, çok daha rasyonel olduğunu göstermektedir. Kaldı ki stok verileri göz önüne alındığında, bu alım miktarı dahi ÇAYKUR için yüksektir.

Sonuç olarak ÇAYKUR, satış miktarından çok daha fazla alım yaparak mevcut stok miktarını daha da artırmıştır. Tablo 3'te yer verildiği üzere ÇAYKUR yüksek finansman açıklarına ve bu açıkları kapatmak üzere almış olduğu krediler nedeniyle yüksek finansman giderlerine katlanmaktadır. Dolayısıyla ÇAYKUR'un programa riayet etmeyip daha fazla yaş çay alması, aradaki fark kadar ilave finansman açığı ve finansman maliyeti oluşturmaktadır. Bu durum ise ödenen faiz giderleri nedeniyle ÇAYKUR'a yapılacak olan sermaye transferlerinin artması anlamında genel bütçeden daha fazla harcama yapılmasına ve bu itibarla kamu zararı oluşmasına neden olmaktadır.

Programlanandan daha fazla yaş çay alımı nedeniyle oluşan ilave faiz gideri ve dolayısıyla kamu zararı tablo 5'te hesaplanmıştır.

²⁴ ÇAYKUR 2017 Yılı Faaliyet Raporu, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 2018, s. 9.

²⁵ 2016 yılı Aralık ayı sonu çay stoku olan 73 bin tondan 2017 yılına ilişkin ilk 6 aydaki yaklaşık 53 bin tonluk satışın çıkarılmasıyla hesaplanmıştır.

²⁶ ÇAYKUR 2020 Yılı Faaliyet Raporu, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 2021, s. 33'ten (<https://www.caykur.gov.tr/CMS/Design/Sources/Dosya/Yayinlar/721.pdf>) hesaplanmıştır.

Tablo 5. ÇAYKUR'un Program Dışı Alım Kaynaklı Faiz Maliyeti Hesaplaması

(1) Toplam Yaş Çay Alım Tutarı (Bin TL)	1.256.891
(2) Toplam Yaş Çay Alım Miktarı (Ton)	687.515
(3) Birim Yaş Çay Alım Fiyatı (TL/Kg) (1/2)	1,83
(4) Programdan Fazla Alınan Yaş Çay Miktarı (Ton)	12.515
(5) Programdan Fazla Alınan Yaş Çay Tutarı (Bin TL) (3×4)	22.902
(6) Banka Kredileri (Bin TL)	1.298.450
(7) Program Dışı Alımın Banka Kredilerine Oranı (%) (5/6)	1,76
(8) Finansman (Faiz) Gideri (Bin TL)	110.632
(9) Program Dışı Alımın İlave Faiz Maliyeti (Bin TL) (7×8)	1.947

Kaynaklar: ÇAYKUR, 2017, s. 22, 82, 97 ve yazar tarafından yapılan hesaplamalardır.

Tablo 5'ten görüldüğü üzere ÇAYKUR'un kendisi için programlanmış olan yaş çay miktarından daha fazla alım gerçekleştirilmesi nedeniyle oluşan ilave finansman ihtiyacını karşılamak üzere kullanmış olduğu banka kredisi dolayısıyla ödemiş olduğu ilave faiz gideri 1,9 milyon TL hesaplanmıştır. Bu tutar ise Hazine'den Kuruluşa daha fazla kaynak aktarılmasını gerektirmesi nedeniyle genel bütçeye ilave bir yük oluşturmaktadır. Dolayısıyla ÇAYKUR'un, 2016 Yılı Programı ile kendisi için programlanmış olan alım miktarını aşması dolayısıyla 1,9 milyon TL'lik kamu zararına yol açtığı değerlendirilmektedir.

Tüm bunların yanı sıra ÇAYKUR tarafından gerçekleştirilen yüksek alımlar, çay üreticileri için zımni bir kamu desteklemesi olarak değerlendirilebilir. ÇAYKUR'un alım miktarına ilişkin bir görevlendirme bulunmaması dolayısıyla yüksek alımlar, açık bir destekleme yerine ancak zımni bir destekleme olarak kabul edilebilir. Ancak ÇAYKUR'un böylesine yüksek alımlarla çay üreticilerini desteklemesinin hem mevzuatta yeri yoktur hem de sektörel olarak buna ihtiyaç bulunmamakta-

dır. Zira çay üreticileri genel kamu politikası olarak doğrudan genel bütçe kapsamında desteklenmeye devam etmektedir. Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından yapılan tarımsal destekleme ödemelerinden; toprak analizi, gübre ve mazot desteğiyle birlikte prim (fark ödemesi) desteğinden yaş çay üreticileri faydalanmaktadır. Ayrıca yukarıda ortaya konulduğu üzere bu politikalar neticesinde yalnızca ÇAYKUR yüksek stok sorununa sahip olmayıp Kuruluşun yurtiçi çay pazarında yüzde 50-55 paya sahip olması nedeniyle ülke için genel olarak yüksek stok ve dolaşımıyla toplam üretimin toplam tüketimin üzerinde gerçekleşmesiyle çay sektöründe piyasa etkinliği bozulmaktadır. Örneğin ithal edilen ürün dışındaki yurtiçi menşeli çay tüketimi 245 bin ton iken 2019 yılında kuru çay bazında ÇAYKUR'un alımı 141 bin ton, özel sektörün alımı 123 bin tondur²⁷. Dolayısıyla diğer yıllardan devreden stoklar bir tarafa bırakıldığında, sadece 2019 yılı dikkate alındığında dahi, toplam 264 bin tonluk üretimle toplam tüketimin üzerinde bir üretim söz konusu olmuştur. ÇAYKUR'un yüksek alımları yüksek üretime neden olurken Kuruluşun 2019 mali yıl sonunda 110 bin ton gibi çok ciddi bir stok miktarına ulaşmasına neden olmuştur²⁸. 2020 yılındaki ilk hasat satışlarının söz konusu olduğu Temmuz ayına kadar 132 bin tonluk²⁹ 2020 yılı satışlarının yaklaşık yarısının gerçekleşmiş olabileceği dikkate alındığında, yeni bir alım dönemine ÇAYKUR'un 44 (=110-66) bin ton gibi çok yüksek bir stok miktarıyla girmiş olduğu hesaplanmaktadır. Böylece yüksek alım politikası, bir yandan üretim fazlasına neden olarak özellikle fiyatlara yansımaları açısından sektörel olarak piyasa yapısının diğer yandan ise yüksek stok maliyetleri nedeniyle ÇAYKUR'un finansman yapısının bozulmasına yol açmaktadır. Piyasa yapısının bozulması doğrudan, ÇAYKUR'un finansman açığının nihai olarak bütçeden karşılanması ise bütçe kaynaklarının tüketilmesi anlamında dolaylı yoldan tüketicileri ve çay üreticileri dışındaki vatandaşları olumsuz etkilemektedir.

²⁷ ÇAYKUR Çay Sektörü Raporu 2019, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 2020, s. 7, 16.

²⁸ ÇAYKUR 2020, s. 13.

²⁹ ÇAYKUR 2020 Yılı Faaliyet Raporu, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 2021, s. 9.

III. VERİLEN GÖREVİN GEREĞİ GİBİ YERİNE GETİRİLMEMESİNİN HUKUKİ ANALİZİ

A. DEVLET MEMURLARI KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

657 sayılı Kanun'un 124'üncü maddesinin ikinci fıkrasında "Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125 inci maddede sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir." hükmü bulunmaktadır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere Cumhurbaşkanlığı kararnamelerince verilen görevlerin yerine getirilmemesi disiplin cezası gerektirmektedir.

Örnek uygulamamızda yıllık programla ÇAYKUR için programlanan, dolayısıyla görev olarak değerlendirilen husus, yaş çay alım miktarıdır. Kurulda söz konusu alım miktarını belirleme temel olarak yönetim kurulu yetkisindedir. Zira ÇAYKUR Ana Statüsünün³⁰ 6'ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yönetim kurulu Kuruluşun amaç ve faaliyetlerini gerçekleştirme ve yönetimi ile ilgili her türlü kararları almakla yetkilidir.

ÇAYKUR bir KİT olup KİT'lerin yönetim kurullarına esas olarak Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de³¹ (233 sayılı KHK) yer verilmiştir. 233 sayılı KHK'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrası uyarınca KİT'lerin yönetim kurulu bir başkan ve beş üyeden oluşmaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise KİT genel müdürünün yönetim kurulunun başkanı olduğu, hükmü yer almaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin atanmasına ilişkin hükümlere ise Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde³² (3 sayılı Kararname) yer verilmiştir. 3 sayılı Kararname'nin 2'nci maddesi uyarınca KİT yönetim kurulu üyeliklerine Cumhurbaşkanı onayıyla atama yapılmaktadır. Kamu İktisadi Teşebbüsleri İle İlgili 2019/8 sayılı Cumhurbaş-

³⁰ 20/12/1996 tarihli ve 22853 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³¹ 18/06/1984 tarihli ve 18435 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³² 10/07/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

başkanlığı Genelgesiyle³³ genel müdür hariç olmak üzere Cumhurbaşkanlığı onayı ile yapılacak atamalarda beş yönetim kurulu üyesinden dördü için ilgili bakanın, biri için ise Hazine ve Maliye Bakanlığının teklifte bulunabileceği kararlaştırılmıştır. Genel müdürler ise 3 sayılı Kararname'nin 2'nci maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı kararıyla atanabilmektedir. 233 sayılı KHK uyarınca KİT genel müdürlerinin aynı zamanda yönetim kurulu başkanı olmaları dolayısıyla yönetim kurulu başkanlığı için ayrıca bir atama gerekmemektedir.

Bu hükümlerden KİT yönetim kurulu üyeliklerine Hazine ve Maliye Bakanlığı veya ilgili bakanın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı onayıyla atama yapılabildiği anlaşılmaktadır. Ancak mevzuatta söz konusu üyeliklere atanacak kimseler için kamu ya da özel sektör temsilcisi olma gibi herhangi bir şart konulmamıştır. Nitekim 233 sayılı KHK'nin "Teşebbüs Yönetim Kurulu Üyelerinin Nitelik ve Şartları" başlıklı 7'nci maddesinde söz konusu üyeler için yalnızca iki nitelik ve şart belirlenmiştir. Bunlardan ilki; maddenin ikinci fıkrasında yer alan "Teşebbüs yönetim kurulu başkan ve üyeleri; başka bir teşebbüste yönetim kurulu üyesi olamaz ve rakip kuruluşlar ile menfaat ilişkisi içinde bulunamazlar." hükmüdür. Diğeri ise maddenin üçüncü fıkrasındaki "Birinci fıkradaki niteliklere sahip bulunan kamu görevlileri teşebbüs yönetim kurulu üyeliklerine atanabilirler. Esas görevleri devam etmek üzere atanan yönetim kurulu üyeleri, başka bir teşebbüs, bağlı ortaklık ve denetim kurulu üyesi olarak görev alamazlar." hükmüdür. Dolayısıyla KİT yönetim kurullarına bu iki koşula aykırılık teşkil etmemek üzere hem kamu görevlilerinden hem de özel sektör temsilcilerinden atama yapılabilmektedir.

657 sayılı Kanun'un ancak kamu görevlileri için uygulanabilmesi dolayısıyla KİT yönetim kurulu üyelerinden yalnızca kamu görevlileri için bu Kanundaki disiplin cezaları söz konusu olabilecektir. Bu itibarla 2016 Yılı Programı'yla kararlaştırılmış olan yaş çay alımının gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı ilgili KİT'in kamu görevlisi yönetim kurulu üyeleri hakkında 657 sayılı Kanun'un disiplin cezalarının uygulanabileceği değerlendirilmektedir.

Bunların yanı sıra KİT yönetim kurulu başkanlarının özel sektörden atanma imkânı bulunmamaktadır. Zira 233 sayılı KHK'nin 6'ncı maddesi uyarınca KİT genel müdürleri aynı zamanda yönetim kurulu

³³ 01/05/2019 tarihli ve 30761 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

başkanıdır. Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin³⁴ (399 sayılı KHK) 3'üncü maddesince genel müdürler, memur statüsüne sahiptir. Aynı madde uyarınca, bu statüdeki personel hakkında 399 sayılı KHK'de belirtilen hükümler dışında 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağına hükmedilmiştir. Bu hüküm karşısında öncelikle 399 sayılı KHK'nin disiplin hükümleri incelenmiş ve bu KHK'deki disiplin hükümlerinin yalnızca KİT'lerdeki sözleşmeli statüdeki personeli kapsadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla disiplin hükümleri açısından genel müdürler için 657 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu itibarla aynı zamanda genel müdür olan KİT yönetim kurulu başkanlarına da diğer kamu görevlisi olan yönetim kurulu üyelerinde olduğu gibi disiplin hükümleri açısından 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

B. KAMU MALİ YÖNETİMİ VE KONTROL KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Kamu zararı mali yönetim sistemimize 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu³⁵ ile girmiştir³⁶. Ancak KİT'ler bu Kanun kapsamına girmemektedir³⁷. Bununla birlikte genel kamu yönetimi açısından kamu zararının kapsamı, detaylı bir şekilde söz konusu Kanun ve buna ilişkin yönetmelikle düzenlenmiş olması açısından çalışmada örnek olarak alınan işlemi bu mevzuat çerçevesinde değerlendirmek, oluşan kamu zararının mahiyetini anlamak açısından faydalı olacaktır.

Kamu zararı, mevzuata aykırı olarak eylem ve işlem tesis etmek suretiyle kamu kaynağında eksilmeler meydana gelmesi biçiminde oluşabileceği gibi devlet memurları ya da üçüncü kişiler tarafından kamu

³⁴ 29/01/1990 tarihli ve 20417 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³⁵ 24/12/2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³⁶ HEPAKSAZ, Engin/ ŞAHİN İPEK, Elif Ayşe, "Kamu Zararının Tespiti ve Tahsili Sürecinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 32, S. 4, Y. 2018, s. 922.

³⁷ 5018 sayılı Kanun madde 2/1: "Bu Kanun, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü kapsar."

mallarına verilen zararlar biçiminde de gerçekleşebilir³⁸. Her ne kadar 5018 sayılı Kanun'da üçüncü kişilerin neden olmuş olduğu zararlar kamu zararı tanımı içerisinde yer almasa da Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükmünce bu zararlar da kamu zararı kapsamında değerlendirilmektedir. Zira Yönetmeliğin 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında "Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararının geri ödenmesi sürecine, kamu görevlileri ile birlikte ilgililer de dâhil edilir." hükmü bulunmaktadır. Bu itibarla üçüncü kişilerin verdiği zararlar hakkında da tazmin hükümlerinin uygulanması ve tebligata rağmen tazmin kararı doğrultusunda ödeme gerçekleştirmeyen kimseler hakkında adli yargıda dava açılması gerektiği değerlendirilmektedir³⁹.

5018 sayılı Kanun uyarınca kamu zararı, söz konusu Kanun ve Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre zararın tespitinden tazminine kadar olan süreci kapsamaktadır⁴⁰. Kanun ve yönetmelikteki kıstaslar esas alınarak kamu zararı; ilgili kamu kuruluşunca gerçekleştirilen kontrol, denetim veya inceleme, Sayıştay'ca kesin hükme bağlama ve adli, idarî veya askerî yargılama sonucunda tespit edilebilmektedir⁴¹. Bununla birlikte yargı yoluyla kamu zararının tespiti, 5018 sayılı Kanun kapsamında doğrudan kamu zararının tazminine yönelik bir dava sonucunda olabildiği gibi farklı bir dava sonucunda mahkemece kamu zararına hükmedilebilmesiyle de mümkün olabilmektedir⁴². Bu durum, bu makalede örnek olarak sunulan olay için geçerli olabilecek bir durumdur. Zira 5018 sayılı Kanun kapsamında yer almamaları ve çalışmanın son bölümünde açıklandığı üzere denetimlerinin TBMM tarafından yapılıyor olması dolayısıyla KİT'lerdeki bu zarar, Sayıştay yerine TBMM Başkanlığı tarafından Cumhurbaşkanlığına ya da ilgili adli mercilere sunulmak suretiyle dava konusu yapılabilecektir.

³⁸ AKALAN, Abdullah Recai, "Kamu Zararlarının Tazmini Konusunda Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Problemler ve Çözüm Önerileri", Türk İdare Dergisi, S. 473, Y. 2011, s. 11.

³⁹ AKALAN, s. 35.

⁴⁰ KOÇBERBER, Seyit, "Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü ve Önemi", Sayıştay Dergisi, S. 97, Nisan-Haziran, Y. 2015, s. 60.

⁴¹ KOÇBERBER, s. 60.

⁴² KOÇBERBER, s. 62.

5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca kamu zararı; kamu görevlilerinin kasıt, kusur veya ihmallerinden kaynaklanan mevzuata aykırı karar, işlem veya eylemleri sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır. Bu hükme göre çalışmada hesaplanan, programla belirlenenden daha fazla miktarda yaş çay alımı nedeniyle uğranılan zarar, kamu zararı olarak değerlendirilebilir. Zira 2016 Yılı Programında alınması gerekli yaş çay miktarı kararlaştırılmış olmasına rağmen ilgili KİT bundan daha fazla alım gerçekleştirmiştir. Bu fazla alım nedeniyle daha fazla borçlanmak suretiyle daha fazla faiz ödeyen Kuruluşun bu ilave maliyeti ise finansman açığının karşılanması için Kuruluşa yapılan sermaye transferi yoluyla genel bütçeye ilave harcama olarak yansımaktadır. Dolayısıyla yıllık programla belirlenenden fazla yapılan alım yapılması şeklinde gerçekleşen işlem mevzuata aykırı işlem, bu fazla alım nedeniyle katlanılan ilave maliyet ise Kuruluşa genel bütçeden daha fazla sermaye transferine yol açması nedeniyle kamu kaynağında eksilme olarak değerlendirilebilecektir. Yıllık programın her yıl düzenlenmesi ve KİT'ler için temel politika dokümanı olması ise programa aykırı yapılan işlemin ancak kasıt ya da kusurla yapılabileceği şeklinde yorumlanabilecektir.

Bununla birlikte 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinin ikinci fıkrasında kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak hususlar şöyle belirtilmiştir:

- İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,
- Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,
- Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,
- İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,
- İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması
- Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması.

Programda belirlenenden daha fazla yaş çay alımı, bu esaslarda belirtilen faaliyet kapsamına girmemektedir. Ancak ikinci fıkra hükmü, kamu zararının belirlenmesindeki esaslar olup birinci fıkrada yer alan kamu zararının unsurlarını kısıtlayıcı bir hüküm olarak değerlendirilmemelidir. Zira Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar

Hakkında Yönetmeliğin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde, kamu zararının belirlenmesinde esas alınacak hususlar arasında "Kamu idaresinin yükümlülüklerinin mevzuatına uygun bir şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle kamu idaresine faiz, tazminat, gecikme zammı, para cezası gibi ek malî külfet getirilmesi" hükmü de yer almıştır. Görüldüğü üzere bu hükme göre örnek olaydaki gibi ilave faiz nedeniyle katlanılan ilave maliyet, kamu zararı olarak tanınmıştır. Bu hüküm, 71'inci maddenin ikinci fıkrasının, kamu zararının unsurlarını kısıtlayıcı bir hüküm olarak değerlendirilmemesi gerektiğini teyit etmektedir. Aksi bir değerlendirme, Kanunla sınırlandırılmış bir unsurun Yönetmelikle genişletilmiş olması anlamında normlar hiyerarşisine uygun olmayan bir durumun varlığına işaret edecektir.

Yargı kararlarında bu husus tartışmalı olmakla birlikte somut bir olaya ilişkin Yargıtay'ın 3'üncü Hukuk Dairesi ile nihai olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin vermiş oldukları kararlar, 71'inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarına ilişkin yukarıdaki yapmış olduğumuz değerlendirmemizi teyit etmektedir. Söz konusu dava konusu; Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı'nda (TÜİK) uzman olarak görev yapan davacıya yersiz ödendiği tespit edilen denetim tazminatı tutarlarının, 2009 yılında Maliye Bakanlığı işlemi üzerine TÜİK tarafından davacıdan geri talep edilmesi üzerine davacının kendi adına çıkarılan borç tahakkuk işleminin geri alınması amacıyla yaptığı başvurudur. İdare mahkemesinin reddettiği dava, bölge idare mahkemesinin önce temyiz aşamasında ret kararını onaylamasıyla ve sonrasında karar düzeltme istemini reddetmesiyle idare mahkemesinin ret kararı doğrultusunda kesinleşmiştir. Kararın kanun yararına bozulması istemi üzerine görülen dava neticesinde Danıştay 2. Dairesi'nin 2010/5111 no.lu Kararında⁴³, 5018 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinin birinci fıkrasındaki "mevzuata aykırı karar, işlem veya ihmal" ibarelerini, ikinci fıkra kapsam dâhilinde anlamak gerektiği belirtilmiştir. İkinci fıkrada mevzuatın yorumunda hataya düşülmek veya ihmal ve kasıt yoluyla fazla ödeme yapılması hallerinin sayılmadığı, bakılan uyuşmazlığın mevzuatta öngörülmeyen bir ödeme yapılması nedeniyle oluşan kamu zararı olmayıp mevzuatın öngördüğü bir ödemenin yapılması sırasında hataya düşülmesine ilişkin olduğundan, uyuşmazlığın 5018 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak aynı konuyla ilgili Yar-

⁴³ Danıştay, 2. D., E. 2010/6876, K. 2010/5111, K.T. 27/12/2010, R.G. (T. 26/02/2011, S. 27858).

gıtay 3. Hukuk Dairesi'nin temyiz mercii olarak vermiş olduğu 2010/7959 no.lu Kararda⁴⁴, ikinci fıkradaki esaslar dikkate alındığında, kamu zararı sayılmayan yersiz yapılan ödemenin geri alınamama durumunun idareyi işleyemez duruma getireceği gerekçesiyle birinci fıkraya dikkate alınarak dava konusu ödemenin kamu zararı olduğuna hükmedilmiştir⁴⁵. Uyuşmazlık Mahkemesi de 2014/887 no.lu Kararında⁴⁶, idarece yapılan yersiz ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebileceği gerekçesiyle kamu görevlisine yapılan fazla ödemenin geri alınmasına ilişkin işlemin kabulü ve hüküm uyuşmazlığının bu yönde giderilmesine hükmetmiştir. Dolayısıyla Danıştay Dairesi'nin aksine Uyuşmazlık Mahkemesi Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'yle aynı şekilde, 71'inci maddenin ikinci fıkrasındaki esaslar dışında da gerçekleşse yersiz ödemeyi, kamu kaynağında meydana gelen eksilme olması sebebiyle 71'inci maddenin birinci fıkrası kapsamında kamu zararı olarak değerlendirmiştir.

Bu değerlendirmeler ışığında çalışmada örnek olarak alınan işlemin 5018 sayılı Kanun uyarınca kamu zararına yol açtığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak başlangıçta açıkladığımız üzere KİT'ler 5018 sayılı Kanun kapsamında yer almamaktadır. Bu husus ise KİT'ler için kamu zararının değerlendirilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira kamu zararı yalnızca 5018 sayılı Kanunla düzenlenmemiştir. TCK de kamu zararını görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarından biri olarak saymıştır. Dolayısıyla KİT'ler için kamu zararı söz konusu olduğunda, doğrudan TCK'nin görevi kötüye kullanma suçunun diğer unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği incelenebilir. Zira aşağıda detayları açıklanacağı üzere KİT'ler TBMM'ce denetlenmekte ve TBMM KİT Komisyonu'nca düzenlenen raporlar, TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmektedir. Genel Kurul'da ibra edilmeyen kuruluşların sorumluları hakkında genel hükümlere göre adli kovuşturma veya işlem yapılabilmesi için karar, TBMM Başkanlığı'nca Cumhurbaşkanlığı'na ve ilgili adli mercie bildirilmektedir.

⁴⁴ Yargıtay, 3. H.D., E. 2010/6165, K. 2010/7959, K.T. 04/05/2010.

⁴⁵ PARLAK, Nükrettin, "Sayıştay Yargısında Kamu Zararı Kavramı: Sorunlar ve Öneriler", Sayıştay Dergisi, S. 108, Y. 2018, s. 21.

⁴⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2013/1607, K. 2014/887, K.T. 13/10/2014, R.G. (T. 06/11/2014, M.S. 29167).

C. TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

KİT yönetim kurullarının özel sektörden atanan üyelerine, 657 sayılı Kanun'daki disiplin cezaları uygulanamazken TCK'nin kamu görevlilerince işlenebilen suçlara ilişkin cezalar uygulanabilmektedir. Zira TCK, 657 sayılı Kanun'a göre kamu görevlisini farklı tanımlamıştır. TCK'nin 6'ncı maddesinde, ceza kanunlarının uygulanmasında kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişinin anlaşılacağına hükmedilmiştir. Maddenin gerekçesinde de kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak tek ölçütün, gördüğü işin kamusal bir faaliyet olması gerektiği, kamusal faaliyetin ise Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasi kararlarla hizmetin kamu adına yürütülmesi olduğu belirtilmiştir⁴⁷.

Bu hükümlerden hareketle Türk Ceza Kanunu açısından, KİT yönetim kurulu üyeliklerine özel sektörden atanmış olan kişiler de kamu görevlisi olarak değerlendirilmektedir. Nitekim KİT'ler, sermayelerinin tamamı devlete ait olmaları dolayısıyla tamamen kamu kaynağı kullanarak faaliyet göstermektedir. Zira Anayasa'nın 128'inci maddesinin birinci fıkrasında KİT'lerin kamu hizmeti yürütmüş oldukları da belirtilmektedir. KİT'lerin faaliyetlerine ilişkin karar yetkisi yönetim kurullarındadır. Bu itibarla KİT'lerin kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetlerinde de yönetim kurulları karar yetkisine sahip olup bunlardan sorumludur. Yönetim kurulu kararlarında ise özel ya da kamudan atanan üyeler arasında bir ayırım olmayıp her üye eşit derecede yetki ve sorumluluğa sahiptir. Dolayısıyla özel sektör ayrımı olmaksızın tüm KİT yönetim kurulu üyeleri, görevleriyle ilgili iş ve işlemleri nedeniyle Türk Ceza Kanunu'nda hüküm altına alınan kamu görevlilerince işlenen suçlara yönelik cezalara muhatap olabilecektir.

TCK'nin 257'nci maddesinde görevi kötüye kullanma suçu düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü bulunmaktadır. Görevi kötüye kullanma suçuyla amaçlanan hukuki menfaatin, kamu görevinde

⁴⁷ YOKUŞ SEVÜK, Handan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 39, Y. 2018, s. 263.

disiplinin sağlanarak kamu idaresinin maruz kalacağı olası zararın engellenmesi, olduğuna ilişkin görüşler bulunmaktadır⁴⁸. Bunun yanı sıra korunan hukuki menfaati; kamusal görevlerin düzenli, etkili ve dürüst bir biçimde yerine getirilmesi, olarak belirten yazarlar da bulunmaktadır⁴⁹. Zira kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranmasının cezalandırılmasıyla; kamu görevlilerinin bu görevleri dolayısıyla kendilerine tanınan yetkileri hukuken belirlenmiş sınırlar içinde kullandıkları konusunda toplumda var olan güven duygusunun zedelenmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır⁵⁰. Her iki görüşe göre de nihai olarak korunan hukuki menfaat, kamu menfaatidir. Zira her iki durumda da kamu idaresi zarar görmekte ve doğrudan ya da dolaylı olarak tüm kamu bu zarara ortak olmaktadır.

257'nci madde hükmünde yer alan “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek” ifadesindeki “görevinin gereği” kapsamına daha önce yapılan açıklamalar doğrultusunda KİT yönetim kurullarının yıllık programlarda kendileri için belirlenmiş olan somut hedefler ve faaliyetler de girmektedir. Zira Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul edilen 2016 Yılı Programı, ilgili KİT'in yapabileceği yaş çay alımı için belirli bir miktar belirlemiştir. Bu miktar hedef ya da öngörü yapılmak yerine doğrudan programlanmıştır. Dolayısıyla ilgili KİT için emredici bir nitelik taşımaktadır. Bunun yerine getirilmemesi ise “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek” eylemi kapsamına girmektedir. Bu aykırı hareketin ne şekilde yapılmış olduğunun önemi bulunmamaktadır⁵¹. Görevin gereği, kamu görevlisinin görevine ilişkin kendisini ilgilendiren birey işlemler olabileceği gibi ilgili kanun, tüzük, yönetmelik, genelge, kararname gibi düzenleme hükümleri de olabilmektedir⁵². Bu itibarla idari düzenlemeler de dâhil olmak üzere verilen görevin gereklerine aykırı hareket edilmesi ve kamunun da bu nedenle zarara uğraması durumunda, bu zara-

⁴⁸ ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdaresine Karşı Suçlar, İstanbul, 1992, s. 207.

⁴⁹ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s.302.

⁵⁰ ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 2003/1-2, Y. 2003, s. 195.

⁵¹ OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu”, TBB Dergisi, S. 82, Y. 2009, s. 10.

⁵² SUCUOĞLU, Arif Naci, Ceza Hukuku'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 46.

ra sebebiyet veren kamu görevlilerinin 257'nci madde hükmünde yargılanması söz konusu olacaktır.

Meydana gelen kamu zararının niteliği, madde metninde belirtilmemiş ancak madde gerekçesinde kamu zararı “kamunun ekonomik zararı” olarak ifade edilmiştir⁵³. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda tutarlı bir şekilde kamu zararını, ekonomik açıdan zarar olarak değerlendirmektedir⁵⁴. Bu kararlarla birlikte TCK 257'nci madde metninde görev zararına sebebiyet verebilecek fiillerin sınırlandırılmamış olması ve madde gerekçesindeki “ekonomik zarar” ifadeleri dikkate alındığında, kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kamunun zararına neden olmaları, bu kapsamda yargılanmaları için yeter koşul olacaktır. Örnek olayda, yeterli stok miktarı bulunmasına rağmen kendisi için programlanmış olan yaş çay alım miktarından daha fazla alım gerçekleştirmesi nedeniyle Kuruluşun ödemiş olduğu 1,9 milyon TL faiz gideri, daha önce açıklandığı üzere kamu zararını oluşturmaktaydı. Dolayısıyla burada kamunun ekonomik zararı söz konusudur. Kuruluş görevini gereği gibi yerine getirmemek suretiyle kamu kaynağını azaltmış bulunmaktadır. Kaldı ki kamu kaynaklarında yalnızca bir eksilmeye değil, artışa engel olmak durumunda da kamu zararı söz konusu olmaktadır⁵⁵. Dolayısıyla örnek olayda kamu zararının oluşmasında bir beis bulunmamaktadır. Zarara neden olan alım miktarını belirleme yetkisinin yönetim kurulunda bulunması nedeniyle Kurulda ceza sorumluluğuna gidilebilecek organ da ilgili KİT yönetim kuruludur.

Bunlarla birlikte doktrinde, görevi kötüye kullanma suçunun varlığı için kamu görevlilerinin fiilleri nedeniyle zarar oluşacağını önceden bilmeleri gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır⁵⁶. Görüşlerden birine göre görevi kötüye kullanma suçunun unsurlarından biri, kamu görevlisinin fiiliyle zarara neden olacağını bilmesi-

⁵³ SUCUOĞLU, s. 54.

⁵⁴ ÜZÜLMEZ, İlhan, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 1, Y. 2012, s. 201.

⁵⁵ TAYTAK, Mustafa, Kamu Mali Yönetiminde Kamu Zararı ve Tahsili, Ekin Yayınları, Bursa, 2018, s. 38,39.

⁵⁶ KARTAL, Pınar Memiş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 1389.

dir⁵⁷. Aksi görüşe göre ise zarar, suçun unsuru değil, objektif cezalandırılabilirlik şartı olması gerekçesiyle böyle bir bilgiye sahip olma gerekliliği bulunmamaktadır⁵⁸. TCK 257'nci madde hükümleri değerlendirildiğinde, bu görüşe katılmak mümkündür. Zira söz konusu suçun düzenlendiği gerek madde metninden gerekse gerekçesinden, görevi kötüye kullanma suçu için kamu görevlisinin zarar öngörüsünün bulunması gerektiğine ilişkin bir ibare yer almamaktadır. Madde metnindeki "görevin gereklerine aykırı hareket" suç unsuru iken "kişilerin mağduriyeti", "kamunun zararı" ya da "kişilere sağlanan haksız menfaat" ise cezalandırılabilirliğin şartlarını oluşturmaktadır. Kaldı ki görevi kötüye kullanma suçu için zararın oluşacağını önceden öngörülmesi gerekliliği kabul edilse dahi çalışmada ele alınan örnek olay için sonuç değişmeyecektir. Nitekim örnek olayda hem geçmiş hem içinde bulunulan hem de gelecek yılın satışlarının çok üzerinde bir alım gerçekleştiren Kuruluşun, ilave stok oluşacağını ve bunun finansmanı dolayısıyla daha fazla borçlanma gerçekleştirmek suretiyle ilave faiz ödeyeceğini öngörmeme durumu söz konusu değildir.

TCK'nin 257'nci maddenin ikinci fıkrasında ise "Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü bulunmaktadır. Örnek olay dikkate alındığında, ihmal ya da gecikme nedeniyle ancak daha az alım gerçekleşebilecek olup daha fazla yaş çay alımı söz konusu olamayacaktır. Yıllık programların KİT'ler için temel politika dokümanı olmaları ve 3346 sayılı Kanunda program hükümlerinin uygulanmasına yönelik bulunan açık hüküm doğrultusunda, yönetim kurulu üyelerinin programdaki hükmü bilmeme gerekçesiyle uygulamadıklarına ilişkin bir mazeret de geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla örnek olay açısından, 257'nci maddenin ikinci fıkrası değil, birinci fıkrası kapsamında bir cezai sorumluluk söz konusu olabilecektir.

KİT'lerde bu değerlendirmelere konu olan hususların tespiti ve ilgili mercilere sevki temel olarak TBMM tarafından yapılabilecektir. Anayasa'nın 165'inci maddesinde "Sermayesinin yarısından fazlası doğ-

⁵⁷ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 697.

⁵⁸ ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara, 2010, s. 947.

rudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir.” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca TBMM, KİT’lerin denetimini 3346 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda gerçekleştirmektedir. Kanun’un 3’üncü maddesinde, KİT’lerin TBMM’ce denetlenmesinin, TBMM’ce seçilecek 35 milletvekilinden oluşan TBMM Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonu tarafından gerçekleştirileceğine hükmedilmiştir. Kanun’un 7’nci maddesinin üçüncü fıkrasında “Komisyon ve alt komisyonlar, denetleyecekleri kuruluşların durumunu, ulusal ekonomiye faydalı olabilmeleri için özerk bir tarzda, ekonominin kuralları ve ekonomik gerekler dâhilinde, verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda yönetilerek, kuruluş amaçlarına ulaşmalarını teminen; faaliyetlerinin mevzuata, uzun vadeli kalkınma planına ve planın uygulama programlarına uygunluğu yönlerinden inceler.” hükmü bulunmaktadır. Bu hükümden Komisyonun kuruluşların faaliyetlerini, kalkınma planı ve buna ilişkin program hükümlerine uygunluk açısından incelemekle de yükümlü olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada örnek olarak sunulan program kararının yerine getirilip getirilmediğinin tespiti, TBMM KİT Komisyonu tarafından gerçekleştirilebilecektir. Komisyon bu gibi hususları, 3346 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca Sayıştay Başkanlığı ve Cumhurbaşkanlığı tarafından kendisine sevk edilen raporlardan ya da doğrudan kendi çalışmaları üzerine tespit edebilir. Komisyon raporları aynı Kanun’un 8’inci maddesine göre TBMM Genel Kurulu’nda görüşülmekte ve 11’inci maddesi uyarınca ibra edilmeyen kuruluşların sorumluları hakkında genel hükümlere göre adli kovuşturma veya işlem yapılabilmesi için karar, TBMM Başkanlığınca Cumhurbaşkanlığına ve ilgili adli mercie bildirilmektedir.

SONUÇ

Temelde kalkınma planlarının yıllık uygulamalarını içeren yıllık programlar, önceki sistemde Bakanlar Kurulu kararlarıyla alınırken mevcut durumda Cumhurbaşkanı kararlarıyla yürürlüğe girmekte ve tüm kamu kurum ve kuruluşları için bağlayıcı bir belge niteliği taşımaktadır. KİT’lerin TBMM’ce denetlenmesine ilişkin Kanun’un ilgili maddesinde, KİT’lerin faaliyetlerinin kalkınma planı ve ilgili programlara uygunluk açısından da inceleneyeceğine hükmedilmiştir. Dolayısıyla KİT’ler açısından yıllık program hükümlerinin bağlayıcılığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ekonomik ve sosyal kalkınma için merkezi

bir planlamanın yıllık uygulaması niteliği taşıyan yıllık programlarda pek çok hedef ve tedbir bulunmaktadır. Bu hedef ve tedbirlerden, somut birer faaliyet niteliğinde olan ve öngörü yerine kesin hüküm içerenlerin, ilgili kamu kuruluşlarınca yerine getirilmesi gerekmektedir. Aksi durum ise verilen görevin yerine getirilmemesi anlamında idare ve/veya ceza hukuku kapsamında değerlendirmeyi gündeme getirecektir.

Bu kapsamda çalışmada somut bir faaliyet olması açısından, 2016 Yılı Programıyla yaş çay alımına ilişkin programa bağlanan alım miktarı dikkate alınmıştır. Alıma ilişkin bu program kararı, hem net bir şekilde miktarın belirlenmiş hem de satıştağinin aksine piyasa koşullarına bağlı olmadan tamamıyla ÇAYKUR'un kendi iradesiyle gerçekleştirilebilecek bir faaliyet olması açısından seçilmiştir. Böylece bu faaliyetin gereği gibi yerine getirilmemesinin sorumlusu olarak Kuruluş muhatap olarak alınabilecektir.

Söz konusu faaliyet dikkate alındığında Kuruluşun programlanan alım miktarından daha fazla alım gerçekleştirdiği ve bunun da stok miktarlarını artırdığı tespit edilmiştir. İhtiyacından daha fazla alım gerçekleştirmek suretiyle stok artışına neden olan bu yüksek alım, daha fazla borçlanmaya bu da daha fazla faiz gideri şeklinde finansman maliyetine neden olmuştur. Gerçekleşen alım miktarı ile program arasındaki farkın neden olduğu ilave borçlanmadan kaynaklı faiz maliyeti, kamu zararı olarak hesaplanmıştır. Zira KİT'lerin sermayelerinin tamamının devlete ait olması nedeniyle nihai olarak borçları ve bunların maliyetleri sermaye transferi yapılmak suretiyle genel bütçeden karşılanacaktır. Dolayısıyla Program'a riayet edilmeyerek daha fazla alım nedeniyle hesaplanmış olan ilave finansman maliyeti, kamu zararını temsil etmektedir. Hem görevin gereği gibi yerine getirilmemesi hem de bunun kamu zararına yol açması, söz konusu faaliyetin sorumluluğu konusunda bir yandan idare hukuku diğer yandan ise ceza hukuku açısından değerlendirme yapılmasını gerekli kılmıştır.

Mevzuatta aksi belirtilmemesi nedeniyle KİT yönetim kurullarına kamu görevlilerinin yanı sıra kamu görevlisi olmayan kişiler de atanabilmektedir. Bu durum ise idare hukuku kapsamındaki disiplin cezaları ile ceza hukuku kapsamındaki cezai hükümler açısından KİT yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu farklılaşmaktadır. Görevin gereği gibi yerine getirilmemesi durumlarında KİT yönetim kurullarındaki kamu görevlileri için 657 sayılı Kanun'un disiplin hükümleri doğrultusunda işlem yapılabilecekken kamu görevlisi olmayan üyeler için bu

hükümlerin uygulanması mümkün olmayacaktır. Türk Ceza Kanunu'ndaki kamu görevlilerince işlenebilen suç ve bunlara uygulanacak cezaların kapsamına ise 657 sayılı Kanun'a göre kamu görevlisi sayılmayan yönetim kurulu üyeleri de girmektedir. Bunun nedeni ise TCK'de kamu görevlisi tanımının çok daha geniş yapılmasıdır. Söz konusu Kanun'daki kamu görevlisi için yapılan tanımlamadaki kamusal faaliyet vurgusu nedeniyle bu Kanun uyarınca KİT yönetim kurulu üyelerinin tamamı kamu görevlisidir.

Bu açıklamalar karşısında örnek olarak ele alınan yıllık program kararı ve buna ilişkin yapılan faaliyet dikkate alındığında, yapılması gerekli faaliyetin gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle ilgili KİT'in kamu görevlisi olan yönetim kurulu üyeleri için 657 sayılı Kanun'un disiplin hükümleri doğrultusunda işlem yapılması gerektiği değerlendirilmiştir. Ayrıca kamu zararının oluşması nedeniyle ilgili KİT'in tüm yönetim kurulu üyelerinin, TCK gereğince görevi kötüye kullanma suçu açısından sorumluluklarına gidilebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Her ne kadar KİT'ler 5018 sayılı Kanun kapsamında olmasa da kamu zararının bu Kanun'da daha detaylı hükümlerle açıklanması üzerine örnek olayda tespit edilen zarar söz konusu Kanun hükümlerince de değerlendirilmiş ve bu kapsamda da kamu zararı sonucuna ulaşılmıştır.

KİT'ler için bu değerlendirmelere konu olan hususların tespiti ve ilgili mercilere sevki temel olarak TBMM tarafından yapılabilecektir. Zira Anayasa hükmü uyarınca KİT'ler TBMM tarafından denetlenmekte ve bu denetim de TBMM KİT Komisyonu tarafından gerçekleştirilmektedir. 3346 sayılı Kanun uyarınca Komisyon'un, kuruluşların faaliyetlerini hem kalkınma planı hem de buna ilişkin program hükümlerine uygunluk açısından incelemek yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu itibarla bu çalışmada örnek olarak sunulan program kararının yerine getirilip getirilmediğinin tespiti TBMM KİT Komisyonu tarafından gerçekleştirilecektir. Komisyon'un bu gibi hususları tespiti ise Sayıştay Başkanlığı ve Cumhurbaşkanlığı tarafından kendisine sevk edilen raporlardan ya da doğrudan kendi çalışmaları üzerine mümkün olabilecektir. Komisyon raporlarının TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi ve oylanması üzerine ibra edilmeyen kuruluşların sorumluları hakkında ise genel hükümlere göre adli kovuşturma veya işlem yapılabilmesi için karar, TBMM Başkanlığınca Cumhurbaşkanlığı'na ve ilgili adli mercie bildirilecektir.

KAYNAKLAR

- AKALAN, Abdullah Recai, “Kamu Zararlarının Tazmini Konusunda Mevzuattan ve Uygulamadan Kaynaklanan Problemler ve Çözüm Önerileri”, *Türk İdare Dergisi*, S. 473, Y. 2011, s. 9-41.
- AKDOĞAN, Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, Sekizinci Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2002.
- AKYAZAN, Ahmet Emrah, “Maddi Açından İdari İşlemler”, *TBB Dergisi*, S. 85. Y. 2009, s. 220-240.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 8, Y. 1991, s. 18-133.
- ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Canner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara, 2010, ÇAYKUR 2016 Yılı Faaliyet Raporu, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 2017.
- BAŞ, Hasan, “Hesap Verme Sorumluluğu ve Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu”, 20. Türkiye Maliye Sempozyumu, Y. 2005, s. 400-416.
- ÇAYKUR 2017 Yılı Faaliyet Raporu, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 2018.
- ÇAYKUR Çay Sektörü Raporu 2019, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 2020.
- ÇAYKUR 2020 Yılı Faaliyet Raporu, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, 2021.
- Danıştay Dergisi*, S. 5, Y. 1972, s. 132-137.
- DURAN, Lütfi, “Türkiye’de Planlamanın Hukuki Rejimi”, *Danıştay Dergisi*, S. 18-19, Y. 1975, s. 15-31.
- ERMAN, Sahir/ ÖZEK, Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm – Kamu İdare sine Karşı Suçlar*, İstanbul, 1992.
- HEPAKSAN, Engin/ ŞAHİN İPEK, Elif Ayşe, “Kamu Zararının Tespiti ve Tahsili Sürecinde Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 32, S. 4, Y. 2018, s. 921-940.
- KAĞITÇIOĞLU, Mutlu, “İdari İşlemin İcrailiği”, *TBB Dergisi*, S. 103, Y. 2012, s. 267-284.
- KARTAL, Pınar Memiş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 1373-1396.

- KOÇBERBER, Seyit, "Kamu Zararı Kavramı Üzerine Yargı Kurumları Arasındaki Hüküm Uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesinin Rolü ve Önemi", *Sayıştay Dergisi*, S. 97, Nisan-Haziran, Y. 2015, s. 55-75.
- KUZU, Burhan, "Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, S. 11, Y. 2002, s. 1-12.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu", *TBB Dergisi*, S. 82, Y. 2009, s. 1-31.
- ÖZGENÇ, İzzet/ ŞAHİN, Cumhur, "Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 2003/1-2, Y. 2003, s. 189-238.
- PARLAK, Nükrettin, "Sayıştay Yargısında Kamu Zararı Kavramı: Sorunlar ve Öneriler", *Sayıştay Dergisi*, S. 108, Y. 2018, s. 7-38.
- PINAR, Abuzer, *Kamu Maliyesi ve Maliye Politikası*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- SUCUOĞLU, Arif Naci, *Ceza Hukuku'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçu*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- TAYTAK, Mustafa, *Kamu Mali Yönetiminde Kamu Zararı ve Tahsili*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 1, Y. 2012, s. 191-216.
- YOKUŞ SEVÜK, Handan, "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 39, Y. 2018, s. 257-316.
- 2016 Yılı Programı, R.G. (T. 23/01/2016, Mükerrer S. 29602).

ANONİM ORTAKLIKTA TEK BORÇ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE TTK 421/2-a BENDİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat KAYIŞ*

Öz

Anonim ortaklıkta pay sahiplerinin asli borcu, sermaye taahhüdünü yerine getirmektir. Bu açıdan pay sahiplerinin şirket alacaklılarına karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı gibi, sermaye koyma borcu dışında şirkete karşı kural olarak herhangi bir yükümlülük altında olduğu da söylenemez. Bu durum, anonim ortaklıklar hukukunda tek borç ilkesi olarak anılmaktadır. Tek borç ilkesi, mutlak nitelikte değildir; ancak hangi durumların bu ilkenin istisnası olduğu tartışmalıdır. Bu çalışmada öncelikle tek borç ilkesi ve istisnaları karşılaştırmalı hukuk da dikkate alınarak incelenmiştir. TTK 421/2-a bendinde ise, esas sözleşme değişikliğiyle bilanço zararlarının kapatılması amacıyla pay sahiplerine yükümlülük ve ikincil yükümlülük getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Çalışmamızın devamında tek borç ilkesi çerçevesinde TTK 421/2-a bendi değerlendirilmiş, söz konusu düzenlemenin bu ilkenin bir istisnası olup olmadığı tartışılmıştır. Daha sonra ise TTK 421/2-a bendinin uygulama şartları ele alınarak, pay sahiplerine sermaye koyma borcu dışında getirilecek ek yükümlülüklerin şartları ve kapsamı belirlenmeye çalışılmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü, Eskişehir, Türkiye / Asst. Prof., Anadolu University, The Vocational School of Justice, Department of Law, Eskisehir, Turkey.

✉ ferhatkayis@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0002-9970-6075

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KAYIŞ Ferhat, "Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesi Çerçevesinde TTK 421/2-a Bendinin Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s.1211-1252.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Tek borç ilkesi • Pay sahibinin asli yükümlülüğü • Yükümlülük ve ikincil yükümlülük • Bilanço zararı • Esas sözleşme değişikliği

THE EVALUATION OF TCC 421/2-a ITEM IN THE FRAMEWORK OF THE SOLE OBLIGATION PRINCIPLE IN THE JOINT STOCK COMPANY

Abstract

The primary obligation of the shareholders in joint stock companies is to fulfill their capital stipulation. Therefore, the shareholders do not have any responsibility towards the creditors of the company, and it cannot be said that they are under any obligation against the company as a rule, except for the capital stipulation. This situation is referred to as the sole obligation principle in the joint stock companies law. The sole obligation principle is not absolute; however, it is debatable which situations are exceptions to this principle. In this study, first of all, the principle of single debt and its exceptions are examined by taking into account comparative law. In subparagraph 421/2-a of the TCC, it is resolved that shareholders may be subject to obligations and secondary obligations in order to compensate balance sheet losses with the amendment of the articles of association. Afterwards the article 421/2-a of the TCC has been evaluated within the framework of the sole obligation principle, and it has been discussed whether the said regulation is an exception to this principle. Then, by considering the practice conditions of TCC 421/2-a, the conditions and scope of the additional liability to be brought to the shareholders other than the capital stipulation were tried to be determined.

Key Words

The sole obligation principle • Primary obligation of the shareholder • Obligations and secondary obligations, • Balance sheet loss • The amendment of the articles of association

GİRİŞ

Anonim şirket, tüzel kişiliğe sahip bir sermaye ortaklığıdır (TTK 124/2; 125/1). Anonim şirketlerde ortakların kural olarak şirket alacaklılarına karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹. Bu açıdan

¹ Bu kuralın istisnası olarak TTK 549 vd. düzenlenmiş olan anonim şirketlerde hukuki sorumluluk hükümleri ve daha ziyade anonim şirketler hukukunda uygulama alanı bulan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi örnek gösterilebilir. Nitekim TTK 549 vd. çerçevesinde kurucu, yönetim kurulu üyesi, yönetici veya tasfiye memuru

ortakların sorumluluğu, sadece şirkete karşı ve taahhüt edip yerine getir-medikleri sermaye payı kadardır (TTK 329/2). TTK 480/1’de ise kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi dışında borç yükletilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin gerekçesinde ilgili hüküm, tek borç ilkesi şeklinde zikredilmiştir². O halde anonim ortaklıklarda pay sahibinin kural olarak asli borcunun sadece taahhüt ettikleri sermaye borcu olduğunu ve özü itibariyle bunun dışında kendilerine herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceğini ifade eden tek borç ilkesinin geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

“Esas Sözleşme Değişikliklerinde Toplantı ve Karar Nisapları” kenar başlıklı TTK 421 hükmünde, esas sözleşme değişikliklerinin içeriğine göre farklı oranda toplantı ve karar yetersayılarına bağlandığını görmekteyiz. İlgili düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğinin arandığı esas sözleşme değişikliklerine yer verilmiştir. Bu değişiklikler arasında özellikle (a) bendindeki düzenleme dikkat çekicidir: “Bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar (TTK 421/2-a)”. Görüldüğü üzere anonim ortaklığın bilançosunda zarar mevcutsa, kanun

konumundaki pay sahiplerinin de beyan ve belgelerin kanuna aykırı olmasından, sermaye hakkında yanlış beyanda bulunulmasından veya aynı sermayeye değer biçme konusunda yolsuzluk yapmaları gibi durumlarda hukuki sorumluluğu gündeme gelebilmektedir.

² Keza gerekçede düzenlemenin amacı, pay sahipleri sözleşmesi veya ortaklar sözleşmesi gibi çeşitli adlarla yapılacak atipik borçlar hukuku sözleşmeleriyle getirilecek yan düzenlerin, esas sözleşme düzenini ortadan kaldırmasına sınırsız şekilde izin vermemek olarak ortaya konmuştur. Yine tek borç ilkesinin yan düzenin esas sözleşmeyle düzenlenmesine engel olduğu kadar emredici niteliği sebebiyle yan düzenin bazı hükümlerini sorgulanabilir konuma getirdiği vurgulanmıştır. Doktrinde sınırlı sorumluluk ve anonimlik özelliklerinin doğal bir sonucu olarak kabul edilen bu ilke dolayısıyla anonim ortaklıkların “tek borç ortaklığı” şeklinde anıldığı ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, C. II, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 75, No. 1019. Benzer şekilde tek borç ilkesinin, sermaye ile ilişkili olma ve kurumsal üyeliğin anonimlik ilkeleri ile uyumlu olduğu ve bu olgunun anonim ortaklığı diğer şirket türlerinden farklı kıldığı hususunda bkz. HANDSCHİN, Lucas/JUNG, Peter (Hrgb), Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660-697m OR, 2. Auflage, Zürich 2021, s. 387, No. 3. (Anılış: İlgili bölüm yazarı, ZK)

koyucu bunun kapatılması için esas sözleşmeyle çeşitli yükümlülükler getirilebileceğini öngörmüştür.

Bu çalışmada anonim ortaklıkta geçerli olan tek borç ilkesi kapsamında TTK 421/2-a bendinde yer alan düzenlemenin bu ilkenin bir istisnası olup olmadığı ve uygulama şartları ortaya konacaktır. Bu çerçevede öncelikle tek borç ilkesinin ne anlama geldiği, bu ilkenin yer aldığı düzenlemenin hukuki niteliği ve bu ilkenin istisnası kabul edilen durumlar belirtilecektir. Daha sonra TTK 421/2-a'daki düzenlemenin tek borç ilkesinin bir istisnası olup olmadığı durumu açıklığa kavuşturulup, bilanço zararlarının kapatılması için esas sözleşmeyle getirilecek yükümlülükler ve ikincil yükümlülükler yönünden TTK 421/2-a hükmünün uygulama şartları tespit edilmeye çalışılacaktır.

I. ANONİM ORTAKLIKTA TEK BORÇ İLKESİ

A. Anonim Ortaklıkta Pay Sahiplerinin Sermaye Koyma Borcu ve Bu Kapsamda Tek Borç İlkesinin Anlamı

Anonim ortaklıkta sermaye koyma borcu, pay sahibinin asli edim yükümlüğünü; bunu ifa etmek ise, asli borcunu oluşturur³. Gerçekten de iştirak edenlerin sermaye taahhüdünde bulunmadığı bir ortaklık ilişkisi düşünülemez. Bu yönüyle sermaye taahhüdü ortaklık sözleşmelerinin olmazsa olmaz bir unsuru olarak karşımıza çıkar. Sermaye koyma borcunun zamanında ve gereği gibi yerine getirilmemesi, pay sahibini ortaklığa karşı sorumlu hale getirir. Çünkü pay sahibinin sermaye koyma borcu, şirket alacaklılarına veya şirket ortaklarına değil doğrudan şirkete karşıdır. Sermaye koyma borcunun ne şekilde yerine getirileceği taahhüt edilen sermayenin türüne göre (ayni sermaye – nakdi sermaye) farklılık gösterir (TTK 342 vd.)⁴. Ortağın asli borcu niteliğindeki sermaye koyma borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda ise birtakım yaptırımlarla karşı karşıya kalması kaçınılmazdır. Örneğin nakdi sermaye koyma borcunu süresi içinde yerine getirmeyen pay sahibi, ihtar

³ Bu hususta bkz. ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017, s. 111, 602; PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 592, No. 1; İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 1991, s. 385.

⁴ Bu yönde bkz. BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 15. Bası, İstanbul 2021, s. 280.

gerek olmaksızın temerrüde düşer ve temerrüt faizi ödemekle yükümlü olur (TTK 482/1)⁵. Ayrıca esas sözleşmeye sermaye koyma borcunu yerine getirmede temerrüde düşen pay sahipleri aleyhine ceza koşulu ödeme zorunluluğu getirilebilir (TTK 482/3)⁶. Bu dışında TTK 482/2 uyarınca yönetim kurulu, sermaye borcunu yerine getirmede temerrüde düşen pay sahibini, iştirak taahhüdünden ve yaptığı kısmi ödemelerden doğan haklarından mahrum bırakmanın yanında söz konusu payı satıp yerine başkasını almaya ve kendisine verilmiş pay senetlerini iptal etmeye yetkili kılınmıştır. Buna ilişkin prosedür ise TTK 483'te ıskat usulü kenar başlığında hükme bağlanmıştır⁷. Görüldüğü üzere anonim ortaklıklarda sermaye koyma borcunun zamanında yerine getirilmemesi pay sahibini ıskat gibi ağır temerrüt sonuçlarıyla karşı karşıya bırakmaktadır.

TTK 127/1'de ticaret ortaklıklarına sermaye olarak getirilebilecek unsurlar örnekseyici şekilde sayılmıştır. Bu kuralın istisnalardan birisi de anonim ortaklıklara ilişkin TTK 341 hükmüdür. TTK 341 vd. maddelerinde anonim ortaklığa sermaye olarak nakit dışında belirli özelliklere sahip aynı sermaye de getirilebilmektedir. Fakat anonim ortaklığa aynı

⁵ Bu kural, aynı zamanda borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK 117/1'e de istisna oluşturur. Zira borçlunun temerrüdünde kural olarak alacaklının ihtarı şartı bulunmaktadır.

⁶ Bu düzenleme hem tek borç ilkesinin hem de emredici hükümler ilkesinin bir istisnası niteliğindedir. Kanun koyucu burada taahhüt edilen sermaye koyma borcunun zamanında yerine getirilmesini ifaya eklenen ceza koşulu yoluyla kolaylaştırmak istemiş, bu yöndeki esas sözleşme hükümlerini tek borç ilkesinin istisnası olarak görmüştür. Benzer düzenleme, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun § 55/2 hükmünde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemede pay sahibinin sermaye koyma borcu çerçevesinde yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda esas sözleşmede ceza koşulu öngörülebileceği hükme bağlanmıştır (AktG § 55/2). Düzenlemede geçen ceza koşulunun ancak ifaya eklenen cezai şart niteliğinde olabileceği, bunun bakiye sermaye koyma borcunu ortadan kaldırmadığı ve talebi bakımından zarar görme şartına da gerek olmadığı hususunda bkz. ŞENER, s. 604. Ayrıca karşı. BAHTİYAR, s. 281.

⁷ Anonim ortaklıkta ıskat, pay sahibinin ortaklık ilişkisinden çıkarılması anlamına gelmez. Çıkarmada ortağın şirketle bağı tamamen kopmakta iken, ıskatta her bir payın ayrı bir pay sahipliği statüsü oluşturmasına bağlı olarak sadece ıskata neden olan paylar bakımından pay sahibi bu yaptırımı maruz kalır; kural olarak diğer paylarına dair pay sahipliği hakları devam eder. Bu hususta bkz. BAHTİYAR, s. 57-58; ŞENER, s. 605. Ancak ilgili maddede (TTK 482/2) yönetim kurulunun sermaye koyma borcuna istinaden yapılan kısmi ödemelerden doğan haklardan da pay sahibini mahrum bırakabileceği ifade edilmiştir.

sermaye olarak konulacak malvarlığı unsurlarının üzerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmaması, nakde çevrilebilen ve devrolunabilen bir özellikte olması gerekir (TTK 341/1). Bu özelliklerden herhangi birini taşımayan malvarlığı değerleri aynı sermaye olarak kabul edilemez. Bununla birlikte hizmet edimleri, ticari itibar, kişisel emek gibi nakde çevrilmesi mümkün olmayan unsurlar ile vadesi gelmemiş alacakların⁸ şirkete sermaye olarak getirilmesi yasaklanmıştır (TTK 341/1, 2. cümle).

Doktrinde pay sahibinin sermaye koyma borcunun baki olduğu; yerine getirilmediği sürece ortaklığın tasfiyesi, iflası veya konkordato ilan

⁸ Burada vadesi gelmemiş alacaklar yönünden ayrı bir parantez açmak gerekir. Öncelikle bu düzenlemenin ticaret ortaklıklarına ilişkin genel düzenlemelerdeki TTK 130/2'nin bir istisnası olduğunu belirtmek gerekir. Dikkat edilirse kanun koyucu vadesi gelmemiş alacaklar açısından bu yasağı kabul ederken, zamanaşımına uğramış alacaklar için böyle bir yasak getirmemiştir. Oysa zamanaşımına uğramış bir alacağın tahsili, vadesi gelmemiş bir alacaktan daha fazla risk taşır. Borçlu tarafından ileri sürülecek bir zamanaşımı defii, bu alacağın tahsilini imkânsız hale getirebilir. Her ne kadar düzenlemenin gerekçesinde buna yönelik bir açıklama bulunmasa da kanun koyucunun vadesi gelmemiş alacaklar yönünden böyle bir yasağı kabul etmesinin nedeni, hiç şüphesiz sermayenin korunması ilkesiyle alakalıdır. Nitekim hükmün gerekçesinde bu düzenlemenin sermayenin korunması ilkesi gereği kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede örneğin ortakların çok uzun bir vadeye dayalı (5, 10, 15 yıl gibi) alacaklar yaratması ve bunu sermaye olarak getirme ihtimalinde, şirketin sözü konusu alacağı tahsilde yaşayacağı güçlükler, bu yasağın kabulünde haklı gerekçeler olarak düşünülebilir. Fakat ne var ki vadesi kısa olan örneğin bir ay sonra muaccel olan bir alacağın anonim ortaklığa sermaye olarak kabul edilmemesinin mantıklı bir izahı yoktur. Elbette hukuk politikası gereği kanun koyucunun böyle bir düzenlemeye gitmesi tercih meselesidir. Kanaatimizce bu düzenleme yönünden genel bir ifadeyle vadesi gelmemiş alacaklar yerine, vade konusunda bir üst süre öngörülmesi (*mesela vadesi bir yıldan uzun olan alacaklar sermaye olarak getirilemez gibi*) daha isabetli olacaktır. Ayrıca bu yasağın kapsamına zamanaşımına uğramış alacakların da dahil edilmesi, sermayenin korunması ilkesine uygun olarak, bu alacakların tahsilinde şirketin karşı karşıya kalacağı riskleri en baştan bertaraf etme imkânı sağlayacaktır. *Pulaşlı* ise, vadesi gelmemiş alacakların sermaye olarak getirilememesine yönelik, nakdi taahhütte bulunan kuruculara eşit işlem uygulanması açısından daha isabetli olduğu, nakden taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az %25'inin tescilden önce ödenmesine ilişkin emredici hükme de uygun olduğu görüşündedir. Bu yönde bkz. PULAŞLI, s. 595, No. 17.

etmesi durumunda dahi devam ettiği⁹; anonim şirket devam ettiği müddetçe zamanaşımına uğramadığı belirtilmektedir¹⁰.

Anonim ortaklıkta ortaklardan sadece sermaye koyma borcunun yerine getirilmesi istenir. Bunun haricinde kural olarak ortaklardan herhangi bir edimi üstlenmesi veya borç altına girmesi beklenemez. O halde bir anonim ortaklıkta esasen ortakların tek ve asli borcunun sermaye taahhüdünün yerine getirilmesi olduğu söylemek yanlış olmaz. Tek borç ilkesi hem aynı hem de nakdi sermaye taahhüdü açısından geçerli bir ilkedir¹¹. Dolayısıyla pay sahiplerine sermaye koyma borcu dışında kural

⁹ Yargıtay da bir kararında bu hususa dikkat çekmiştir: “Ortakların bakiye sermaye borçları anonim ortaklık yönünden bir alacak hakkı teşkil eder. Sermaye borcunu talep hakkı ana sözleşmede bir hüküm yoksa talep üzerine muaccel olur. Ortaklığın tasfiye haline girmiş bulunması bakiye sermaye borçlarının talep hakkını ortadan kaldırmaz. Tasfiye sırasında ortaklığın malvarlığının aktifinin bir parçası olan sermaye alacaklarının da tahsili gerekir.” TD, 17.05.1968, 2015/3018 (ŞENER, s. 603, dn. 337).

¹⁰ PULAŞLI, s. 592, No. 3. Kanaatimizce şirket devam ettiği müddetçe sermaye koyma borcunun zamanaşımına uğramayacağı görüşü tartışmaya açıktır. Eğer bu yönde bir kabul olursa, ortaklık ilişkisinin bir nevi zamanaşımını durduran bir neden olarak kabulü gerekir ki, ne TBK’nın ilgili düzenlemesinde (TBK 153) ne de TTK’da bu görüşü destekleyecek bir düzenleme bulunmaktadır. Zamanaşımının başlangıcı, alacağın muaccel yani talep edilebilir olmasına bağlıdır (TBK 149/1). Bir alacak muaccel ise, artık buna ilişkin zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Dolayısıyla şirket alacağını diğer alacaklardan ayrı tutmayı gerektiren herhangi bir özel sebep olmadığından genel esaslar burada da geçerli olacaktır. O halde sermaye koyma borcu muaccel olmasına rağmen şirketin bunun ifası için herhangi bir girişimde bulunmaması, bu yönde bir girişimde bulunmayan yöneticilerin sorumluluğunu doğurur. Nitekim gerek sermaye koyma borcunun ifa aşamasında (TTK 481) gerekse sermaye koyma borcunda temerrüt durumunda (TTK 482-483) kanun koyucu, yönetim kuruluna önemli görevler atfetmiştir. Dolayısıyla bu görevleri yerine getirmeyen yönetim kurulu üyeleri, kanundan doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmiş olmaları sebebiyle hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı sorumlu olurlar (TTK 553/1). Benzer şekilde bkz. PULAŞLI, s. 593, No. 3. İsviçre hukukunda ise şirketin tasfiyesinin sonuçlanması durumunda pay sahibinin taahhüt edilen paylar için ödeme yükümlülüğünün sona ereceği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. BAHAR/PEYER, ZK, s. 398, No. 29.

¹¹ Yargıtay da bir kararında tek borç ilkesinin bu yönüne atıf yapmıştır: “Dairemiz bozma ilamında da açıklandığı üzere, tek borç ilkesi uyarınca anonim ortaklıklarda pay sahibinin borcu, taahhüt ettiği payların karşılıklarının ödenmesinden ibarettir. Bu ilke, hem nakdi hem de aynı sermaye taahhütleri için geçerlidir. Sermaye koyma borcunun yerine getirilmemesi halinde, 6762 sayılı TTK 407. maddesi uyarınca, bu borcun icra takibi yoluyla tahsili mümkün olduğu gibi, bunun yerine ortağın

olarak nakdi veya ayni sermaye taahhüdü içeren bir yükümlülük getirilemez.

*Bahtiyar'*a göre tek borç ilkesi, ortaksal borç ve yükümlülükleri kapsar; tarafların serbest iradeleriyle borçlar hukuku nitelikli bazı yükümlülük ve borç yaratmaları tek borç ilkesine aykırılık oluşturmaz¹². Yazar'ın bu görüşü, eski kanun döneminde daha rahat bir şekilde savunulabilecek iken, TTK 480/1'in gerekçesine bakıldığında esasen yan düzen hükmü adı verilen atipik borçlar hukuku sözleşmelerinin de tek borç ilkesi kapsamına alındığı görülmektedir. Gerçekten, ilgili madde gerekçesinde "6762 sayılı Kanunun m. 405 (1)'in -bazı değişikliklerle- yerini alan ve tek borç ilkesine açıkça yer veren bu hüküm, anonim şirketlerde, Tasarı ile ona dayalı esas sözleşme düzenini egemen kılmayı, borçlar hukuku sözleşmeleriyle oluşturulabilecek yan düzenin esas sözleşme düzenini ortadan kaldırmasına sınırsız bir şekilde izin vermemeyi amaçlamaktadır." cümlesiyle bu hususa vurgu yapılmıştır.

B. Tek Borç İlkesinin Yasal Dayanağı (TTK 480/1) ve Hukuki Niteliği

Anonim ortaklıkta tek borç ilkesinin hukuki dayanağını TTK 480/1 düzenlemesi oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre pay sahiplerine, kanunda öngörülen istisnalar dışında esas sözleşmeyle pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa borcu dışında borç yükletilemez¹³. Bu düzenleme daha ziyade halka kapalı anonim ortaklıklar açısından geçerlidir. Zira payları borsada işlem gören veya ortak sayısı beş yüzün üzerinde olan halka açık anonim ortaklarda (SPK 16/1), pay sahiplerinin sermaye koyma borcu dışında farklı ve geniş ölçüde pay sahipliği yükümlülükleri mevcuttur¹⁴.

ortaklıktan iskatı yoluna da başvurulabilecektir." 11. HD, 24.11.2016, 12168/9107 (Lexpera Veri Tabanı).

¹² BAHTİYAR, Mehmet: "Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri", *BATİDER*, C. XXI, S. 2, 2001, s. 95. (Anılış: BAHTİYAR, Önalım)

¹³ İsviçre hukukunda bu temel norm (OR Art. 680/1), şirketler hukukunun "Magna Cartası" yani bir çeşit pay sahibinin haklarını koruyan anayasal norm gibi zikredilmektedir. Bu yönde bkz. *BAHAR/PEYER*, ZK, s. 387, No. 1.

¹⁴ *Tekinalp* de, tek borç ilkesine ilişkin bu kuralın halka kapalı anonim ortaklıklara özgü olduğunu; halka açık anonim ortaklıklarda SPK'dan kaynaklı bazı düzenlemelerin

TTK 480/1'in uygulanması açısından borcun nitelik ve türünün herhangi bir önemi olmadığı gibi dolaylı ya da doğrudan olup olmaması da fark etmemektedir¹⁵. Başka bir deyişle buradaki borç, geniş anlamda sermaye ve prim borcu dışındaki diğer parasal yükümlülükleri de içermektedir¹⁶. Bununla birlikte TTK 329/1'de şirket borçlarından dolayı yalnız şirketin malvarlığı ile sorumluluğu öngörülmüş; hükmün ikinci fıkrasında ise pay sahiplerinin sadece taahhüt ettikleri sermaye payları ile şirkete karşı sorumlu olduklarının altı çizilmiştir. TTK 329 ile 480/1 düzenlemeleri birlikte değerlendirildiğinde,¹⁷ ortakların kural olarak şirket borçlarından dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmadığı gibi şirket zararını üstlenmeleri gibi bir yükümlülüklerinin de söz konusu

bu ilkenin istisnasından öte, varlığından şüphe uyandıracak ölçüde pay sahibine yükümlülük getirdiğini ifade etmektedir. TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 75, No. 1019.

¹⁵ TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 75, No. 1019.

¹⁶ PULAŞLI, s. 592, No. 1. İsviçre hukukundaki hâkim görüş ise buradaki borcun sadece parasal bir borç olmadığı, herhangi bir yükümlülüğün de bu kapsamda olduğu yönündedir. Bu hususta bkz. MAUERHOFER, Marc André: Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, S. 20, s. 26.

¹⁷ BOZKURT, Tamer: Şirketler Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2021, s. 429. Yargıtay bir kararında şirket borcunun genel kurula katılan ortaklar tarafından karşılanmasını öngören genel kurul kararını TTK 329/2 çerçevesinde iptal eden yerel mahkeme kararını yerinde bulmuştur. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Genel kurulda gündemin 6. maddesinin görüşülmesi neticesinde "2016 yılında ödenmesi gereken 2.560.000 USD borcun genel kurula katılan ortaklar tarafından karşılanmasına" karar verildiği, anonim şirketlerde pay sahiplerinin sermaye borcunu tam olarak ödedikten sonra artık şirkete ve şirket alacaklılarına karşı herhangi bir sorumluluğu kalmayacağı, dava konusu 6 no'lu genel kurul kararının TTK'nın 329/2. maddesine aykırı nitelikte olduğu, ayrıca borcun sadece toplantıya katılan ortaklar tarafından ödenmesine karar verilmesi nedeniyle aynı zamanda, TTK ile öngörülen eşit işlem ilkesine de aykırı olduğu gerekçesiyle, davalı şirketin 07/04/2016 tarihli Olağanüstü Genel Kurulunda gündem maddeleri görüşürken alınan 6 no'lu kararın iptaline karar verilmiştir. Yapılan yargılama ve saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları gözetildiğinde İlk derece mahkemesince verilen kararda bir isabetsizlik olmadığının anlaşılmasına göre yapılan istinaf başvurusunun HMK'nın 353/b-1 maddesi uyarınca bölge adliye mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından bölge adliye mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir." 11. HD, 24.02.2020, 3678/1966 (Lexpera Veri Tabanı).

olamayacağı sonucuna varılır. Dolayısıyla TTK 329 ile tek borç ilkesini öngören 480/1 hükümleri birbirini tamamlar nitelikte düzenlemelerdir¹⁸.

Tek borç ilkesine ilişkin kurala baktığımızda düzenlemenin emredici nitelikte bir hukuk kuralı olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de madde lafzında kanun koyucu “borç yükletilemez” ifadesini kullanarak, kesin bir ifadeyle hükmün emredici niteliğini ortaya koymuştur¹⁹. Bu açıdan söz konusu düzenlemeye aykırı bir şekilde pay sahibine borç yükletilmesine yönelik esas sözleşme hükümleri ile genel kurul veya yönetim kurulu kararları kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır²⁰. İsviçre hukukunda da tek borç ilkesine aykırılığın yaptırımının şirketler hukukuna göre geçersizlik olduğu; buna aykırı esas sözleşme hükümlerinin ilgili ticaret sicil müdürleri tarafından tescil edilmemesi gerektiği, her nâsılsa tescil yapıldıysa bunun iyileştirici bir etkisinin bulunmayacağı; tek borç ilkesine aykırı düzenlemeler çerçevesinde menfaati ihlal edilen herkesin bu geçersizlik halini dava veya defi yoluyla her zaman ileri sürebileceği; uyuşmazlık durumunda hakimin bu geçersizliği kendiliğinden dikkate alması gerektiği ifade edilmektedir²¹.

C. Tek Borç İlkesinin Mevaz İsviçre ve Alman Hukukunda Düzenleniş Şekli

Kıta Avrupa hukuk sisteminde anonim ortaklığın sermayeye dayalı bir ortaklık olduğu ve bu esastan hareketle pay sahibinin taahhüt ettiği pay bedelini ödemek dışında herhangi bir borç altına sokulamayacağı

¹⁸ Bu yönde bkz. OKUTAN NİLSSON, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s. 17; ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt I, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 50.

¹⁹ Nitekim ilgili madde gerekçesinde de kuralın emredici niteliği vurgulanmıştır: “Bu hüküm, yan düzenin esas sözleşmeyle düzenlenmesine engel olduğu kadar emredici niteliği sebebiyle yan düzenin bazı hükümlerini sorgulanabilir konuma getirmektedir.” (TTK 480. madde gerekçesi). Ayrıca bkz. PULAŞLI, s. 593, No. 5; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 50; ZENGİN, İbrahim Çağrı: Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yetersayılar, İstanbul 2020, s. 131.

²⁰ TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 76, No. 1019; WİBMER, K. Jeannette (Hrgb) Orell Füssli Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016, s. 225, No. 3 (Anılı: İlgili bölüm yazarı, OFK); BAHAR/PEYER, ZK, s. 389, No. 9; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 50; HAMAMCIOĞLU, Esra: “Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesine İlişkin Gelişmeler”, KHÜHFD, C. 6, S. 1, Haziran 2018, s. 128.

²¹ Bu hususta bkz. BAHAR/PEYER, ZK, s. 408, No. 52.

görüşü hakimdir²². Bu durum, Kıta Avrupa hukuk sistemine dahil ülkelerin kanuni düzenlemelerine de yansımıştır. Bu ülkeler arasında özellikle İsviçre ve Alman hukuk sistemindeki düzenlemeler, bizim için de mehaz niteliğinde olduğundan önem taşımaktadır.

İsviçre hukukunda tek borç ilkesiyle ilgili düzenlemelere baktığımız karşımıza İsviçre Borçlar Kanunu'nun "*Pay Sahibinin Edim Yükümlülüğü*" kenar başlıklı 680. maddesi çıkar. OR Art. 680/1 tek borç ilkesiyle bağlantılı iken, düzenlemenin ikinci fıkrasında ise, pay sahibinin ödediği tutarı geri isteme hakkının olmadığı vurgulanarak, sermayenin ortaklara iadesi yasağı olarak adlandırılan temel ilkeye yer verilmiştir²³.

İlgili düzenlemenin birinci fıkrasında pay sahibinin esas sözleşme yoluyla da olsa payın alımı için belirlenmiş ihraç bedelini aşan bir edimle yükümlendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme çerçevesinde İsviçre doktrininde pay sahibinin finansal edim yükümlülüğünün gerektiğinde primleriyle birlikte aynı ve nakdi sermayenin itibari değerinin ödenmesi olduğu ifade edilmektedir²⁴. Başka bir ifadeyle anonim ortaklıkta pay sahibinin yükümlülüğü, taahhüt edilen payın ödenmesiyle son bulur²⁵. İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmekten başka bir şeyle yükümlendirilemeyeceğini; kanunun pay sahibine kişisel nitelikte herhangi bir yükümlülük getirmediğini ifade etmiştir²⁶. Ayrıca OR Art. 620/2'de pay sahibinin sadece esas sözleşmedeki edimleri yerine getirmekle yükümlü olduğu; şirketin borçlarından şahsen sorumlu olmadığı hükme bağlanmıştır. OR Art. 624/1'de ise payların ancak itibari değer veya daha üstünde bir değer ile (primli olarak) ihraç edilebileceği belirtilmiştir. Pay sahibinin edim yükümlülüğünün içeriğine payın itibari değeri ile varsa

²² Benzer şekilde bkz. OKUTAN NİLSSON, s. 15.

²³ OR Art. 680 hükmünün anonim şirketlere ilişkin iki temel ilkeyi (tek borç ilkesi ve sermayenin ortaklara iadesi yasağı) bir arada düzenlediği hususunda bkz. ROBERTO, Vito/TRÜEB, Hans Rudolf (Hrgb), CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, s. 511, No. 1 (İlgili bölüm yazarı, CHK); BAHAR/PEYER, ZK, s. 387, No. 1.

²⁴ Bu yönde bkz. DEKKER, OFK, s. 225, No. 1; SCHMID, CHK, s. 511, No. 2.

²⁵ BAHAR/PEYER, ZK, s. 387, No. 2.

²⁶ Karar için bkz. BGE 91 II 305.

itibari değeri aşan prim (agio) girmektedir²⁷. Bu çerçevede OR Art. 680/1, 620/2 ve 624/1 birlikte ele alındığında, pay sahibinin asli borcunun taahhüt ettiği pay ve varsa itibari değeri aşan prim olacağı; bunu ifa eden pay sahibinin şirkete karşı herhangi bir yükümlülüğünün olmayacağı ifade edilebilir. Nitekim İsviçre doktrininde pay sahibine asli edim yükümlülüğünü aşan ek yükümlülüklerin, şirketin doğasına aykırı olduğu ve bunların esas sözleşme, genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla getirilemeyeceği vurgulanmaktadır²⁸. Ancak İsviçre doktrininde pay sahibinin kendi isteğiyle veya pay sahipleri sözleşmesi gibi borçlar hukuku sözleşmeleriyle sermaye koyma borcunu aşan edimler yüklenmesinin geçerli olduğu da kabul edilmektedir²⁹. Bu yönüyle İsviçre hukuku, Türk hukukundan ayrılmaktadır. Zira bizim hukuk sistemimizde tek borç ilkesine ilişkin düzenlemenin gerekçesine bakıldığında, bu düzenlemeye aykırı olarak pay sahibine yükümlülük getiren hükümlerinin sadece esas sözleşmeyle değil aynı zamanda yan düzen hükmü şeklinde kararlaştırılmasının engellenmesi amaçlanmıştır.

Alman hukukunda pay sahibinin borçları, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 54 ve 55. paragraflarında düzenlenmiştir. AktG § 54'te pay sahibinin asli borcu, § 55 ise yan borçları yer almaktadır. AktG § 54/1'de pay sahibinin asli yükümlülüğünün payların ihraç bedelleriyle sınırlı olarak katılma payının ifa edilmesi olduğu hükme bağlanmıştır³⁰. Alman hukukunda pay sahibinin bu yükümlülüğünün, ortaksal bir yükümlülük olduğu ve ortağın hak ve yükümlülükleri arasında bir karşılıklılık esasının bulunmadığı kabul edilmektedir³¹. Payların ihraç bedeline ise hem itibari değeri hem de primli arttırılmış hali girmektedir³². Ayrıca bu düzenleme

²⁷ BAHAR/PEYER, ZK, s. 391-392, No. 13.

²⁸ BAHAR/PEYER, ZK, s. 389, No. 9; SCHMÍD, CHK, s. 512, No. 4.

²⁹ SCHMÍD, CHK, s. 512, No. 5.

³⁰ SCHMÍDT, Karsten/LUTTER, Marcus (Hrgb): AktG Kommentar, 4. Auflage, Köln 2020, s. 606, § 54, No. 1 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, Schmidt/Lutter/AktG Komm).

³¹ FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 607, § 54, No. 5.

³² FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 607, § 54, No. 6; SPİNDLER, Gerald/STİLZ, Eberhard (Hrgb): Kommentar zum Aktiengesetz, Band I, 4. Auflage, München 2019, s. 607, § 54, No. 23 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, Spindler/Stilz AktG); GRİGOLEİT, Hans Christoph (Hrgb): Aktiengesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2020, s. 358, § 54, No. 3 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, Grigoleit AktG).

emredici nitelikte olup, bunu ihlal eden esas sözleşme hükümleri ile genel kurul kararlarının geçersiz olduğu ifade edilmektedir³³. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 63. paragrafının üçüncü fıkrasında ise pay sahibinin sermaye koyma borcunu yerine getirmemesi durumunda esas sözleşmede cezai şart kararlaştırılabileceği hükme bağlanmıştır³⁴. Pay sahibinin AktG § 54/1'de öngörülen asli yükümlülüğünün istisnasını ise AktG § 55'te yer alan yan yükümler oluşturmaktadır³⁵. Alman hukukundaki hâkim görüş pay sahibine getirilecek yan yükümlülüklerin, ya kanundan kaynaklı bağımsız ortaksal yan yükümlülükler şeklinde (AktG § 55) ya da borçlar hukuku sözleşmeleriyle olacağını belirtmektedir³⁶. Eğer pay sahibine getirilecek yan yükümlülükler AktG § 55'te öngörülen ortaksal bir yan yükümlülük olacaksa, bunun mutlaka esas sözleşmede düzenlenmesi gerekmektedir³⁷. Buna ek olarak AktG § 55/1'e göre ortaksal yan yükümlülüklerin konusu para olmayan ve tekrarlanan edimler şeklinde olması gerekir. Eğer bu yan yükümlülüklerin bir karşılığı olacaksa esas sözleşmede gösterilmesi icap eder. Örneğin anonim şirketten ödeme karşılığında mal satın alma yükümlülüğü, bu kapsamda değerlendirilebilir³⁸. Bununla birlikte ortağa borçlar hukuku sözleşmesiyle getirilecek yan yükümler de AktG § 54/1'deki emredici kurala aykırı olmadığı; bu kuralın daha ziyade pay sahibine kanundaki istisnada öngörülmeyen (AktG § 55)

³³ FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 609, § 54, No. 14;

³⁴ Buradaki cezai şartın da pay sahibinin sermaye koyma borcundan bağımsız olmayan yan yüküm yani sermaye koyma borcunun ifasına hizmet eden bir yardımcı yükümlülük olduğu hususunda bkz. FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 610, § 54, No. 16; CAHN/V. SPANNENBERG, Spindler/Stilz AktG, s. 607, § 54, No. 27. Ayrıca buradaki cezai şartın söz konusu düzenlemenin bir istisnası olmadığı hakkında bkz. CAHN/V. SPANNENBERG, Spindler/Stilz AktG, s. 608, § 54, No. 27

³⁵ FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 609, § 54, No. 15; CAHN/V. SPANNENBERG, Spindler/Stilz AktG, s. 607, No. 25; GRİGOLEİT/RACHLİTZ, Grigoleit AktG, s. 359, § 54, No. 5. AktG § 55'teki ortaksal yan edim yükümlülüklerin sadece devri şirketin onayına bağlı nama yazılı hisse senetleri ile hisse senedi çıkarılmadan önce pay için pay sahiplerine verilen geçici belgeler için öngörülebileceği hususunda bkz. GRİGOLEİT/RACHLİTZ, Grigoleit AktG, s. 365, § 55, No. 2.

³⁶ FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 609-610, § 54, No. 15-17; GRİGOLEİT/RACHLİTZ, Grigoleit AktG, s. 362, § 54, No. 15.

³⁷ Bu hususta bkz. GRİGOLEİT/RACHLİTZ, Grigoleit AktG, s. 365, § 55, No. 2.

³⁸ GRİGOLEİT/RACHLİTZ, Grigoleit AktG, s. 365, § 55, No. 2.

ortaksal yan yükümlülükte dikkate alınacağı vurgulanmaktadır³⁹. Borçlar hukuku sözleşmeleriyle getirilecek yan yükümlülüklerin içeriğinin tek seferlik veya tekrarlanan paralı ya da karşılıksız edimler şeklinde olabileceği kabul edilmektedir⁴⁰.

D. Tek Borç İlkesinin İstisnası Kabul Edilen Durumlar

Kanun koyucu, TTK 481/1’de anonim ortaklıklarda tek borç ilkesinin mutlak olmadığını, kanuni istisnalarının bulanabileceğini de öngörmüştür. Gerçekten, hükmün lafzında geçen “kanunda öngörülen istisnalar dışında” ifadesi, bize bu temel ilkenin mutlak olmadığını gösterir.

Tek borç ilkesinin kanunda öngörülen istisnalarının neler olduğu konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar bu istisnaları iki tür olduğunu belirtmekte iken, bazıları bu sayıyı çoğaltmaktadır. Bu çerçevede *Pulaşlı*’ya göre tek borç ilkesinin istisnası kabul edilecek durumlar şunlardır: Pirim (Agio), yan edim yükümlülüğü (TTK 480/4), temerrüt faizi (TTK 129, 482/1), cezai şart (TTK 482/3) ve kötü niyetle alınan karın veya hazırlık dönemi faizlerinin geri ödenmesi (TTK 512)⁴¹. *Bahtiyar*, *Üçışık/Çelik*, *Bilgili/Demirkapı* ve *Bozkurt*’a göre ise, tek borç ilkesinin istisnası kabul edilecek haller iki tanedir: primli (agiolu) paylar ve ikincil (tali) yükümlülükler⁴². *Hamamcıoğlu* da, primli (agiolu) paylar ile ikincil yükümlülükleri tek borç ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirirken, temerrüt faizi, cezai şart, kötü niyetle alınan karın veya hazırlık dönemi faizinin geri ödenmesi gibi durumların tek borç ilkesinin kanunen öngörülen bir istisnası olmadığı görüşündedir⁴³. *Tekinalp* ise, tek borç ilkesinin üç istisnası olduğundan bahsederek, bunları agiolu paylar, ikincil yükümler ile bağıllık yükümü olarak sıralamaktadır⁴⁴.

³⁹ FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 610, § 54, No. 16; CAHN/V. SPANNENBERG, Spindler/Stilz AktG, s. 607, § 54, No. 25.

⁴⁰ Bu yönde bkz. yönünde bkz. FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 611, § 54, No. 19.

⁴¹ PULAŞLI, s. 593-594, No. 7-10.

⁴² BAHTİYAR, s. 279; ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 51-52; BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, 7. Basım, Bursa 2020, s. 330; BOZKURT, s. 429-430.

⁴³ HAMAMCIOĞLU, s. 134 vd.

⁴⁴ TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 77, No. 1020.

Doktrindeki görüşler çerçevesinde tek borç ilkesinin istisnası olarak zikredilen durumları yakından inceleyecek olursak;

- *Agiolu (primli) paylar*: Primli paylar, Türk Ticaret Kanunu'nun 347. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, itibari değerinden aşağı bedelle pay çıkarılamaz. Payların itibari değerinden yüksek bir bedelle çıkarılabilmeleri için esas sözleşmede hüküm veya bu yönde alınmış bir genel kurul kararı bulunmalıdır. Görüldüğü üzere primli pay dediğimiz husus, aslında payların itibari değerinden yüksek bir bedelle ihraç edilmesi durumudur. Kanun koyucu bunun ya esas sözleşme ya da genel kurul kararıyla mümkün olabileceğini hükme bağlamıştır. TTK 482/1'de ise tek borç ilkesine ilişkin temel kural ortaya koyulurken, bu ilkenin kanuni istisnalarının olacağına da değinilmiştir. Bu bağlamda yukarıda da değindiğimiz üzere doktrinde istisnaların başında düzenlemede geçen agiolu paylar zikredilmektedir. Kuralın düzenleniş şekline bakacak olursak, TTK 481/1'de aynen şu ifade geçmektedir: "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, esas sözleşmeyle pay sahibine, pay bedelini veya payın itibarî değerini aşan primi ifa dışında borç yükletilemez." Kanaatimizce bu düzenlemeden agiolu payların tek borç ilkesinin bir istisnası olduğu sonucu çıkarılamaz⁴⁵. Zira ilke ortaya konurken pay bedeli ile payın itibari değerini aşan prim (yaygın kullanımıyla agiolu veya primli paylar) birlikte zikredilmiştir. Haliyle ilkenin teknik açıdan tek borç ilkesi olarak anılması da yanlıştır⁴⁶. Kanun yapma tekniği açısından

⁴⁵ İsviçre hukuku yönünden de agiolyu (primi) tek borç ilkesinin istisnaları arasında saymayan görüş için bkz. DEKKER, OFK, s. 225, No. 2. Türk hukukunda ise *Ayhan/Çağlar/Özdamar*, itibari değeri aşan primin sermaye borcu kapsamında bulunması nedeniyle tek borç ilkesinin bir istisnası olmadığı görüşündedir. Bu hususta bkz. AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 359. Keza *Bahtiyar* da primli payların tek borç ilkesinin gerçek anlamda bir istisnası olmadığı görüşündedir. Bkz. BAHTİYAR, s. 279.

⁴⁶ İsviçre doktrininde bu husus, pay sahibinin sınırlandırılmış edim yükümlülüğü prensibi (Das Prinzip der beschränkten Leistungspflicht des Aktionärs) şeklinde, kavramı daha yerinde karşılayan bir terimle ifade edilmektedir. Söz konusu kullanım için bkz. DEKKER, OFK, s. 225, No. 2. Türk hukukunda da *Akm*, pay sahibinin sermaye taahhüdü dışında hiçbir -ek- yan edim yükümlülüğü niteliğinde yükümlülüğü olmaması ilkesi yani tek borç ilkesinin belki İsviçre hukuku bakımından doğru olarak kabul edilebilirse de, Türk hukuku bakımından kabulünün isabetsiz olduğu

primli paylar pay bedelini ödeme borcunun bir istisnası olarak kabul edilecekse, bunu aynı kural içinde birlikte düzenlemek yerine, temel ilkedен ayrı bir şekilde düzenlemek yerinde olacaktır. Madde bu haliyle pay bedelini ödeme borcu ile payın itibari değerini aşan primi ödeme borcunu eşdeğer görmekte ve bunları pay sahibinin asli borçlarından kabul etmektedir⁴⁷. Oysa düzenlemenin içinde kanuni istisnaların olduğu zaten belirtilmişken, temel düzenleme içinde yer verilen bir şeyin istisna gibi zikredilmesi isabetsizdir.

- *İkincil yükümlülükler*: TTK 480/4'te pay devirlerinin şirketin onayına bağlı olduğu hâllerde, esas sözleşmeyle pay sahiplerine sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirme yükümlülüğü de yüklenebileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin devamında bu ikincil yükümlülüklerin nitelik ve kapsamlarının, pay senetlerinin veya il mühaberlerin arkasına yazılabileceği vurgulanmıştır. Bu düzenlemede geçen ikincil yükümlülüklerin tek borç ilkesinin bir istisnası olduğu hususunda doktrinde görüş birliği olduğu söylenebilir⁴⁸. İkincil yükümlülükler bakımından önem

görüşündedir. AKIN, Murat Yusuf: Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002, s. 149.

⁴⁷ Doktrinde sermaye koyma borcu ile payın itibari değerini aşan prim ödeme borcu farklı borç kalemleri olarak zikredilmektedir. Bu bağlamda *Tekinalp*, primin nakdi sermaye borcuna dahil olmadığını ve primi ödeme borcunda temerrüde düşülmesi halinde ıskat yaptırımının uygulanmayacağını belirtmektedir. TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 77, No. 1020. Benzer şekilde bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 334; KAYIHAN, Şaban: Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2020, s. 245.

⁴⁸ *Pulaşlı*, buradaki ikincil yükümlülüğün, yan edim yükümlülüğü olduğu görüşündedir. Bu yönde bkz. PULAŞLI, s. 594, No. 8. Borçlar hukuku terminolojisinde ikincil (tali) yükümler ile yan edim yükümü farklı kavramlardır. İkincil (tali) yükümlülükler, asli edim yükümlülüğünün borçlu tarafından ihlal edilmesi ve özellikle borcun gereği gibi ifa edilmemesi, temerrüt veya kusurlu ifa imkansızlığı hallerinde ödenmesi gereken tazminatı ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. EREN, s. 31. Yan edim yükümlülüğü ise, sözleşmenin kurulmasını etkilemeyen, borçluya ikinci derecede bir edim yükümü getiren, asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep ve dava edilebilen yükümlülükleri belirtir. Bu hususta bkz. EREN, s. 32-33; KILIÇOĞLU, s. 27. Kanaatimizce *Pulaşlı*'nın kullandığı kavram, TTK 480/4'te düzenlenen yükümlülüğü daha doğru şekilde ifade etmektedir. Zira maddenin içeriğinde geçen "sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek" ifadesinde, açıkça edim kavramı kullanılmıştır. Bu açıdan buradaki yükümlülüğün, borçlar hukukundaki yan edim yükümlülüğünü karşıladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü maddede asli edim olan sermaye

arz eden bir husus, bu tarz yükümlülüklerin mutlaka esas sözleşme yoluyla getirilmesi gerektiğidir⁴⁹. Başka bir deyişle doğrudan genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla pay sahiplerine bu tarz bir yükümlülük yüklenemez. Esas sözleşme yoluyla getirilecek ikincil yükümlülükler ise, ya kuruluşta esas sözleşmeye bu yönde bir hüküm yazmak suretiyle ya da bütün pay sahiplerinin rızasının gerektiği sonradan yapılacak esas sözleşme değişikliği ile olmalıdır (TTK 421/2-a).

- *Temerrüt faizi*: TTK 482/1'de sermaye koyma borcunu süresi içinde yerine getirmeyen pay sahibinin ihtara gerek olmaksızın temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacağı hükme bağlanmıştır. Temerrüt faizi (uygulamadaki adıyla gecikme veya gecikmiş günler faizi), sadece para borçlarında geçerli olan faiz türüdür⁵⁰. Sermaye taahhüdü açısından temerrüt faizi, yalnız nakdi sermaye borcunun süresinde yerine getirilmemesi durumunda ortaya çıkar. Esas sözleşmede parasal karşılığı belirtilse de aynı sermaye taahhüdünün süresinde yerine getirilmemesi, temerrüt faizine yol açmaz. Temerrüt faizi hukuki niteliği itibariyle maktu (götürü) bir tazminat niteliğindedir⁵¹. Doktrinde çoğunluk, temerrüt faizini tek borç

taahhüdünden doğan borcun ihlal edilmesine yönelik bir yükümlülük değil, aksine asli edim yükümü dışında, özelliği belirli zamanda tekrarlanan ve konusu para olmayan farklı bir edim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna rağmen düzenlemede tercih edilen ikincil yükümlülük terimi açısından ise şu tespit yapılabilir: Bu terim, ya borçlar hukukundaki ikincil yükümlülük ile aynı anlamda olmayıp ticaret hukukuna özgü bir kavramdır ya da aynı anlamı taşıyorsa yanlış bir kullanımdır. Biz çalışmamızda *Pulaşlı*'nın da isabetli olarak kullandığı yan edim yükümü yerine kanuni bir terim olan ikincil yükümlülük ifadesini tercih ettik. Yeri gelmişken şu hususu da hatırlatmak gerekir. Borçlar hukukunda borç ilişkisinden doğan yükümlülükler kavramı, epey karışık ve haliyle üzerinde herkesin uyduğu bir konu değildir. Gerçekten de farklı farklı borçlar hukuku kitaplarında bu konu, değişik ayrımlar ve başlıklar altında ele alınmaktadır. Bu hususa örnek olarak bkz. EREN, s. 29 vd.; KILIÇOĞLU, s. 26-29; OĞUZMAN/ÖZ, s. 3-4.

⁴⁹ SEVİ, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara 2013, s. 119. İkincil yükümlülüklerle ilişkin düzenlemenin geçerlilik şartı olarak ele alındığı ve yorum yoluyla genişletilemeyeceği hususunda bkz. ÜÇİŞİK/ÇELİK, s. 51.

⁵⁰ Bu yönde bkz. EREN, s. 1100; OĞUZMAN/ÖZ, s. 502-503; GÖLE, Celal: Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfade Temerrüt, Ankara 1976, s. 106;

⁵¹ Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda temerrüt faizinin bu yönüne vurgu yapmıştır: "Geçmiş günler faizinin ödenmesi için, borçlunun kusurlu olup olmadığı; alacaklının da bu geç ödemediği dolaylı bir kayba ya da zarara uğrayıp uğramadığı

ilkisinin bir istisnası kapsamında değerlendirmemektedir⁵². Kanaatimizce de bu yöndeki çoğunluk görüşü isabetlidir. Zira temerrüt faizi, şirket tarafından ortaklara getirilmiş bir yükümlülük olmayıp, sermaye koyma borcunun zamanında yerine getirilmemesinin kanundan doğan bir sonucudur⁵³. Kaldı ki sermaye koyma borcunu süresinde ve yasal prosedüre uygun şekilde yerine getiren ortaklar açısından temerrüt faizi ödeme gibi bir yaptırımla karşı karşıya kalınmaz. O halde temerrüt faizi, tüm ortaklar yönünden geçerli olan bir borç niteliğinde de değildir.

- *Cezai şart*: TTK'da sermayenin korunması ilkesiyle bağlantılı olarak pay sahipleri tarafından taahhüt edilen sermaye koyma borcunun zamanında yerine getirilmesi için birtakım önlemler alınmıştır. Sermaye koyma borcunun zamanında yerine getirilmemesi durumunda pay sahibinin temerrüt faizi ödeme yanında cezai şart ödeme borcu da gündeme gelebilir. Cezai şart hem ikincil yükümlülüklerin (TTK 481/2) hem de sermaye koyma borcunun (TTK 482/3) yerine getirilmesinin sağlanması için öngörülebilmektedir. TTK 482/3'te sermaye koyma borcunu yerine getirmede temerrüde düşen pay sahiplerinin esas sözleşmede öngörülmek kaydıyla sözleşme cezası (cezai şart) ödemek zorunda kalabileceği hükme bağlanmıştır. Her şeyden evvel buradaki cezai şartın ifaya eklenen bir cezai şart olduğunu ve haliyle sermaye koyma borcunun yerini almadığını

sonuca etkili değildir. Mevcut para borcunun geç ödenmesi, bu faizin ödenmesi için yeterli olup, bu hali ile gecikme faizi geç ödemedeki kaynaklanan götürü bir tazminat olarak nitelendirilebilir." HGK, 19.06.1996, 144/503 (Lexpera Veri Tabanı). Benzer şekilde bkz. "Temerrüt (gecikme) faizi, borçlunun para borcunu zamanında ödemesi ve temerrüde düşmesi üzerine kanun gereği kendiliğinden işlemeye başlayan ve temerrüdün devamı süresince varlığını sürdüren, alacaklının zararın varlığını ve miktarını ve borçlunun kusurunu ispat zorunda kalmaksızın borçlunun ödediği ve miktarı yasalarla belirlenmiş asgari, maktu bir tazminattır (Bkz. Dr. Becker, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu, Fasikül IV, s. 5, Dr. S. Özkök Çevirisi; A. Von Tuhr, Cilt 1-2, s.617, C. Edege Çevirisi; Dr. Nami Barlas, Para Borçlarının ifasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 127 vd; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.6.1997 gün ve 1997/11-278 - 529 sayılı ilamı)" HGK, 10.10.2012, 502/707 (Lexpera Veri Tabanı). Doktrinde de temerrüt faizinin alacaklı lehine konulmuş zarar şartına bağlı olmayan bir tazminat niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bu hususta bkz. EREN, s. 1100; OĞUZMAN/ÖZ, s. 503.

⁵² Bu yönde bkz. TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 77, No. 1020; BAHTİYAR, s. 279; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 330; BOZKURT, s. 429-430; HAMAMCIOĞLU, s. 135. Aksi görüşte bkz. PULAŞLI, s. 594, No. 9; DEKKER, OFK, s. 225, No. 2.

⁵³ Bu bağlamda bkz. SCHMİD, CHK, s. 511, No. 2; BAHTİYAR, s. 279.

belirtmek gerekir⁵⁴. Pay sahibinin cezai şart ödeme yükümlülüğü iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Birincisi söz konusu cezai şartın mutlaka esas sözleşmede yer alması; ikincisi, pay sahibinin sermaye koyma borcunda temerrüde düşmüş olmasıdır. Temerrüt faizinden farklı olarak cezai şart ödeme yükümlülüğü, sadece nakdi sermaye koyma borcuna münhasır olmayıp, aynı sermaye koyma borcunda temerrüde düşen pay sahipleri açısından da söz konusu olabilir. Cezai şartın da temerrüt faizi gibi tek borç ilkesinin gerçek anlamda bir istisnası olmadığı ifade edilmektedir⁵⁵. Cezai şart tıpkı temerrüt faizi gibi esasen pay taahhüdünün zamanında yerine getirilmesinin temini amacıyla kabul edilmiş bir kurumdur. Bu açıdan bütün pay sahipleri yönünden kabul edilmiş bir yükümlülük olarak değerlendirilemez. Özellikle sermaye koyma borcunu yerinde ve zamanında ifa etmiş olan pay sahiplerinin böyle bir borçla muhatap olması söz konusu değildir.

- *Kötü niyetle alınan karın veya hazırlık dönemi faizinin geri istenmesi:* TTK 512/1'de haksız yere ve kötü niyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahiplerinin bunu geri vermekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin tek borç ilkesinin bir istisnası olmadığı daha bariz bir şekilde savunulabilir⁵⁶. Zira burada pay sahibine sermaye koyma borcuna ilave ek bir yükümlülük getirilmemekte; haksız yere ve kötü niyetle alınmış bir bedelin iadesi istenmektedir. Başka bir deyişle bu düzenleme pay sahibinin şirkete karşı mevcut durumunu ağırlaştırılmakta; sermaye taahhüdünde bulunduğu an ile haksız ve kötü niyetle elde ettiği şeyi geri verme anındaki durumu birbirine eşittir. Kanaatimizce bu düzenleme, TBK 77 vd. hükümlerinde yer alan sebepsiz zenginleşmenin şirketler hukukuna özgü özel bir görünüş şeklidir. TTK 512/1 hükmünün sebepsiz zenginleşmeden tek farkı, haksız yere malvarlığında artış olan pay sahiplerinin aynı zamanda kötü niyetli olmasının aranmasıdır. Oysa sebepsiz zenginleşme bakımından kötü niyet bir koşul olmayıp, sadece geri vermenin kapsamı açısından dikkate alınan bir olgudur (TBK 79/2, 80/2). Ek olarak geri alma hakkının, paranın alındığı tarihten

⁵⁴ Bu hususta bkz. ŞENER, s. 604; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 331.

⁵⁵ HAMAMCIOĞLU, s. 135.

⁵⁶ Aksi yönde görüş için bkz. PULAŞLI, s. 594, No. 10.

itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağını belirtmek gerekir (TTK 521/2)⁵⁷.

- *Sadakat Yükümü*: Bazı yazarlar, anonim ortaklıkta tek borç ilkesinin bir istisnası olarak sadakat (bağlılık) yükümünden de bahsetmektedir⁵⁸. TTK'da sadakat yükümü, anonim ortaklık bakımından sadece yönetim kurulu üyeleri ile yönetimde görevli üçüncü kişiler yönünden kabul edilmiştir⁵⁹. Gerçekten de ilgili maddeye bakıldığında, bu kimselerin görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmesi ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyararak gözetmek yükümlülüğü altında olduğu hükme bağlanmıştır (TTK 369/1). Diğer pay sahipleri yönünden ise, kanunda bu tarz bir özen ve bağlılık yükümlülüğü getiren herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁰. O halde sadakat yükümünün tek borç ilkesinin bir istisnası olup olmadığını tayin etme açısından öncelikle pay sahiplerinin böyle bir yükümlülüğünün olup olmadığını saptamak gerekir. Doktrinde çoğunluk, pay sahibinin sadakat yükümünün olmadığı görüşündedir⁶¹. Alman hukukunda hâkim görüş eskiden, pay sahibinin ortaklığa karşı sadakat yükümünün olmadığı yönündeydi⁶². Son zamanlarda ise ağırlıklı görüş pay sahibinin de ortaklık sıfatından kaynaklı

⁵⁷ KAYIHAN, s. 245.

⁵⁸ Bu yönde bkz. TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 77, No. 1020

⁵⁹ Bu yönde bkz. AYAN, Özge: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013, s. 82 vd. İsviçre hukuku açısından bkz. SCHMID, CHK, s. 512, No. 3.

⁶⁰ BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 330; KARASU, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009, s. 37. Aynı durum, İsviçre hukukunda da geçerlidir. İsviçre Borçlar Kanunu, anonim ortaklıkta pay sahibi için rekabet yasağı veya sadakat yükümlülüğü öngörmemiştir. Bu bağlamda bkz. SCHMID, CHK, s. 512, No. 3; DEKKER, OFK, s. 225, No. 1.

⁶¹ TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), C. II, s. 104, No. 1091b; TEOMAN, s. 12; MOROĞLU, Oy Sözleşmeleri, s. 20, dn. 54; DAĞ, s. 23; ÇEKER, s. 194; HAMAMCIOĞLU, s. 137. Aksi görüşte bkz. NOMER, Füsün: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999, s. 76 vd.; AKIN, s. 149-150; SAVAŞ, Fatma Burcu: "Pay Sahiplerinin Anonim Şirkete Karşı Sadakat Yükümlülüğü", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt. I, İstanbul 2007, s. 502-503.

⁶² Ayrıca yazara göre bu durum, sadece ortak ile ortaklık arasındaki ilişki yönünden değil müşterek hissedarlıktan kaynaklanan hukuki ilişkide de geçerlidir. Bkz. WORCH, Karl-Heinz: Treuepflichten von Kapitalgesellschaftern untereinander und gegenüber der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1983, s. 2.

sadakat yükümünün bulunduğu yönünde gelişim göstermektedir⁶³. Bu bağlamda sadakat yükümünün hem ortağın şirkete ve diğer ortaklara karşı hem de şirketin ortaklara karşı olmak üzere bir aynanın yansıması gibi iki yönlü olduğu vurgulanmaktadır⁶⁴. Fakat gerek ortaklar arasındaki ilişkilerde gerekse şirkete karşı sadakat yükümlülüğün bulunması, pay sahibinin haklarını kullanmadaki takdir yetkisi açısından bir önem taşımamaktadır⁶⁵. Kanaatimizce Türk ve İsviçre hukuk sistemindeki ağırlıklı görüşten hareketle pay sahibinin sadakat yükümlülüğünün olmadığı; bir an için böyle bir yükümlülük kabul edilse bile bunun teknik anlamda pay sahibinin tek borç ilkesine istisna teşkil etmeyeceği görüşünderiz.

II. TTK 421/2-a HÜKMÜNÜN TEK BORÇ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TTK 421/2-a Hükmünün Getiriliş Amacı ve İçeriği Hakkında

Bir sermaye şirketi olan anonim ortaklıklarda, sermaye fevkalade öneme sahiptir. Öyle ki, kanun koyucu sermayenin korunması ilkesini kabul ederek bunu pek çok maddede ortaya koymuştur. Anonim ortaklıklarda sermayeye bu kadar önem veren kanun koyucu, sermayenin kaybı veya karşılıksız kalması ya da borca batıklık gibi durumlarda, şirketi çeşitli önlemler almaya sevk eden çeşitli düzenlemeler kabul etmiştir. Bu düzenlemelerden birini de TTK 421/2-a bendi oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre esas sözleşmeye bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar, sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliği ile alınmak zorundadır. Bu düzenlemeyle ilk olarak bilanço zararlarının pay sahiplerince üstlenilmesi yoluyla şirketin mali durumunun iyileştirilmesi amaçlanmaktadır. Zira bilançoda ortaya çıkan açıkların zamanında önlem alınarak kapatılmaması, yerine göre şirketin varlığını da tehlikeye

⁶³ FLEİSCHER, Schmidt/Lutter AktG, s. 595, No. 48; HOFFMANN-BECKING, Michael (Hrsg): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, 5. Auflage, München 2020, s. 289, § 17, No. 19 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, Hoffmann-Becking AktG.; WORCH, s. 3 vd.; KARASU, s. 37.

⁶⁴ RIECKERS, Hoffmann-Becking AktG, s. 289, § 17, No. 19.

⁶⁵ Bu konuda bkz. CAHN/V. SPANNENBERG, Spindler/Stilz AktG, s. 595, § 53a, No. 53.

düşürecek boyutta sonuçlar ortaya çıkarabilir. Nitekim TTK 376/2’de sermayenin ve kanuni yedek akçelerin toplam 2/3’ünün karşılıksız kalmasının şirketin sona ermesine yol açabileceği; yine aynı düzenlemenin üçüncü fıkrasında borca batıklık halinin şirketin iflasıyla sonuçlanabileceği de ifade edilmiştir. O halde TTK 421/2-a’da öngörülen esas sözleşme değişikliği, en başta şirket bilançosundaki zararların pay sahipleri tarafından kapatılarak şirketin karşılaşıacağı olası risklerin önlenmesi amacıyla hizmet etmektedir.

TTK421/2-a’daki düzenleme, esas sözleşme değişikliği yoluyla pay sahiplerine sonradan getirilecek yükümlülüklerle ilişkin esasları ortaya koymaktadır. Bu yükümlülüklerin ancak bilanço zararını kapamak amacıyla, tüm pay sahiplerinin oybirliğine dayalı esas sözleşme değişikliği şeklinde getirilebilmesi, pay sahiplerini de koruyucu etkiye sahiptir. Dolayısıyla hükmün amacının bir açıdan da pay sahiplerini sonraki yükümlülüklerle karşı korumak olduğu söylenebilir. Zira bu tarz yükümlülüklerin salt genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla alınamaması yani esas sözleşme değişikliğine tabi kılınması ve bunun da tüm pay sahiplerinin oybirliği şartına bağlanması, pay sahibinin tek borç ilkesini pekiştirmektedir. Bu açıdan tek bir pay sahibi bile onay vermediği sürece, şirket tarafından pay sahiplerine ek yükümlülükler getirilmesi söz konusu olamaz. Hiç şüphesiz bu tarz yükümlülükler, kuruluştaki esas sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle de getirilebilir (TTK 480/4)⁶⁶. Ancak pay sahibine getirilecek ek yükümlülüklerin kuruluş esas sözleşmesinde yer almasıyla sonradan esas sözleşme değişikliği ile olması arasında önemli bir fark vardır. Zira sonradan esas sözleşme değişikliği ile getirilecek yükümlülükler bilanço zararı kıstasına bağlanmıştır. Bu yüzden bilanço zararının kapatılması dışında pay sahiplerine esas sözleşme değişikliği ile yükümlülük veya ikincil yükümlülük getirilemeyeceği gibi esas sözleşmeyle kanundaki nisaplar da düşürülemez⁶⁷. Söz konusu düzenleme hukuki niteliği itibarıyla emredici bir hukuk kuralıdır.

⁶⁶ Benzer şekilde bkz. ZENGİN, s. 148.

⁶⁷ TTK 421/2’nin gerekçesinde bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: “İkinci fıkrada öngörülmuş bulunan kararlar için hem toplantı hem de karar nisabı, sermayenin yüzde yüzünü temsil eden pay sahiplerinin tümünün oybirliğidir. Bu nisap hafifletilemez. Çünkü hükümde yer alan kararlar tüm pay sahiplerinin onayını gerektirir.”

Bu düzenleme, 6762 sayılı ETTK 388/1’de yer alan “pay sahiplerinin taahhütlerini artırmak hususundaki kararlar için, bütün pay sahiplerinin ittifakı şarttır” hükmünün yerini almışsa da, eski düzenlemeden esaslı farklar içermektedir. Her şeyden evvel TTK 421/2-a’da pay sahiplerine getirilecek yükümlülük, eski düzenlemeden farklı olarak bilanço zararı kıstasına bağlanmıştır. Bu açıdan eskiden pay sahiplerinin taahhütlerini arttırıcı esas sözleşme değişiklikleri için bilanço zararının ortaya çıkması gibi bir durum aranmıyordu. Bir diğer fark, TTK421/2-a’da pay sahipleri bakımından yükümlülük ve ikincil yükümlülük getiren kararlar ifadesi kullanılmışken, eski düzenlemede pay sahiplerinin taahhütlerini arttırmak ifadesine yer verilmiştir⁶⁸.

TTK 421/2-a’daki düzenleme kaleme alınış şekliyle doktrinde eleştirilmektedir. Bu doğrultuda *Moroğlu*, maddedeki “bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar” için oybirliğinden bahsedilmesinin hatalı olduğunu; bu ifadenin bilanço zararının kapatılması dışındaki yükümlülükler için oybirliği aranmayacağı şeklinde yorumlanmaya müsait olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yaza göre maddenin doğru ifadesi de şu şekilde olmalıdır: “Pay sahiplerinin taahhütlerini arttıran veya ikincil yükümlülük koyan kararlar”⁶⁹.

Burada TTK 480/4’te öngörülen “ikincil yükümlülük” ile TTK 421/2-a bendinde zikredilen “ikincil yükümlülük” arasındaki ilişkiye de kısaca değinmek gerekir. TTK 421/2-a bendi kapsamında pay sahiplerine esas sözleşmeyle ikincil yükümlülük getirilebilmesi için yukarıda da değindiğimiz üzere ortada mutlaka kapatılması gereken bir bilanço zararı olmalıdır. Oysa TTK 480/4’te pay sahibine getirilecek ikincil yükümlülük, bilanço zararı kıstasına bağlanmamış; düzenlemede sadece ikincil yükümlülüğün nitelikleri sayılmıştır. Dolayısıyla TTK 421/2-a bendi uyarınca kuruluşta esas sözleşmeyle bilanço zararı şartına bağlı olmaksızın

⁶⁸ Doktrinde önceki düzenlemede yer alan “*pay sahiplerinin taahhütlerinin arttırılması*” yerine, “*bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük*” kavramının tercih edilme nedeninin anlaşılacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. TÜRK, Ahmet: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt: 2, Ankara 2010, s. 2188.

⁶⁹ Bu yönde bkz. MOROĞLU, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 228.

ikincil yükümlülük getirilebilir sonucuna ulaşılabilir. Ancak kanun koyucu, TTK 421'in gerekçesinde “*Böyle bir yüküm ancak tüm pay sahiplerinin oybirliği yani her pay sahibinin rızası varsa geçerlidir. (a) bendinin ikinci kısmı ikincil yüküm koyan kararlar ile ilgilidir. (İkincil yüküm: 480 (4))*” şeklinde bir ifade kullanarak, TTK 480/4'e atıf yapmıştır. Nitekim doktrinde de TTK 480/4'deki ikincil yükümlülüklerle ilişkin TTK 421/2-a'ya atıf yapılarak bütün pay sahiplerinin rızasına gerek olduğu belirtilmektedir⁷⁰. O halde ikincil yükümlülükler yönünden TTK 421/2-a ile TTK 480/4 hükmünün birlikte ele alınıp değerlendirilmesi uygun olacaktır.

B. TTK 421/2-a Düzenlemesinin Tek Borç İlkesinin Bir İstisnası Olup Olmadığı Hususu

Yukarıda doktrinde tek borç ilkesine ilişkin istisnaların neler olduğu hususuna temas etmiştik. Bu istisnalar arasına TTK 421/2-a'daki hükmün girip girmeyeceğine ilişkin, doktrinde tespit ettiğimiz kadarıyla herhangi bir görüş ileri sürülmemiştir. Tek borç ilkesi olarak adlandırılan kurala göre, pay sahibine sermaye koyma borcu ve bunu aşan prim ödeme borcu dışında bir borç yüklenemeyeceği hükme bağlanmıştır. TTK 421/2-a'da ise, bilanço zararlarını kapatmak amacıyla pay sahibine yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararlar, sermayenin tümünü oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliği ile alınmak zorundadır. Bu düzenleme çerçevesinde her şeyden evvel pay sahibine ilişkin yükümlülük ve ikincil yükümlülük getiren esas sözleşme değişikliklerinin tüm paydaşların oluru ile yapılacağı dikkate alınır, bu düzenlemenin tek borç ilkesinin bir istisnası olmadığı ileri sürülebilir. Çünkü ilgili karar oybirliği ile alınacağından esasen söz konusu yükümlülükler tüm pay sahiplerinin rızasıyla getirilmektedir. Başka bir deyişle bu tarz bir yükümlülük, pay sahibinin rızası hilafına ortaklık tarafından getirilmemektedir. Tek bir pay sahibinin bile bu yükümlülüklerle karşı çıkması, ilgili esas sözleşme değişikliğinin gerçekleşmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla söz konusu düzenleme kapsamında pay sahibine getirilecek ek yükümlülükler, kendi iradesi hilafına ve

⁷⁰ Bu yönde bkz. BAHTİYAR, s. 282; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 361; KAYIHAN, s. 244. Sonradan getirilecek ikincil yükümlülükler için aynı şekilde TTK 421/2-a'ya atıf yapan BOZKURT, s. 431.

zoraki bir şekilde değil, bilakis kendi iradesi ve katılımıyla ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce TTK 421/2-a her ne kadar tüm pay sahiplerinin rızasına dayalı bir ek yükümlülük öngörse de tek borç ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirilmelidir. Zira burada önemli olan pay sahibine getirilecek ek yükümlülüklerin rızasına dayanıp dayanmaması değil, sermaye koyma borcu dışında pay sahibini ortaksal bir borç altına sokup sokmamasıdır. Kaldı ki bu tarz bir esas sözleşme değişikliği, bu karara herhangi bir şekilde iştirak etmemiş olan şirkete sonradan ortak olarak katılacak kimseler açısından da geçerli olacaktır.

C. TTK 421/2-a Hükümünün Uygulama Şartları

1. Pay Sahiplerine Getirilecek Yükümlülüklerin Kural Olarak Esas Sözleşme Değişikliği Yoluyla Olması

TTK 421/2-a hükmü çerçevesinde bilanço zararının kapatılması amacıyla pay sahibine yükümlülük ve ikincil yükümlülük getiren kararlar, mutlaka esas sözleşme değişikliği şeklinde olmalıdır. Başka bir deyişle bu tür kararların doğrudan genel kurul veya yönetim kurulu kararı şeklinde pay sahiplerine uygulanması mümkün değildir. Eğer esas sözleşme değişikliği yapılmaksızın salt genel kurul veya yönetim kurulu kararı ile pay sahibine sermaye koyma borcu dışında yükümlülük getirilecek olursa, söz konusu karar oybirliği ile alınsa bile, kanaatimizce şekle aykırılıktan dolayı kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmalıdır. Zira kanun koyucu, bu tür kararların ancak esas sözleşme yoluyla pay sahiplerini bağlayacağını belirtmiştir. O halde pay sahibine sermaye koyma borcu dışında yükümlülük getiren kararların esas sözleşme hükmü şeklinde hasıl olması, bir geçerlilik koşuludur⁷¹.

Pay sahiplerine getirilecek yükümlülüklerin esas sözleşme yoluyla olmasının da bir istisnası bulunmaktadır. TTK 376/2 uyarınca son yıllık

⁷¹ Bu hususta bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 361. Benzer bir düzenleme, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 180. paragrafında yer almaktadır. Alman doktrininde de pay sahibine AktG § 180 uyarınca getirilecek yan edim yükümlülüğünün mutlaka esas sözleşme değişikliği yoluyla olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. SEİBT, Schmidt/Lutter AktG, § 180, s. 2777, No. 4; EHMANN, Grigoleit AktG, § 180, s. 2008-2009, No. 2; RIECKERS, Hoffmann-Becking AktG, s. 243, § 16, No. 54.

bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurulun, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Buna göre ilgili düzenleme çerçevesinde sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 2/3'ü karşılıksız kalmışsa, kanun koyucu genel kurula sermayenin tamamlanmasına yönelik karar alma yetkisi vermiştir⁷². İşte bu olasılıkta sermayenin tamamlanması amacıyla pay sahiplerinin ek yükümlülük altına sokulması genel kurul kararıyla olacaktır. Bu genel kurul kararının ise hangi yeter sayıya tabi olacağını hükmün gerekçesi şu şekilde açıklamıştır: “Tamamlama ile, azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması veya bilânço açıklarının pay sahiplerinin tümünce (Tasarı m. 421 (1), b.1) veya bazı pay sahipleri tarafından kapatılması ya da bazı alacaklıların alacaklarını silmesi kastedilmektedir. Tamamlamada oybirliği sağlanırsa her pay sahibi bilânço açığını kapatacak parayı vermekle yükümlüdür. Bu yoldaki bir genel kurul kararı Tasarının 421 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci bendi anlamında bir belirli olaya özgü ek yüküm ihdas etmiş demektir. Bu ek yüküm ne sermaye konulması ne de borç verilmesi olmayıp karşılıksızdır. Oybirliği sağlanmamışsa bazı pay sahiplerinin kendi istekleriyle tamamlama yapmalarına engel yoktur.”⁷³. Hükmün gerekçesinden

⁷² Yargıtay ise sermayenin tamamlanması ibaresiyle esas sermayenin azaltılıp aynı tutarda arttırılması veya bilanço zararlarının kapatılmasının kastedildiği ve şirket genel kurulunun böyle durumlarda doğrudan sermaye artırımına yönelik bir karar alamayacağı görüşündedir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: “Somut olayda, bilirkişi raporuyla davalı şirketin 31/12/2013 tarihli bilançosuna göre aktiflerinin borçlarını karşılayabildiği, dolayısıyla borca batık olmadığı, ancak 2013 yıl sonu bilançosu baz alındığında, zararın sermaye ve yasal yedek akçenin yarısından ve ayrıca 2/3'ünden fazla olduğu bildirilmiştir. ...'nın 376. maddesi uyarınca bilançodan sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 2/3'ünün karşılıksız kaldığı anlaşılırsa genel kurul sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer. Sermayenin tamamlanması ibaresiyle esas sermayenin azaltılıp aynı tutarda arttırılması veya bilanço zararlarının kapatılması kastedilmekte olup şirket genel kurulu doğrudan sermayenin arttırılmasına dair bir karar ittihaz edemez. Önce esas sermayeyi 1/3'e indirmeli sonra 3/3'e tamamlayıcı arttırmayı yapmalıdır. Yani tamamlama işleminin sona ermesi halinde esas sermaye gene eski düzeyini bulacaktır.” 11. HD, 22.11.2018, 14027/7315 (Lexpera Veri Tabanı).

⁷³ Bkz. TTK 376/2 Gerekçesi.

hareketle genel kurulun bu yönde alacağı kararın tüm ortakları kapsaması halinde oybirliği esasına tabi olacağı; bununla beraber sadece bazı ortakların tamamlama yapmak istemeleri halinde artık oybirliğinin aranmayacağı sonucuna varılabilir⁷⁴. Bu şekilde sermayenin tamamlanması suretiyle pay sahiplerine getirilecek ek yükümlülükler, ne şirkete yeni bir sermaye konulması ne de borç verilmesi anlamına gelip, herhangi bir şeyin karşılığını teşkil etmez⁷⁵. Ayrıca tamamlama, bilanço açıklarının ortakların tamamı veya bir kısmı tarafından kapatılması anlamında olup, kanuni yedek akçelerin yitirilen kısımları tamamlamaya dahil değildir⁷⁶.

Esas sözleşmede yer alan mevcut yan yükümlülüklerin sınırlandırılması veya ortadan kaldırılmasına yönelik esas sözleşme değişiklikleri TTK 421/2-a maddesine girmez. Başka bir deyişle pay sahibinin mevcut yükümlülüklerini kaldıran veya azaltan esas sözleşme değişikliklerinde tüm paydaşların rızasına gerek yoktur⁷⁷. Çünkü burada pay sahibine bir yükümlülük getirilmemekte; bilakis pay sahibinin mevcut yükümlülüğü hafifletilmekte veya ortadan kaldırılmaktadır.

2. Esas Sözleşme Değişikliğinde Alınacak Kararın Sermayenin Tümünü Oluşturan Payların Sahiplerinin veya Temsilcilerinin Oybirliği ile Alınması

Kanun koyucu, bazı konularda toplantı ve karar yetersayılarını özel yani ağırlaştırılmış nisaplara bağlamıştır. Bu konulardan biri de tüm pay sahiplerinin oybirliğini gerektiren TTK 421/2 hükmüdür. Dolayısıyla sonradan esas sözleşme değişikliği ile pay sahibi aleyhine getirilecek ek yükümlülüklerin, tüm paydaşların katılımıyla mümkün olabileceğini belirtmek gerekir. Söz konusu düzenlemede toplantı nisabından bahsedilmemiş olsa da, karar tüm paydaşların katılımıyla alınması gerektiğinden

⁷⁴ Aynı yönde bkz. ŞENER, s. 372-373; ERGÜN, Mevci: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 2021, s. 931; ZENGİN, s. 145; CAN, Mustafa Erdem: "Anonim Şirkette Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Üçte İkinin Kaybının Hukuki Sonuçları", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2018, s. 22.

⁷⁵ Benzer görüş için bkz. ERGÜN, s. 931.

⁷⁶ Bu yönde bkz. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ 9/1 hükmü (RG. 15.9.2018, S. 30536).

⁷⁷ Benzer şekilde bkz. SEİBT, Schmidt/Lutter AktG, § 180, s. 2778, No. 5.

toplantı nisabı da sermayenin tümünü oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin katılımıyla gerçekleşmelidir⁷⁸.

TTK 421/2-a uyarınca kararlaştırılacak ek yükümlülükler açısından ilk toplantıda toplantı yetersayısına ulaşamazsa, ikinci ve diğer toplantılarda yine aynı yetersayısı aranacaktır (TTK 421/4). Dolayısıyla burada TTK 421/1'deki gibi azalan oranda toplantı ve karar yetersayıları uygulanamaz.

TTK 421/2'deki oybirliği gerektiren kararlar, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla daha hafif bir nisaba bağlanamaz. Zira kanun koyucu, söz konusu hükmü emredici bir şekilde ele almış; hatta ikinci ve izleyen toplantılarda dahi bu nisabın düşürülemeyeceğini açıkça hükme bağlamıştır⁷⁹. Ancak burada şu hususa da dikkat çekmek gerekir. TTK 421/2'de öngörülen nisap sermaye artırımına ilişkin bir nisap olmayıp sadece bilanço zararının kapatılması amacıyla pay sahiplerine ek yükümlülük getiren kararlara ilişkindir. Dolayısıyla bilanço zararı bulunan bir şirketin sırf bu zararı kapamak amacıyla sermaye artırımına gittiği durumlarda TTK 421/2 değil 421/1'deki nisaplara uygun şekilde karar alınıp alınmadığı aranacaktır. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁸⁰.

⁷⁸ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 277. Tek bir pay sahibinin bile rızasının olmamasının, ilgili genel kurul kararını geçersiz kılacağı yönünde bkz. EHEMANN, Grigolet AktG, § 180, s. 2011, No. 8.

⁷⁹ Alman hukukunda tek bir pay sahibinin bile rızasının eksikliği, söz konusu genel kurul kararını geçersiz kılacağı; dolayısıyla oybirliği esasına uyulmadan alınan karar ticaret siciline tescil edilmiş olsa dahi geçerli olmayacağı ve esas sözleşme değişikliğinin tescilinde ilgili ticaret sicil müdürlüğünün bu hususu incelemesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu hususta bkz. SEİBT, Schmidt/Lutter AktG, § 180, s. 2782, No. 15-16.

⁸⁰ "Bölge Adliye Mahkemesince yukarıda özetlenen gerekçe ile ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak davanın kısmen kabulü ile 2014 yılı Olağan Genel Kurulu'nda "sermaye artırımına" ilişkin kararın butlan olduğunun tespitine karar verilmişse de, davaya konu genel kurulun yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte olan 6102 sayılı TTK'nun 421/2-a maddesinde yer alan nisap sermaye artırım kararları bakımından aranan nisap olmayıp, bilanço zararlarının kapatılması için ek ödeme ve benzeri yükümlülük getiren kararlar bakımından öngörülmüştür. Her ne kadar gerekli nisap sağlanamaması halinde karar "yok hükmünde" olacak ise de sermaye artırımına ilişkin karar bakımından aranacak nisap aynı Yasa'nın TTK 421/1 maddesinde gösterilmiş olup, bu nisap da somut olayda mevcuttur." 11. HD, 01.04.2021, 2074/3208 (Lexpera Veri Tabanı).

Burada şirketin kendi paylarını iktisap etmesi durumunda söz konusu payların bu tür kararlarda dikkate alınıp alınmayacağı gündeme gelebilir. Zira anonim ortaklıkta şirketin kendi paylarını edinmesine belli şartlar altında cevaz verilmiştir (Bkz. TTK 379). Böyle olasılıklarda paya bağlı hakların donması gündeme gelmektedir. Nitekim TTK 389/1’de bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi paylarının hiçbir pay sahipliği hakkı vermeyeceği hükme bağlanmıştır. Sonradan esas sözleşme değişikliği ile pay sahiplerine getirilecek ek yükümlülüklerde, payların bir kısmının şirketin kendisine ait olduğu durumlarda, bu paylar alınacak genel kurul kararında dikkate alınmayacaktır. Çünkü hem TTK 389/1’de bu tür payların şirket genel kurul toplantılarında dikkate alınmayacak olması hem de TTK 421/2-a bendindeki yükümlülüklerin muhatabının şirket olmamasından dolayı, bu yönde alınacak kararlarda şirketin iktisap ettiği payların hesaba katılmayacaktır. Dolayısıyla şirketin iktisap ettiği paylar dışında kalan diğer payların tamamına sahip pay sahipleri veya temsilcilerinin katılımıyla TTK 421/2-a bendi uyarınca esas sözleşme değişikliğine yönelik kararlar alınabilir.

3. Pay Sahiplerine Getirilecek Yükümlülüklerin Bilanço Zararlarının Kapatılması Şartına Bağlı Olması

TTK 421/2-a’da dikkat çeken bir husus da, kanun koyucunun pay sahibine yükümlülük veya ikincil yükümlülük getiren esas sözleşme değişikliğinin bilanço zararlarının kapatılması amacına bağlamış olmasıdır. Bu kıstasın eski düzenlemede yer olmadığını bir kez daha vurgulama gerekir. Yeni düzenlemeden pay sahibine sermaye koyma borcu dışında bir yükümlülük veya ikincil yükümlülük öngören esas sözleşme değişikliklerinin ancak bilanço zararı söz konusu ise mümkün olabileceği sonucu çıkmaktadır⁸¹. Kanun koyucu bilanço zararı bakımından herhangi bir

⁸¹ Yargıtay da bir kararında TTK 421/2-a’nın uygulanması bakımından bilanço zararı kıstasına dikkat çekmiştir. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir: “Mahkemece, yukarıdaki dava özetinden de anlaşıldığı üzere, sermaye artırımına ilişkin genel kurul nisabının TTK’nin 421/2. maddesindeki karar nisabına tabi olduğu, bu nedenle sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliğiyle sermaye artırım kararı alınabileceği, oyçokluğuyla alınan sermaye artırım kararının yok hükmünde olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, genel kurulda alınan karar sermaye artırımına ilişkin olup TTK’nin 421/2.a bendinde belirtilen bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan

oran öngörmediği için, söz konusu zararın az veya çok olup olmamasının herhangi bir önemi yoktur. Bilanço zararının boyutu, daha çok pay sahiplerine getirilecek ek yükümlülüklerin miktarı açısından önem arz eder.

Kanun koyucu bilançoda oluşabilecek zararın oranına göre anonim ortaklıkta çeşitli tedbirler öngörmüştür. Örneğin TTK 376/1 uyarınca son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulunun genel kurulu hemen toplantıya çağıracağı ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunacağı belirtilmiştir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında sermaye ve kanuni yedek akçelerin üçte ikisi zarar nedeniyle karşılıksız kalmışsa da, derhal toplantıya çağrılan genel kurulun sermayenin üçte biriyle yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği durumlarda şirketin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Ancak bilanço zararı sermaye ve yedek akçelerin 2/3'üne ulaşmamışsa, salt genel kurul kararıyla pay sahiplerine ek yükümlülük getirilemez. Bu durumda ancak TTK 421/2-a çerçevesinde esas sözleşme değişikliğine ihtiyaç olacaktır. Konumuz açısından önemi sebebiyle burada bilanço zararı kavramına da kısaca değinmek gerekir.

a. Bilanço Zararı Kavramı

Vergi Usul Kanunu'nun 192. maddesinin birinci fıkrasında bilanço, "envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifli ve karşılıklı olarak değerleri itibariyle tertiplenmiş hulasasıdır" şeklinde tanımlanmıştır. Keza bilanço, aktif ve pasif olmak üzere iki tabloyu içermelidir (VUK 192/2). Aktif tabloda mevcutlar ile alacaklar (ve varsa zarar), pasif tablosunda ise borçlar gösterilir (VUK 192/3). Aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark, özsermayeyi oluşturur (VUK 192/4). Özsermaye bilançonun pasifler kısmında yer alırken, yedek akçeler ve kar bilançoda ayrı gösterilseler bile, öz sermayenin bir cüzü kabul edilir (VUK 192/5).

kararlardan değildir. Kaldı ki şirketin bilanço zararı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla oybirliğiyle karara bağlanması gereken bir halin mevcut olmadığı, esas sözleşme değişikliği gerektiren sermayenin artırımı kararı için TTK'nin 421/2. maddesindeki değil TTK'nin 421/1. maddesindeki toplantı ve karar yetersayılarının aranacağı gözetilmeksizin mahkemece hatalı değerlendirme yapılarak verilen kararın yerinde olmamıştır." 11. HD, 08.06.2016, 155/6336 (Lexpera Veri Tabanı).

Tekinalp'e göre bilanço anlamında kullanılan finansal raporlama, bir işletmenin veya ticaret ortaklığının yıllık ya da ara dönemlerde, malvarlığı durumunun, borç ve yükümlülüklerinin, özkaynaklarının ve faaliyet sonuçlarının gösterildiği rapordur⁸². TTK 73/1 uyarınca Türkiye Muhasabe Standartlarında (TMS) aksi öngörülmemişse bilançoda bulunması gereken unsurlar şu şekilde sıralanmaktadır: duran ve dönen varlıklar, özkaynaklar, borçlar ve dönem ayırıcı hesaplar.

Bilanço, herhangi bir işletmenin belirli bir dönemdeki varlık ve yükümlülüklerini gösteren finansal tablo olduğuna göre, bilanço zararı da söz konusu tabloda aktif-pasif dengesinin pasifler lehine bozulması olarak ifade edilebilir. Nitekim doktrinde de bilanço zararı, bilançoda gösterilen pasiflerin aktifleri aşması olarak tanımlanmaktadır. Benzer şekilde *Tekinalp* de anonim ortaklıkta bilanço zararını, yedek akçelerle kapatılmayan sermayedeki eksilmeler şeklinde ifade etmektedir⁸³. *Türk*'e göre ise, öz kaynakların esas sermaye ve yasal yedekler toplamının altında kalması durumunda ancak gerçek anlamda bir bilanço zararından söz edilebilir⁸⁴. Bilanço zararı açısından söz konusu zarar miktarının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle bilanço zararı, sermayenin çok cüzi bir miktarına karşılık gelebileceği gibi yerine göre sermayenin tamamen karşılıksız kalması şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak bilanço zararı, sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısına ulaşmışsa TTK 376/1'deki düzenleme; 2/3'üne ulaşmışsa TTK 376/2'deki düzenleme çerçevesinde şirketin organlarına gerekli tedbirleri almak hususunda önemli yükümlülükler getirilmiştir⁸⁵. O halde bilanço zararı bir üst kavram olarak sermayenin karşılıksız kalması ve borca batıklık durumlarını da kapsamaktadır.

⁸² Bu yönde bkz. TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), Cilt II, s. 287, No. 1468.

⁸³ TEKİNALP, (Poroy/Çamoğlu), Cilt II, s. 287, No. 1468.

⁸⁴ TÜRK, Ahmet: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, Yıl: 2015, s. 67.

⁸⁵ TURAN, GÖKÇEN: "Ticaret Bakanlığı'nın TTK 376 Hükümünün Uygulama Esaslarına İlişkin Tebliğinin Üçte İki Sermaye Kaybı Halinde Doğrudan Sermaye Artırımı Yapılabilmesine İmkân Tanıyan Hükümleri Üzerine Düşünceler", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Yıl: 2020, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 143. Benzer şekilde bkz. TÜRK, Değişiklikler, s. 67-68.

İsviçre hukukunda *Von Der Crone'ye* göre, şirket aktiflerinin esas sermaye ve kanuni yedek akçeleri karşılamadığı durumlarda bilanço açığı söz konusu olmaktadır. Keza bilanço açığında ise ne geçmiş yıllardan devreden karlarla ne de kanuni veya serbest yedek akçelerin çözülmesiyle dengelenemeyen bir bilanço zararı söz konusu olur⁸⁶. *Meier-Mazzucato* ise bilanço açığını borca batık olup olmamasına göre ikili bir ayrım yaparak açıklamaktadır. Borca batık olmayan bilanço açığı, ya bilanço zararı öz sermayeden küçükse veya yabancı kaynak (bilançonun pasifinde yer alan öz sermaye dışındaki kalemler yani borçlar) aktiflerden küçük ancak esas sermayeyle tam olarak karşılanamıyorsa söz konusu olmaktadır. Borca batık bilanço açığında ise bilanço zararı öz sermayeden ya da yabancı kaynak aktiflerden daha büyük olmaktadır⁸⁷. Alman hukukunda ise bilanço karı veya zararı, şirket bilançosunda gösterilen kar veya zarar büyüklüğü olarak tanımlanmakta olup, AktG § 158'e göre hesaplanmaktadır⁸⁸. Yıl sonu bilançosunda o yıl için zarar söz konusu olmasına rağmen, eğer rezervlerin (yedek akçeler) çözülmesiyle bu zarar giderilebiliyorsa bilanço zararından söz edilmeyeceği ifade edilmektedir⁸⁹.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında bilanço zararından anlaşılması gerekenin yedek akçelerle kapatılamayan sermayedeki eksilmeler olduğu sonucuna varılabilir. Zira yedek akçeler, esas sermayeyi aşan net malvarlığı olup, ileride meydana gelebilecek şirket zararlarının kapatılması ve işletmenin devamının sağlanması amacıyla ayrılan "kara gün parası" olarak ifade edilebilecek değerlerdir⁹⁰. Bilanço zararları, yedek akçelerle kapatılabildiği sürece gerçek anlamda bir bilanço zararından söz edilemez. Bu eksilmelerin ise bilanço zararı bakımından miktarının önemli

⁸⁶ VON DER CRONE, Hans Caspar: Aktienrecht, 2. Auflage, Bern 2020, s. 850-851, No. 1995.

⁸⁷ MEIER-MAZZUCATO, Giorgio: "Sanierung von Unternehmen", Sprecher, Thomas (Hrsgb), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X, Zürich 2020, s. 136.

⁸⁸ ROUSSEAU, Marc-André/WASSE, Norman: "Der Beschluss der Hauptversammlung über die Verwendung eines Bilanzverlustes", NZG 2010, s. 535.

⁸⁹ ROUSSEAU/WASSE, s. 535.

⁹⁰ ÇAĞIRGAN TUNCER, Senar/ULUSOY, Yasin: "Yedek Akçeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 1974.

olmadığını; ancak zararın büyüklüğüne göre şirkette sermayenin karşılıksız kalması veya borca batıklık gibi durumlarla da karşı karşıya kalılabileceğini vurgulamak gerekir.

b. Esas Sözleşme Değişikliğinden Önce Bilanço Zararının Tespiti

TTK 421/2-a bendi uyarınca esas sözleşme değişikliğine gitmeden önce bilanço çıkarılması ve söz konusu bilançoda gerçek anlamda bir bilanço zararı bulunması gerekir. Bilanço zararı, esas sözleşme değişikliği yoluyla pay sahiplerine ek yükümlülük getirilerek kapatılmak isteniyorsa, her şeyden evvel bilanço zararının tespit edilmesi zaruridir. Bu da esas sözleşme değişikliğinden önce bilanço çıkarılmasını gerekli kılar.

Esas sözleşme değişikliğine gitmeden önce çıkarılacak bilançoda gerçek anlamda bir zarar mevcutsa, esas sözleşme değişikliği yoluyla pay sahiplerine yükümlülük getirmek için kural olarak zararın miktarı önem arz etmez. Başka bir ifadeyle TTK 421/2-a bendinin uygulanabilmesi için gerçek anlamda bir bilanço zararının varlığı yeterlidir. Ancak vurgulamak gerekir ki, esas sözleşme değişikliği yoluyla pay sahiplerine getirilecek yükümlülüklerin bilanço zararıyla orantılı ve bu zararı kapamaya yönelik olması gerekir. Bilanço zararları olduğundan yüksek gösterilerek pay sahiplerine olması gerekenden fazla yükümlülük getirmek, yine genel kurul kararın iptaline yol açabilir.

Bilanço zararının yıllık veya ara bilançoda ortaya çıkması mümkündür⁹¹. Eğer geçmiş yıllardan aktarılan kar ve serbest yedek akçelerin kullanımıyla bilançodaki zararlar giderilebiliyorsa ortada gerçek anlamda bir bilanço zararından söz edilmez⁹². Gerçek anlamda bir bilanço zararı söz konusu değilse diğer bir ifadeyle özsermayenin serbestçe kullanılabilen kısmı bilanço zararını kapamaya yetiyorsa pay sahiplerine kar dağıtımı da söz konusu olabilir⁹³. Bu bağlamda kanaatimizce TTK 421/2-a'daki

⁹¹ Benzer şekilde bkz. TÜRK, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 1999, s. 13.

⁹² Nitekim doktrinde de gerçek zarar bilançosu ve gerçek olmayan zarar bilançosu şeklinde ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. TÜRK, s. 14-15.

⁹³ BAHAR/PEYER, ZK, s. 161, No. 21. TTK 523/1 uyarınca ise kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kar belirlenemez.

hükmün uygulanması açısından ortada mutlaka özsermayenin serbestçe kullanılabilen kısmı ile kapatılmayan gerçek anlamda bir bilanço zararı bulunmalıdır. Başka bir deyişle gerçek anlamda bir bilanço zararı olmayan durumlarda veya geçici bilanço zararı (aslında kanuni veya serbest yedek akçelerle kapatılması mümkün olup bu yapılmayan; ancak bir sonraki dönem karı ile kapatılması muhtemel olan bilanço zararları) söz konusu olan hallerde esas sözleşme değişikliği ile pay sahiplerine ek yükümlülük getirilmesi yoluna başvurulmamalıdır. Zaten buna yönelik esas sözleşme değişikliklerinde oybirliği arandığı için, bu değişikliği kabul edecek pay sahiplerinin öncelikle gerçek anlamda olmayan bilanço zararlarının özsermayenin serbestçe kullanılabilir kısmı ile kapatılmasını istemeleri gündeme gelebilecektir. Ancak bunun için çıkarılan bilançonun TTK 515'teki ilkelere uygun olması, pay sahiplerini yanlış yönlendirecek bilgiler içermemesi gerekir. Aksi takdirde bilanço zararı olmamasına rağmen zarar varmış gibi gösterilip pay sahiplerine ek yükümlülükler getirilirse, bu konuda yanlış bilgilendirilen her bir pay sahibi söz konusu kararın iptalini isteyebilir (TTK 445/1).

4. Pay Sahiplerine Getirilecek Yükümlülüklerde Eşit İşlem İlkesinin Göz Önünde Bulundurulması

Türk Ticaret Kanunu'nun 357. maddesinde pay sahiplerinin eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulacağı öngörülmüştür. Bu düzenleme, emredici nitelikte olup, anonim ortaklıklarda temel ilkelerden birini teşkil etmektedir⁹⁴. TTK 357'de kabul edilen eşit işlem ilkesi nisbi eşitlik esasına dayalı olarak, haklı, makul ve objektif olarak meşru sebepler olmadıkça aynı şartlar altındaki pay sahiplerinin aynı muameleye tabi tutulmasını öngörmektedir⁹⁵. TTK 421/2-a hükmüne istinaden pay sahiplerine getirilecek ek yükümlülüklerde kanaatimizce bu ilkenin de dikkate alınması gerekir. Eşit işlem ilkesi, pay sahiplerinin "eşit şartlarda" eşit işleme tabi

⁹⁴ AKDAĞ GÜNEY, Necla: "Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 121; EMİNOĞLU, Cafer: "Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından Eşit Şartlarda Eşit İşlem İlkesi", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Yıl: 2015, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 84.

⁹⁵ Bu hususta bkz. AKDAĞ GÜNEY, s. 123; EMİNOĞLU, s. 82; SULU, Muhammed: Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1. Bası, İstanbul 2019, s. 99; KARASU, s. 37.

tutulacağını öngördüğünden⁹⁶, TTK 421/2-a gereği getirilecek ek yükümlülüklerle katılım bakımından da pay oranlarının dikkate alınması hakkaniyetli bir sonuç doğuracaktır. Gerçekten şirket karından daha fazla yararlanan çoğunluk pay sahiplerinin, şirket zararlarına da aynı oranda katılımının sağlanması, dağıtıcı adalet ekseninde eşit işlem ilkesine de uygun olacaktır. Nitekim 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'in 9. maddesinin birinci fıkrasında, bilanço açıklarının kapatılması için verilecek sermayenin tamamlanması kararında, ortakların payı oranında tamamlamaya katılabileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme de esasen TTK 357'de anlamını bulan eşit işlem ilkesiyle uyumludur. Doktrinde *Ulusoy* ise, tali yükümlülükler açısından sadece belirli bazı paydaşlar yönünden yükümlülük getirilebileceği; bu yüzden eşit işlem ilkesinin dikkate alınmayacağı görüşündedir⁹⁷. Kanaatimizce sadece bazı pay sahipleri yönünden getirilebilmesi mümkün olsa da, ikincil yükümlülük getirilecek belirli pay sahipleri bakımından da eşit işlem ilkesi gözetilmelidir.

5. Pay Sahipleri İçin Getirilecek Yükümlülüklerin Nitelikleri

TTK 421/2-a bendinde bilanço zararını kapamak amacıyla pay sahiplerine hem yükümlülük hem de ikincil yükümlülük getirilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemenin gerekçesine baktığımızda kanun koyucunun TTK 421/2-a bendi kapsamında yükümlülük ile kastının TTK 376/2'deki tamamlama ve Kooperatifler Kanunu 31'deki ek ödeme yükümü olduğu anlaşılmaktadır. KoopK 31/1'e göre ortaklara getirilecek ek ödeme, sınırsız olabileceği gibi belirli miktarlarla veya iş hacmi ile veya paylarla orantılı olarak sınırlandırılabilir. Her ne kadar

⁹⁶ "Eşit işlem ilkesi, TTK'nın 357.maddesinde düzenlenmiştir. Kanun maddesinde, "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur." denilmek suretiyle, eşit işlem ilkesinin bir tanımı da yapılmıştır. Bu ilke, her pay sahibinin diğerleriyle her koşulda aynı işleme tabi tutulacağını değil eşit koşulların varlığı halinde, hiçbir pay sahibinin diğerlerinden daha olumsuz bir işleme tabi tutulamayacağı anlamına gelir. Buna nispi eşitlik denilir. Ayrıca, eşit işlem ilkesi, pay sahibine tanınan bir haktan daha öte şirket organlarına ve özellikle yönetim kuruluna getirilmiş bir yükümlülüktür (Poroy/Te-kinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Basım, İstanbul 2019, s.691)." İstanbul BAM 14. HD, 13.02.2020, 1695/168 (Lexpera Veri Tabanı).

⁹⁷ Bu hususta bkz. ULUSOY, Erol: "Anonim Şirketlerde Tali Yükümler", M.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: 1999, Cilt: XV, S. 1, s. 349.

kooperatiflerde tek borç ilkesi olmamasına istinaden getirilecek ek ödeme yükümlülüğünün sınırsız olmasına imkân tanınmışsa da, kanaatimizce anonim ortaklıklar yönünden getirilecek yükümlülükler sınırsız olmalı; aksi takdirde tek borç ilkesi çerçevesinde geçersiz sayılabilir.

Düzenlemede geçen yükümlülük kavramı ile asli edim yükümlülüğü kastedilmemektedir. Bilindiği üzere ortaklıklar hukukunda asli edim yükümü, sermaye koyma borcu dediğimiz asli borca tekabül eden, şirket ortağının taahhüt ettiği sermaye payından ibarettir. Bu düzenlemede geçen yükümlülük ile ortaklara yeni bir sermaye koyma borcu getirilmediği gibi sermaye artırımını gibi bir durum da söz konusu olmaz. Dolayısıyla TTK 421/2-a bendi kapsamında ortaklara yüklenecek yükümlülük, esasen sadece bilançodaki zararların kapatılmasına yönelik olup, şirketten yeni pay edinme şeklinde herhangi bir karşılık gözetilmeksizin getirilen yükümlülüklerdir. Nitekim 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376'ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ 9/1 hükmünde ortakların bu yükümlülüğünün karşılıksız olduğu ve şirkete borç verme veya sermaye koyma şeklinde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir⁹⁸. Keza aynı hükmün devamında şirkete yapılacak bu ödemelerin gelecekte yapılacak sermaye artırımına mahsuben bir avans olarak dahi nitelendirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. O halde TTK 421/2-a'ya göre pay sahiplerine yüklenecek yükümlülüğün, sadece bilanço zararlarını kapama amacı taşıyan ve pay sahiplerinin paylarıyla orantılı bir para borcu olacağı sonucuna varabiliriz. Bu bakımdan pay sahiplerinin şirket borçlarının bir kısmını üstlenmek suretiyle söz konusu bilanço zararını kapaması şeklinde bir yükümlülük, TTK 329/2 ve 340 düzenlemeleri karşısında geçerli kabul edilemez. Ayrıca TTK 421/2-a bendi kapsamında getirilecek yükümlülüklerin mevcut bilanço zararını kapamaya yönelik olması gerekir. Başka bir ifadeyle sonraki yıllarda ortaya çıkması muhtemel bilanço zararları bakımından pay sahiplerine yükümlülük getirilmesi, tek borç ilkesi çerçevesinde geçersiz kabul edilecektir⁹⁹.

⁹⁸ Alman hukukunda ise yan edim yükümlülüklerin hem karşılıklı hem de karşılıksız olabileceği kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. RIECKERS, Hoffmann-Becking AktG, s. 242, § 16, No. 54.

⁹⁹ Bu hususta bkz. BOZKURT, s. 342.

TTK 421/2-a bendinin uygulanması yönünden ikincil yükümlüler, TTK 480/4 çerçevesinde belirlenecektir. Zira TTK 421/2 düzenlemesinin gerekçesinde ikincil yükümlülükler yönünden TTK 480/4'e atıf yapılmıştır. Buna göre pay sahiplerine getirilecek ikincil yükümlülükler, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimler şeklinde kararlaştırılabilir (TTK 480/4). Dolayısıyla belirli zamanda tekrarlanmayan yani dönemsel olmayıp devamlı nitelikte olan veya bir defaya mahsus ifa borcu öngören yükümlülük, ikincil yükümlülük olarak kabul edilemez¹⁰⁰. Fakat dönemsel edimlerin mutlaka düzenli aralıklarla olması da gerekmemektedir¹⁰¹. Benzer şekilde ikincil yükümlülüklerin doğrudan veya dolaylı olarak parasal bir edimi içermemesi gerekir¹⁰². Başka bir deyişle düzenlemede geçen konusu para olmayan edim ifadesi geniş yorumlanmalı, para borcu doğuran bono, poliçe ve çek gibi kambiyo taahhütleri de bu yasak kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca TTK 480/4 uyarınca ikincil yükümlülükler pay devrinin şirket onayına bağlı olduğu durumlarda kararlaştırılabilmektedir¹⁰³.

Kanun koyucu, TTK 480/4'te ikincil yükümlülüklerin, pay senetleriyle ilmühaberlerin arkasına yazılabileceğini öngörerek, payı iktisap edecek yeni paydaşları korumayı amaçlamıştır. Ancak eski düzenlemeden farklı olarak, bu husus zorunluluk şeklinde değil de şirketin takdirine bırakılmıştır. Buna aykırı davranışın ise söz konusu hisse senetlerinin geçersizliğine yol açmayacağını vurgulamak gerekir¹⁰⁴.

Süreklilik arz etmedikçe ikincil yükümlülüklerin rekabetten veya belirli tasarruflardan kaçınmak ya da belirli bir birliğe üye olmak şeklinde kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵. İkincil yükümlülükler, sermaye koyma borcundan bağımsız olduklarından esas sermayeye dahil

¹⁰⁰ CAHN/V. SPANNENBERG, Spindler/Stilz AktG, s. 627, § 55, No. 6; FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 622, § 55, No. 13; RİECKERS, Hoffmann-Becking AktG, s. 243, § 16, No. 54. Türk hukuku yönünden bkz. ULUSOY, s. 356.

¹⁰¹ CAHN/V. SPANNENBERG, Spindler/Stilz AktG, s. 627, § 55, No. 6; ULUSOY, s. 356.

¹⁰² FLEİSCHER, Schmidt/Lutter/AktG Komm, s. 623, § 55, No. 14.

¹⁰³ Alman hukukunda da yan edim yükümlülüklerinin sadece devri şirket onayına bağlı olan nama yazılı hisse senetlerine bağlanabileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda bkz. RİECKERS, Hoffmann-Becking AktG, s. 242, § 16, No. 54.

¹⁰⁴ Benzer şekilde bkz. ULUSOY, s. 354.

¹⁰⁵ CAHN/V. SPANNENBERG, Spindler/Stilz AktG, s. 627, § 55, No. 6.

olmadıkları gibi; bu yükümlülükler aykırı davranışta ilgili pay sahibine karşı ıskat yaptırımını uygulamak söz konusu olamaz¹⁰⁶. TTK 421/2-a kapsamında getirilecek ikincil yükümlülükler, TTK 480/4'teki şartları taşımak kaydıyla bilanço zararı şartına bağlı olarak getirilebilecektir. Başka bir ifadeyle sonradan esas sözleşme değişikliği ile getirilecek ikincil yükümlülükler, ancak bilanço zararı söz konusuysa kararlaştırılabilecektir.

SONUÇ

Anonim ortaklıkta pay sahibinin asli borcu, taahhüt etmiş olduğu sermaye koyma borcunu yerine getirmektir. Pay sahibinin bu borcu şirkete karşı olup sadece taahhüt ettiği sermaye payı ile sınırlıdır (TTK 329/2). Bunun dışında pay sahibine kural olarak herhangi bir yükümlülük getirilemez. Bu durum, anonim ortaklıkta tek borç ilkesi şeklinde formüle edilmektedir. Temel prensip bu olmakla birlikte, söz konusu ilke ismiyle müsemma bir mutlaklığa sahip değildir. Zira anonim ortaklıkta gerçek anlamda olsun veya olmasın, bu ilkenin birtakım istisnalarından bahsedilmektedir. Bu istisnalar arasında doktrinde genel kabul gören ikincil yükümlülük ve prim ödeme borcu yer almaktadır. Kanaatimizce prim ödeme borcu, tek borç ilkesinin bir istisnası olmayıp, sermaye koyma borcuna dahil bir kalemdir. Ancak doktrinde çoğunluk tarafından zikredilmemiş olsa da, TTK 421/2-a bende çerçevesinde pay sahiplerine getirilecek ek yükümlülükler tek borç ilkesinin istisnaları arasında değerlendirilmelidir. Bu açıdan esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararların oybirliği esasına tabi olması önemli arz etmez. Zira bu yolla pay sahiplerine getirilecek ek yükümlülükler, sermaye koyma borcu dışında pay sahiplerini yükümlülük altına sokan türde bir etkiye sahip olduğu gibi pay devriyle şirkete sonradan katılacak pay sahiplerini de bağlayıcı nitelikte olacaktır.

Kanun koyucu, anonim ortaklıklarda sermayeye ve sermayenin korunmasına büyük önem atfetmiştir. Bunu Türk Ticaret Kanunu'nun pek çok düzenlemesinde (TTK 332, 342, 343, 348/1, 376, 391/1-b, 447/1-c, 480/3, 509) görmek mümkündür. Benzer şekilde anonim ortaklıklarda bilanço açığı ve sermayenin kaybı gibi ortaklığın finansal durumunun kötüleştiği hallerde de gerekli önlemleri almaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Anonim ortaklığın mali durumu ve bu bağlamda sermayesinin karşılıksız

¹⁰⁶ Bu yönde bkz. ULUSOY, s. 349.

kalıp kalmadığı veya bilanço açığı olup olmadığı hususu, TTK 515'deki esaslara uygun olarak çıkarılacak bilançodan anlaşılabilir. Anonim ortaklık bilançosunda bir zarar söz konusuysa, zararın niteliğine göre farklı iyileştirme tedbirleri devreye sokulabilir. Bu çerçevede alınacak tedbirlerden biri olarak TTK 421/2-a bendinde düzenlenen pay sahiplerine ek yükümlülük getiren esas sözleşme değişikliğidir. Burada bilanço zararının TTK 376 düzenlemesinde gösterilen oranlarda, sermaye ve kanuni yedek akçelerde karşılıksız kalmaya yol açmasına gerek yoktur. TTK 421/2-a bendi kapsamında pay sahiplerine getirilecek ek yükümlülükler ancak esas sözleşme değişikliği şeklinde yapılabilir. Dolayısıyla salt genel kurul veya yönetim kurulu kararıyla pay sahiplerine sermaye koyma borcunu aşan ek yükümlülük getirilmesi söz konusu olamaz. TTK 421/2-a bendi uyarınca yapılacak esas sözleşme değişikliği ise tüm paydaşların oybirliği esasına tabi kılınmıştır. Buradaki nisap, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla daha az bir orana düşürülemez. Hatta ilk toplantıda bu nisaplara ulaşılamasa bile takip eden diğer toplantılarda da aynı nisap aranır.

Ayrıca TTK 421/2-a bendi kapsamında kabul edilecek yükümlülükler bakımından bilanço zararı şart koşulduğundan, esas sözleşme değişikliğine gidilmeden önce mutlaka bilanço çıkartılmalı ve bilançoda bir zarar olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu açıdan TTK 421/2-a bendi çerçevesinde bilanço zararı tespitinin yapılacak esas sözleşme değişikliği bakımından bir ön şart olduğunu söylemek yanlış olmaz. Buna dikkat edilmeden alınan esas sözleşme değişikliğine ilişkin genel kurul kararının iptali gündeme gelebilir.

Anonim ortaklıkta pay sahipleri arasında nisbi eşitlik esasına dayalı bir eşit işlem ilkesi geçerlidir. Buna göre haklı, makul ve objektif olarak meşru sebepler olmadıkça aynı şartlar altındaki pay sahiplerinin aynı muameleye tabi tutulması esastır. Kanaatimizce TTK 421/2-a bendi çerçevesinde getirilecek ek yükümlülükler açısından da bu ilke gözetilmelidir. Bu bağlamda şirket karından daha fazla yararlanan çoğunluk pay sahiplerinin, şirket zararlarına da aynı oranda katılımının sağlanması, hem getirilecek ek yükümlülüklerle ilişkin kararların alınmasını kolaylaştıracak hem de alınan kararlarda eşit işlem ilkesi gözetilmiş olacaktır.

TTK 421/2-a bendi çerçevesinde pay sahipleri için kararlaştırılacak ek yükümlülükler, yükümlülük ve ikincil yükümlülük şeklinde olabilir.

TTK 421/2-a bendinde kastedilen yükümlülük, ya TTK 376/2'ye göre sermayenin tamamlanması amacıyla ya da Kooperatifler Kanunu 31'deki ek ödeme yükümü olarak anlaşılmalıdır. Yani buradaki yükümlülük, bilançoadaki zararları kapatacak düzeyde her pay sahibi tarafından bir miktar paranın şirkete ödenmesi şeklinde ortaya çıkan bir para borcudur. Fakat bu yükümlülük karşılıksız olup, şirkete borç verme veya sermaye koyma şeklinde yorumlanamaz. Benzer şekilde şirkete yapılacak bu ödemeler, ileride yapılacak sermaye artırımına mahsuben bir avans olarak dahi nitelendirilemez. TTK 421/2-a bendi çerçevesinde kararlaştırılacak ikincil yükümlülükler ise, TTK 480/4'e göre belirli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri içerir. İkincil yükümlülükler, tıpkı aynı maddede zikredilen yükümlülükler gibi sermaye koyma borcundan bağımsız olduklarından esas sermayeye dahil değildirler ve bu yükümlülüklere aykırı davranışta ilgili pay sahibine karşı ıskat yaptırımını uygulanamaz. Pay sahipleri için getirilecek ikincil yükümlülükler yönünden; bunlar, kuruluşta esas sözleşmesinde yer alacaksa sadece TTK 480/4'teki şartlara tabi olurlar; ancak sonradan esas sözleşme değişikliği şeklinde getirilecekse, TTK 480/4'teki şartlara ek olarak TTK 421/2-a bendindeki bilanço zararı şartına da tabidirler.

KAYNAKLAR

- AKDAĞ GÜNEY, Necla: “Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 115-135.
- AKIN, Murat Yusuf: Şirketler Hukukunda ve Özellikle A.Ş.lerde Pay Sahibinin Sadakat Borcu, İstanbul 2002.
- AYAN, Özge: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Ankara 2021.
- BAHTİYAR, Mehmet: “Anonim Ortaklıkta Payların Üçüncü Kişilere Satılması Durumunda Diğer Ortaklara Önalım Hakkı Tanıyan Anasözleşme Hükümleri ve Etkileri”, BATİDER, C. XXI, S. 2, 2001. (Anılış: BAHTİYAR, Önalım)
- BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 15. Bası, İstanbul 2021.
- BİLGİLİ Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, 7. Basım, Bursa 2020.
- BOZKURT, Tamer: Şirketler Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2021.
- CAN, Mustafa Erdem: “Anonim Şirkette Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Üçte İkisinin Kaybının Hukuki Sonuçları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1, 2018.
- ÇAĞIRGAN TUNCER, Senar/ULUSOY, Yasin: “Yedek Akçeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı- 2017, s. 1971-1996.
- EMİNOĞLU, Cafer: “Anonim Şirket Pay Sahipleri Açısından Eşit Şartlarda Eşit İşlem İlkesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Yıl: 2015, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 79-88.
- ERGÜN, Mevci: Anonim Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2021.
- GÖLE, Celal: Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Ankara 1976.

- GRIGOLEIT, Hans Christoph (Hrgb): Aktiengesetz Kommentar, 2. Auflage, München 2020 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, Grigoleit AktG).
- HAMAMCIOĞLU, Esra: "Anonim Ortaklıkta Tek Borç İlkesine İlişkin Gelişmeler", KHÜHFD, C. 6, S. 1, Haziran 2018.
- HANDSCHİN, Lucas/JUNG, Peter (Hrgb): Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre, Art. 660-697m OR, 2. Auflage, Zürich 2021 (Anılış: İlgili bölüm yazarı, ZK).
- HOFFMANN-BECKİNG, Michael (Hrsg): Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft, 5. Auflage, München 2020 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, Hoffmann-Becking AktG).
- İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 9. Bası, İstanbul 1991.
- KARASU, Rauf: Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, Ankara 2009.
- KAYIHAN, Şaban: Şirketler Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2020.
- MAUERHOFER, Marc André: Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, GesKR 2011, S. 20.
- MEİER-MAZZUCATO, Giorgio: "Sanierung von Unternehmen", Sprechher, Thomas (Hrgb), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X, Zürich 2020.
- MOROĞLU, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 7. Baskı, İstanbul 2012.
- NOMER, Fusun: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü, İstanbul 1999.
- OKUTAN NİLSSON, Gül: Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, C. II, 14. Bası, İstanbul 2019.
- PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 7. Baskı, Ankara 2021.
- ROBERTO, Vito/TRÜEB, Hans Rudolf (Hrgb): CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und

Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, s. 511, No. 1 (İlgili bölüm yazarı, CHK).

ROUSSEAU, Marc-André/WASSE, Norman: “Der Beschluss der Hauptversammlung über die Verwendung eines Bilanzverlustes”, NZG 2010.

SAVAŞ, Fatma Burcu: “Pay Sahiplerinin Anonim Şirkete Karşı Sadakat Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Cilt. I, İstanbul 2007.

SCHMİDT, Karsten/LUTTER, Marcus (Hrgb): AktG Kommentar, 4. Auflage, Köln 2020, s. 606, § 54, No. 1 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, Schmidt/Lutter/AktG Komm).

SEVİ, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Ankara 2013.

SPİNDLER, Gerald/STİLZ, Eberhard (Hrgb): Kommentar zum Aktiengesetz, Band I, 4. Auflage, München 2019 (Anılış: İlgili Bölüm Yazarı, Spindler/Stilz AktG).

SULU, Muhammed: Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, 1. Bası, İstanbul 2019.

ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017.

TURAN, GÖKÇEN: “Ticaret Bakanlığı’nın TTK 376 Hükmünün Uygulama Esaslarına İlişkin Tebliğinin Üçte İki Sermaye Kaybı Halinde Doğrudan Sermaye Artırımı Yapılabilmesine İmkân Tanıyan Hükümleri Üzerine Düşünceler”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Yıl: 2020, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 142-153.

TÜRK, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 1999.

TÜRK, Ahmet: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Genel, Ticaret Şirketlerine İlişkin Genel Hükümler ve Anonim Ortaklığa İlişkin Hükümlerinden Bazıları Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Cilt: 2, Ankara 2010, s. 2163-2191. (Anılış: TÜRK, Düşünceler)

- TÜRK, Ahmet: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, Yıl: 2015, s. 63-112. (Anılış: TÜRK, Değişiklikler)
- ULUSOY, Erol: “Anonim Şirketlerde Tali Yükümler”, M.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl: 1999, Cilt: XV, S. 1.
- ÜÇIŞIK, Güzin/ÇELİK, Aydın: Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt I, 1. Baskı, Ankara 2013.
- VON DER CRONE, Hans Caspar: Aktienrecht, 2. Auflage, Bern 2020.
- WİBMER, K. Jeannette (Hrgeb): Orell Füssli Aktienrecht Kommentar, Zürich 2016, s. 225, No. 3 (Anılış: İlgili bölüm yazarı, OFK).
- WORCH, Karl-Heinz: Treuepflichten von Kapitalgesellschaftern untereinander und gegenüber der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1983.
- ZENGİN, İbrahim Çağrı: Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yetersayılar, İstanbul 2020.



AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ HUKUKUNDA YÜRÜTME İMTİYAZI

Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK*

Öz

Amerika Birleşik Devletleri federal hukukunda yürütme imtiyazı, başkanın ve bazı üst düzey yürütme organı görevlilerinin Kongre'den ve yargı organlarından bilgi saklama hakkını ifade etmektedir. Başkanların Kongre'nin bazı bilgi taleplerini, bilginin yürütme imtiyazı kapsamında korunduğunu ileri sürerek reddedebilmesi mümkündür. Yürütme imtiyazı ileri sürebilme yetkisi, Anayasa ile açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Yüksek Mahkeme tarafından başkana ait zımni bir anayasal yetki olarak kabul edilmiştir. Kongre ve başkan arasındaki yürütme imtiyazı uyuşmazlıkları, çoğunlukla yargı denetimine konu olmadan sistem içerisinde çözülmektedir. Ancak istisnai bazı hallerde, Kongre ile yürütme organı arasındaki yürütme imtiyazı konusundaki uyuşmazlıklar, yargı organlarının gündemine taşınmaktadır. Bu tür durumlarda yargı organları, yürütme imtiyazının varlığını kabul etmiş ancak kapsam ve sınırları konusunda yeterli bir içtihat ortaya koyamamıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Konya, Turkey.

✉ osenturk@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-8258-9880

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ÇELİK Özlem, "Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Yürütme İmtiyazı", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1253-1299.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

Yürütme İmtiyazı • Başkan • Watergate Skandalı • Kongre Gözetimi • Amerika Birleşik Devletleri/Nixon Davası

EXECUTIVE PRIVILEGE IN THE LAW OF THE UNITED STATES

Abstract

In United States federal law, executive privilege refers to the right of the President and certain executive branch officials to withhold information from Congress and judicial branches. It is possible for Presidents to reject some requests for information from Congress, arguing that information is protected by executive privilege. The power to assert executive privilege is not expressly regulated in the Constitution. It is recognized as implied constitutional authority of President in Supreme Court decisions. Executive privilege disputes between Congress and the President are mostly resolved within the system without being subject to judicial review. However, in exceptional cases, disputes over executive privilege between Congress and the executive branch are subject to judicial decisions. In such cases, the courts accepted the existence of executive privilege, but failed to adequately reveal the scope and limits of executive privilege.

Key Words

Executive Privilege • President • Watergate Scandal • Congressional Oversight • United States v. Nixon

GİRİŞ

Watergate Skandalının savcısı olan ve Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) neredeyse kahraman ilan edilen Archibald Cox, bir makalesinde; “(h)angi bilgilerin ifşa edileceğini ve ne zaman ifşa edileceğini kontrol edebilmek güçlü bir siyasi silahtır¹” demektedir. Aslında ABD hukukunda “yürütme imtiyazı” (*executive privilege*) kavramının anlamı bu cümlede saklıdır. ABD hukukunda “yürütme imtiyazı” kavramı başkanın ve üst düzey Beyaz Saray yetkililerinin, Kongre'den veya yargıdan bilgi saklama hakkını ifade etmektedir. Yürütme organının işleyişinde bazı hallerde gizliliğe ihtiyaç duyulması genel olarak kabul edilen bir durumdur. Ancak bu gizliliğin, yürütme organı tarafından suiistimal edilmesi veya siyasi kazanç sağlamak amacıyla kullanmasına imkân vermeden korunmasını sağlamak oldukça güçtür.

¹ COX, Archibald, “Executive Privilege”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 122, No. 6, 1974, s. 1433.

Yürütme imtiyazı konusundaki tartışmaların tarihi çok eskidir. Ancak yürütme imtiyazı kavramı ilk defa 1958 yılında Başkan Eisenhower'ın yönetimi sırasında kullanılmaya başlanmıştır. Yürütme organının işleyişinde gizlilik esasına dayanan görüşler daha sonraları “yürütme imtiyazı doktrini” (the doctrine of executive privilege) olarak adlandırılmıştır.

Yürütme imtiyazı kavramı Anayasa'da açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Kongrenin veya mahkemelerin bilgi talepleri karşısında başkanın yürütme imtiyazı ileri sürebilmesi, doktrinde ve yargı kararlarında zımni bir anayasal yetki olarak kabul edilmektedir. Yürütme imtiyazı Anayasa'da açıkça düzenlenmediği ve bu konudaki yargı içtihatları yetersiz olduğu için konu ile ilgili tartışmalar gündemde kalmaya devam etmektedir. Günümüz Amerikan siyasetinde yürütme organı ile ilgili bir tartışma olduğunda, genellikle ardından yürütme imtiyazı kavramı da gündeme gelmektedir².

Yürütme imtiyazı iddialarının tarihi çok eskiye dayanmakla birlikte sabık Başkan Trump döneminde sıklıkla gündeme gelmiş, kapsam ve sınırları meselesi yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Örneğin Kongre, Rusya'nın 2016 ABD seçimlerine müdahalesine ilişkin özel savcı Robert Mueller'in yürüttüğü soruşturma ile ilgili belge ve ifade vermesi için, eski Beyaz Saray Danışmanı Don McGahn'a bir celpname göndermiştir. McGahn bilgi ve belgeleri vermektense imtina etmiş, Başkan Trump ise yürütme imtiyazı itirazında bulunmuştur. Yine bu dönemde Başkan Trump, kişisel mali kayıtlarının özel kişilerden talep edilmesi üzerine de yürütme imtiyazı iddiasında bulunmuştur.

Son olarak Ocak 2021'de yaşanan olayları araştırmak üzere görevlendirilen Temsilciler Meclisi Özel Komitesi'nin talepleri karşısında yürütme imtiyazı iddiaları gündeme gelmiştir. 3 Kasım 2020'de yapılan seçimler, Başkan Trump'ın seçimlerde yolsuzluk yapıldığına ilişkin iddiaları sebebiyle oldukça tartışmalı bir şekilde gerçekleşmiştir. Kongre 6 Ocak 2021'de başkanlık seçim sonuçlarını onaylamak için toplandığında, Trump aynı gün bir miting düzenlemiştir. Seçim sonuçlarını protesto eden kalabalık bir grup Kongre binasını basmıştır. Hem Demokratlar hem de Cumhuriyetçilerden birçok kişi şiddet eylemlerini Trump ve

² WASSEF, Anthony W., “Executive Privilege-With a Catch: How a Crime-Fraud Exception to Executive Privilege Would Facilitate Congressional Oversight of Executive Branch Malfeasance in Accordance with the Constitution's Separation of Powers”, *Cornell Law Review*, Vol. 105, 2020, s. 1263.

söylemleriyle ilişkilendirmiştir³. Temsilciler Meclisi, ABD hükümetine karşı ayaklanmayı kışkırtma gerekçesiyle, Başkanı suçlandırarak Senato'ya sevk etmiştir. Trump Senato'da yapılan yargılama neticesinde, bu suçlamadan beraat etmiştir. Başkanın görev süresinin sona ermesinin ardından, Ocak 2021'de yaşanan olayları araştırmak üzere görevlendirilen Temsilciler Meclisi Özel Komitesi Trump yönetimi yetkililerini dinlemek üzere davetiye göndermiştir. Komite ayrıca 6 Ocak günü gerçekleşen başkanlık faaliyetleri kapsamındaki belgeleri, telefon görüşmelerini, e-postaları ve başkanın danışmanlarıyla olan yazışmalarını talep etmiştir. Yürütme imtiyazı ileri sürerek açtığı davanın reddedilmesinin ardından, Trump kararın bozulması için Yüksek Mahkemeye başvurmuştur. Yüksek Mahkeme Kongre'nin bu belgeleri elde etmesinin kamu yararına olduğu gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Yürütme imtiyazı iddialarının son dönemlerde sıklıkla gündeme gelmiş olması ve Türk hukukunda bu konuda yeterli akademik çalışmanın bulunmaması sebebiyle, bu kavrama ilişkin bir çalışma yapma ihtiyacı hasıl olmuştur. Yürütme imtiyazı konusu gerek teori gerekse uygulama açısından oldukça kapsamlıdır. Bu nedenle çalışmamızda "yürütme imtiyazı" kavramının açıklanması ve konu ile ilgili ABD hukukundaki tartışmalardan genel olarak bahsedilmesi amaçlanmıştır. Yürütme imtiyazı anlaşmazlıkları, Kongre'den veya mahkemelerden gelen bilgi talepleri karşısında ortaya çıkabilmektedir. Bu çalışma özellikle Kongre ile başkan veya diğer üst düzey yöneticiler arasındaki yürütme imtiyazı anlaşmazlıklarına odaklanmaktadır. Ancak konunun tarihsel öneminden dolayı Kongre ve yargı organları arasındaki yürütme imtiyazına ilişkin uyuşmazlıklara da değinilecektir.

I. YÜRÜTME İMTİYAZI KAVRAMI VE YÜRÜTME İMTİYAZININ ANAYASAL ÇERÇEVESİ

A. Yürütme İmtiyazı Kavramı

Yürütme yetkisini başkana veren ABD Anayasası başkana aynı zamanda "yasaların sadakat ile uygulanmasını gözetme" görevi de vermektedir (Madde II, Bölüm 1/1 ve Bölüm 3). Başkan yasaların uygulanması görevini yerine getirirken, zorunlu olarak astlarının yardımına

³ "ABD Kongresi 200 yıl sonra ilk kez saldırıya uğradı, bu tarihi günde neler yaşandı?" 7 Ocak 2021, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55568564>, erişim 27.02.2022.

ihtiyaç duymaktadır⁴. Modern federal yönetimin büyüklüğü ve karmaşıklığı nedeniyle, görevlerinin yerine getirilmesinde başkana doğrudan yardımcı olacak kurumsal bir aygıt olarak “Beyaz Saray” ortaya çıkmıştır⁵. Beyaz Saray personeli; başkanlık politikasının geliştirilmesinde, yürütme organı birimlerinin denetlenmesi veya yönlendirilmesinde, Kongre ya da yabancı devletler veya kamuoyu ile iletişim kurulmasında başkana tavsiyelerde bulunmakta ve yardımcı olmaktadır⁶. Beyaz Saray bu önemli rolü nedeniyle zaman zaman Kongre denetimine konu olmakta, Kongre bu kapsamda yürütme organından bilgi talep etmektedir⁷. Yine Mahkemeler de görülmekte olan bir dava kapsamında başkandan veya üst düzey hükümet yetkililerinden bilgi veya belge talep edebilmektedir. Bu talepler karşısında yürütme organı genellikle, yürütme imtiyazı doktrini kapsamına giren bilgileri saklama yetkisini ileri sürmektedir. İşte yürütme imtiyazı kavramı da yürütme organı ile Kongre ya da mahkemeler arasındaki bu anlaşmazlıklar neticesinde ortaya çıkmıştır. Hatta Lieberman, yürütme imtiyazı sorununu en basit ifadeyle “Toplum seçilmiş temsilcilerine ne ölçüde güvenmeli?” sorusunun cevabı olarak görmüştür⁸.

Yürütme imtiyazı kavramını, başkanın ve üst düzey hükümet yetkililerinin, Kongre’den veya yargıdan bilgi saklama hakkı olarak tanımlamak mümkündür. Cumhuriyetin ilk yıllarından itibaren Kongre’nin talepleri karşısında başkanın bilgi veya belge saklama hakkı konusunda uyuşmazlıklar yaşanmıştır. Ancak başkanların bilgi veya belge saklamalarının temelindeki ilkeyi ifade etmek üzere yürütme imtiyazı kavramı, 1958 yılında Eisenhower’ın yönetimi sırasında kullanılmaya başlanmıştır.

⁴ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep272/usrep272052/usrep272052.pdf>, erişim 04.03.2022, s. 117.

⁵ “Congressional Oversight of the White House”, 45 Op. O.L.C. (January 8, 2021), <https://www.justice.gov/sites/default/files/opinions/attachments/2021/01/16/2021-01-08-wh-oversight.pdf>, erişim 11.05.2022, s. 1.

⁶ “Congressional Oversight”, s. 1.

⁷ Kongrenin yürütmeden bilgi talep etme hakkı, yürütme imtiyazı kavramıyla bağlantılı olarak “Kongre’nin Bilgi Talep Etme ve Soruşturma Yetkisinin Hukuki Temelleri” başlığı altında incelenecektir.

⁸ Hatta bu sorun ışığında, CIA eski müdürü Richard Helms’in “Bize güvenmeniz yeterli. Biz onurlu adamlarız” sözünü alıntılanmıştır. LIEBERMAN, Ronald M. “Executive Privilege”, *University of Toronto Faculty of Law Review*, Vol. 33, No. 2, Summer 1975, s. 193.

tır⁹. Yürütme imtiyazı kavramı Mahkemelerce bazen “başkanlık iletişim imtiyazı” (*presidential communications privilege*) şeklinde ifade edilmektedir¹⁰.

1971 yılında dönemin Adalet Bakan Yardımcısı aynı zamanda Hukuk Müşavirliği Ofisi’nin (*Office of Legal Counsel, OLC*) Başkanı William H. Rehnquist yürütme imtiyazını, “Başkanın sahip olduğu veya yürütme organının elinde bulunan belgeleri veya bilgileri Hükümetin yasama veya yargı organının zorunlu sürecinden alıkoyma konusundaki anayasal yetkisi” olarak tanımlamıştır¹¹. Kongre’nin bir yayınında ise yürütme imtiyazı, başkanlık iletişimlerinin gizliliğini koruyan nispeten belirsiz, anayasal bir ayrıcalık olarak tanımlanmıştır¹².

Rozell, “Başkan ve üst düzey yürütme organı görevlilerinin Kongre’den, mahkemelerden ve nihayetinde halktan bilgi saklama hakkı” olarak tanımlamaktadır. Rozell’e göre bu hak mutlak değildir ve yalnızca belirli bilgi kategorileri için geçerlidir¹³. Ayrıca belirli bir yürütme imtiyazı iddiasının meşru olup olmadığını, a priori belirleyen açık ve kesin anayasal sınırlar yoktur. Yürütme imtiyazını çevreleyen anayasal sınırların kesin bir tanımına gerek de yoktur. Böyle bir yetki kesin bir tanıma tabi olamaz çünkü başkanların bu yetkiyi hangi koşullar altında kullanmak zorunda kalabileceklerini önceden belirlemek mümkün değildir¹⁴.

Watergate skandalından sonra, daha sık gündeme gelmeye başlayan yürütme imtiyazı kavramı, mahkemeler tarafından kapsamlı bir şekilde yorumlanmamıştır. Bu nedenle ABD doktrininde yürütme imti-

⁹ BERGER, Raoul, *Executive Privilege: A Constitutional Myth*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1974, s. 1; ROZELL, Mark, J., “The Law: Executive Privilege: Definition and Standards of Application”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 29, No. 4, 1999, s. 923.

¹⁰ GARVEY, Todd. “Does Executive Privilege Apply to the Communications of a President-elect?”, Congressional Research Service, 2018, <https://sgp.fas.org/crs/secretary/LSB10094.pdf>, erişim 03.03.2022, s. 1.

¹¹ COMMITTEE ON THE JUDICIARY/Subcommittee on Separation of Powers (United States Senate), *Executive Privilege: The Withholding of Information by the Executive*, 92d Congress, First Session, U.S. Government Printing Office, Washington, 1971, s. 421.

¹² GARVEY, s. 1.

¹³ ROZELL, 1999, s. 920.

¹⁴ ROZELL Mark J., “Restoring Balance to the Debate over Executive Privilege: A Response to Berger”, *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 8, No. 3, 2000, s. 567.

yazının tanımı, kapsamı hatta bu imtiyazın varlığı konusu dahi tartışmalıdır. Ancak OLC'nin Kongre'ye veya mahkemelere sunduğu görüşlerde, yürütme imtiyazının anayasal teorisi oluşturulmaya çalışılmıştır¹⁵. Buna göre yürütme imtiyazı doktrini "delil ibraz muafiyeti"¹⁶ veya belirli bilgilerin ifşa edilmesinin yol açabileceği zararları engellemeyi amaçlayan bir başkanlık yetkisi değildir. Yürütme imtiyazı, belirli bilgi kategorilerinin yayılmasını kontrol etme amacıyla, başkana anayasa ile verilmiş olan bir yetkidir¹⁷.

Yürütme imtiyazı konusunda yasal ya da anayasal sınırların belirli olmaması nedeniyle, yetkinin kapsamının genişletilmesi mümkündür. Gerçekten de zaman içerisinde yürütme imtiyazına tabi bilgilerin kapsamı genişlemiş ve yetki oldukça karmaşık hale gelmiştir. Ayrıca yürütme imtiyazı doktrini uygulamada bilginin kontrolü konusunda yürütme organına neredeyse sınırsız yetki vermiştir¹⁸. Yürütme imtiyazı iddiaları karşısında Kongre, zaman zaman yürütmeyi bu tür bilgileri açıklamaya zorlama konusunda etkisiz kalmıştır¹⁹. Nihayetinde yürütme imtiyazı, Kongre veya yargı organlarının bilgi talepleri karşısında başkanların kullandığı güçlü bir siyasi silahtır. Kongrenin benzer derecede etkili olabilecek mekanizmaları kullanamaması halinde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin zarar görmesi kaçınılmazdır.

B. Yürütme İmtiyazının Amacı

Yürütme imtiyazı başkan ve yardımcılarının, politikaları şekillendirme ve karar verme sürecinde alternatifleri araştırmak konusunda özgür olması gerektiği görüşüne dayanmaktadır²⁰. Yürütme imtiyazının amacı, yürütmenin karar alma sürecinin bütünlüğünü ve etkinliğini ko-

¹⁵ SHAUB, Jonathan David, "The Executive's Privilege", *Duke Law Journal*, Vol. 70, No. 1, 2020, s. 9.

¹⁶ Delil imtiyazı (evidentiary privilege) Common Law hukuk sistemlerine ait bir müessesedir. Delil imtiyazı varsa yargılamada taraflar ya da üçüncü kişiler delil ibraz etme yükümlülüğünden kurtulabilmektedirler. Türk hukukunda "delil imtiyazı" kavramının yerine "delil ibraz muafiyeti" kavramının kullanılması daha doğru olacaktır. Bkz. DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, "Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk", *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2) (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan), 2020, s. 750-751.

¹⁷ SHAUB, s. 9.

¹⁸ SHAUB, s. 10.

¹⁹ SHAUB, s. 10.

²⁰ GARVEY, s. 1.

rumaktır. Yüksek Mahkeme'ye göre yürütme imtiyazının amacı, başkan ve danışmanlarının politika belirlerken ve karar verme sürecinde alternatifleri araştırırken açığa çıkma korkusu olmadan, özgür bir şekilde karar almalarını sağlamaktadır²¹. Yine Mahkeme'ye göre yürütme imtiyazı, vakıaların ve fikirlerin tam ve açık olarak sunulmasına imkân vererek, yürütmenin görevini etkin bir şekilde yerine getirebilmesini sağlamaktadır²². Yürütme organı içindeki müzakerelerin samimiyetinin ve gizliliğinin sağlanmasında kamu yararı vardır²³.

Yürütme imtiyazının bir diğer amacı da ulusal güvenliğin sağlanmasıdır. Örneğin 1944 yılında İkinci Dünya Savaşı sırasında Normandiya sahillerine iniş tarihinin veya yerinin ortaya çıkmaması için olağanüstü önlemler alınmıştır. Bunun gibi ulusal güvenliğin gerektirdiği durumlarda yalnızca Kongre karşısında değil, yürütme organı içerisinde bile bilgilerin gizli kalması zorunlu hale gelmektedir²⁴. Yürütme imtiyazı bazı durumlarda, hükümet sisteminin bir gereği olarak da kabul edilmektedir. Amerikan başkanlık sisteminde yürütme yetkisi yalnızca başkana aittir. Görevde bulunduğu sürece alınan kararların nihai sorumluluğu yürütme organının başı olan başkana aittir. Başkanın atadığı bakanları ve diğer danışmanları başkan dışında başka bir makama karşı sorumlu tutmak, hükümet sisteminin niteliği ile bağdaşmaz²⁵. Yürütme organının mevcut bir olay hakkındaki politika seçeneklerini açıklamaya zorlanması halinde, Kongre'nin tepkisi nedeniyle benimseyeceği politikayı değiştirmek zorunda kalması mümkündür. Bu durum hükümet sistemiyle oluşturulmaya çalışılan yasama/yürütme dengesini bozacaktır. Bu tür bilgilerin açıklanmasına izin vermek, yürütme organının gelecekteki müzakerelerine de zarar verecektir.

²¹ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep418/usrep418683/usrep418683.pdf>, erişim 04.03.2022, s. 708.

²² *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep433/usrep433425/usrep433425.pdf>, erişim 04.03.2022, s. 448-449.

²³ *United States v. Nixon*, s. 708; *Trump v. Mazars USA, LLP et al.* (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19-715_febh.pdf, erişim 01.04.2022, s. 13.

²⁴ COMMITTEE ON THE JUDICIARY, s. 424.

²⁵ COMMITTEE ON THE JUDICIARY, s. 424-425.

Yürütme imtiyazının temelinde karar alma sürecinin gizli olması esası vardır. Bu esas yasama ve yargı organları için de zaman zaman geçerli olabilmektedir. Örneğin Kongre komiteleri bir kanun tasarısına son halini vermek için toplandığında gizli oturum yapmaktadır. Yine yüksek mahkemelerinin yargıçları, belirli bir davada ulaşılabilecek sonucu tartışmak için kapalı oturumlar yapmaktadır. Yasama ve yargı organlarına sağlanan bu güvencelerden yürütme organının mahrum bırakılması düşünülemez. Zira yasama, yürütme ve yargı organlarının sağlıklı bir şekilde karar alma süreci eşit öneme sahiptir²⁶.

Kongre veya mahkemelerden gelen bilgi taleplerine karşılık yürütme imtiyazı ileri sürebilme yetkisinin varlığı, yürütmenin karşılaştığı çeşitli sorunların çözülmesinde etkili ve pratik bir yöntemdir. Ancak bu yetkinin kötüye kullanılabilmesi de mümkündür. Başka bir ifade ile imtiyaz iddiaları yönetimdeki başarısızlıkları, yolsuzlukları veya tartışmalı olabilecek çeşitli yürütme faaliyetlerini gizlemek amacıyla da kullanılabilir bir yetkidir²⁷. Watergate skandalında ortaya çıkan ve Başkan Nixon'ın istifasına sebep olan deliller, yürütme imtiyazının bizzat başkanın suiistimallerini gizlemek için kullanılabileceğini açık bir şekilde ortaya koymuştur.

C. Kongre'nin Bilgi Talep Etme ve Soruşturma Yetkisinin Hukuki Temelleri

Kongre gözetim ve denetim yetkisi kapsamında yürütme organından bazı belgeleri talep edebileceği gibi, ilgili kişilerin Kongre veya komiteler huzurunda ifade vermesini de isteyebilmektedir. Yasama ve yürütme organları arasında belli bir iş birliğini gerektiren bu tür durumlarda, yürütme organı taleplere genellikle olumlu cevap vermektedir. Ancak istisnai bazı hallerde yürütme organı, talep edilen bilgileri vermenin kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal edeceği gerekçesiyle yürütme imtiyazını ileri sürmektedir²⁸. Dolayısıyla Kongre'den gelen bilgi talepleri karşısında yürütme imtiyazının ileri sürülmesi, Kongre'nin gözetim ve denetim yetkisinin üzerinde bir sınırlama oluşturmaktadır. Bu nedenle yürütme imtiyazının anayasal temellerini açıklayabilmek için öncelikle,

²⁶ COMMITTEE ON THE JUDICIARY, s. 425.

²⁷ COX, s. 1433.

²⁸ Yürütme organının imtiyaz talepleri genellikle Kongre üyelerine bilgi verilmesine değil, bilgilerin tamamının dünya çapında ilgili tüm taraflara açıklanmasına yöneliktir. COMMITTEE ON THE JUDICIARY, s. 422.

Kongre'nin gözetim ve denetim yetkisinden bahsedilmesi gerekmektedir²⁹.

Demokrasilerde yasama organlarının temel görevlerinden birisi de yürütme organının faaliyetlerini denetlemektir. Meclis hükümeti sistemi ve parlamenter sistemde bu denetim yetkisi için anayasal bir dayanak aranmasına gerek yoktur. Zira yürütme organının yasama organı karşısında sorumlu olduğu bu sistemlerde, yasama denetimi bu sistemlerin zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak yürütme organının yasama karşısında sorumluluğunun bulunmadığı başkanlık sistemlerinde, yasamanın denetim yetkisinin başka gerekçelere dayandırılması gerekmektedir³⁰.

ABD hukukunda Kongre'nin gözetim ve denetim yetkisi³¹ kapsamında olan bilgi talep etme ve soruşturma yapma yetkisi Anayasa'da açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Kongre'nin bilgi talep etme ve soruşturma yapma yetkisi³², yasama yetkisi içerisinde var olduğu kabul edilen "zımnî bir anayasal yetki³³" olarak nitelendirilmektedir³⁴. Bu kap-

²⁹ Senaör Fulbright'ın Senato Yargı Komitesi huzurundaki şu ifadesi konuyu özetlemektedir: Yürütme imtiyazı modern haliyle "onurlu bir niyetten, Eisenhower yönetiminin yetkililerini merhum Senatör Mccarthy'nin saldırılarından koruma arzusundan doğdu. Bununla birlikte, 'tedavinin' hastalık kadar ölümcül olduğu kanıtlanmıştır, çünkü hem resmi hem de gayri resmi olarak başvuru yürütme imtiyazı, Kongre'nin soruşturma işlevini geçersiz kılmak için oldukça etkili bir araç haline gelmiştir. Ne mantıkta ne yasada ne de uygulamada, aynı anda etkin bir yasama denetimi yetkisi ve bilgi saklama konusunda mutlak bir yürütme takdir yetkisi mevcut olamaz. Kaçınılmaz olarak, biri diğerine yol vermek zorundadır ve tek soru hangisinden vazgeçileceğidir". COMMITTEE ON THE JUDICIARY, s. 24.

³⁰ ÖZBUDUN, Ergun, "İngiltere ve Amerika'da Meclis Tahkikatı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1-4, 1960, s. 220.

³¹ Kongre'nin gözetim ve denetim yetkisi kapsamında bilgi talep etme ve soruşturma, atamaların onaylanması, impeachment, vergilendirme ve bütçe gibi mekanizmalar vardır. Bu mekanizmalar hakkında genel bir bilgi için bkz. BİLGİN, Murat/ŞENCAN Hüdayi, "Kongrenin Denetim Araçları", ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, (Editör GÖKÇİMEN, Semra), TBMM Basımevi, Ankara, 2019, s. 177-209.

³² Bu yetki, Meclislerden biri adına hareket eden bir komite tarafından da kullanılabilir. *Tenney v. Brandhove*, 341 U.S. 367 (1951), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep341/usrep341367/usrep341367.pdf>, erişim 21.06.2022, s. 377-378.

³³ ABD Anayasasına göre Kongre'nin yetkileri, Federal sistemin de bir gereği olarak Anayasa'da sayılanlar ile sınırlıdır (Madde I, Bölüm 1). Ancak Anayasa'da Kongre'nin yetkileri sayıldıktan sonra, Kongre'ye bu yetkilerin "yerine getirilmesi (yürütülmesi) için gerekli ve uygun bütün yasaları yapmak" görevi vermiştir (Madde I,

samda Kongre görevlerini yerine getirmek için gerekli olan belgeleri talep etmekte, celpname göndermekte veya ilgili kişileri³⁵ tanıklığa zorlayabilmektedir. Kongre'nin soruşturma yetkisi (*Congressional power of investigation*) olarak da ifade edilen bu zımni yetki; Kongre'nin kişilerden sözlü veya yazılı bilgi talep etme ve iş birliği yapmayı reddedenleri cezalandırma yetkisi olarak tanımlanmaktadır³⁶. Kongrenin soruşturma

Bölüm 8). Kongre'nin yürütme organından bilgi talep etme hakkı da "uygun bütün yasaları yapma" yetkisinden türetilmektedir. Zira Kongre'nin kanun yapabilmesi için, uygulama hakkında bilgi sahibi olması gerekir.

³⁴ *McGrain v. Daugherty*, 273 U. S. 135 (1927), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep273/usrep273135/usrep273135.pdf>, erişim 24.04.2022, s. 175; *United States v. Rumely*, 345 U. S. 41, (1953), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep345/usrep345041/usrep345041.pdf>, erişim 04.03.2022, s. 46; *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep354/usrep354178/usrep354178.pdf>, erişim 24.04.2022, s. 187; *Eastland v. United States Servicemen's Fund*, 421 U.S. 491 (1975), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep421/usrep421491/usrep421491.pdf>, erişim 04.03.2022, s. 504; *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep360/usrep360109/usrep360109.pdf>, erişim 04.03.2022, s.111.

³⁵ Kongre'nin başkan hakkında böyle bir yetkisi olup olmadığı meselesinin tartışılması gerekmektedir. Kongre istisnai de olsa doğrudan başkandan bazı belgeler talep edebilmektedir. Ancak başkanın Kongre huzurunda ifade vermeye zorlanması farklı bir durumdur. ABD tarihinde Kongre hiçbir zaman görevdeki bir başkanı ifade vermeye zorlamak için celpname göndermemiştir. Ancak görevi esnasındaki bazı olaylar hakkında bilgi almak için eski başkanlara celpname gönderilmiştir. Örneğin John Tyler ve John Quincy Adams bu şekilde komiteler huzurunda ifade vermiştir. Kongre eski Başkan Harry Truman'ın ifadesini almak için girişiminde bulunmuş ancak başarılı olamamıştır. Geçmişte görevdeki başkanlar Kongre huzurunda ifade vermiştir. Ancak bu durum Kongrenin celpname çıkarması suretiyle değil, gönüllülük esası çerçevesinde veya siyasi baskılar neticesinde gerçekleşmiştir. Örneğin George Washington, Abraham Lincoln ve Gerald Ford Kongre huzurunda gönüllü olarak ifade vermiştir. Görevdeki bir başkanı Kongre huzurunda ifade vermeye zorlamak üzere çıkarılacak bir celpnameye uyulmaması halinde yaptırımların uygulanabilirliği ile ilgili de önemli sorunlar vardır. Bkz. WRIGHT, Andy, "Can Congress Subpoena Trump to Testify? November 27, 2018, <https://www.justsecurity.org/61535/congress-subpoena-trump-testify/>, erişim 15.06.2022.

³⁶ Bu kapsamda bilgi vermek ve tanıklık yapmaktan çekinen kişilerin bu eylemleri, Kongre faaliyetlerine engel teşkil eden fiiller olarak görülmüş ve Kongre'nin bu fiilleri cezalandırma yetkisine sahip olduğu kabul edilmiştir. 19. yüzyılda, bu fiillere hapis cezası dahi uygulanmıştır. Kongre, 1857'de Kongre'ye saygısızlığı federal bir suç olarak cezalandırmak için bir yargılama usulü oluşturmuştur. Soğuk Savaş dö-

yetkisi, yasama organının “görevlerinin ifasında kendisine faydalı olacak bilgileri toplamak maksadıyla tahkikatta bulunmasıdır”³⁷. Soruşturma yetkisi yasama organının asıl yetkilerini kullanmasına imkân sağlayan, bu yetkilerin kullanılmasının hazırlık safhasını oluşturan bir yetkidir³⁸.

Şüphesiz ki Kongre’nin başkana veya başkanlık personeline yönelik bilgi taleplerinin, diğer yürütme birimlerine yönelik bilgi taleplerinden daha önemli sonuçları olacaktır. Kongre’nin başkandan bilgi talep etmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile doğrudan ilgidir. Bu konuda bir tarafa mutlak bir güç vermek, o organın aşırı bir şekilde güçlenmesine sebep olacaktır. Yüksek Mahkeme de bir kararında yasama ve yürütme organları arasındaki anayasal çatışmalardan mümkün olduğunca kaçınılması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle Kongre ihtiyaç duyulan bilgileri başka kaynaklardan makul bir şekilde sağlayabiliyorsa, doğrudan başkanın bilgisine başvurmaması gerekir³⁹.

Yüksek Mahkeme Kongre’nin bilgi talep etme konusundaki bu zımnî yetkisini yasama yetkisinin “vazgeçilmez bir bileşeni” olarak kabul etmektedir⁴⁰. Zira yürütme organından bilgi alma imkânı olmayan

neminde Kongre komiteleri bu yetkisini, komünizme sempati duyabilecek kişileri ifşa etmek için kullanmıştır. Kongre soruşturma yetkisini, yasama faaliyetleri kapsamında kullanmadığından bu durum “teşhir amacıyla ifşa” olarak görülmüş ve eleştirilmiştir. 1950’li yıllarda Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarda Kongre’nin soruşturma yetkisinin geniş olmakla birlikte sınırsız olmadığını açıkça belirtmiştir (*Trump v. Mazars USA*, s. 11-12). Günümüzde bir Kongre komitesi önünde tanıklık yapmak veya belge sunmak üzere tanık olarak çağrılan herhangi birinin kasıtlı olarak bu çağrıya uymaması veya çağrıya uymasına rağmen soruşturma konusu herhangi bir soruyu yanıtlamayı reddetmesi kabahat olarak düzenlenmiştir. Bu durumda para cezası veya hapis cezası uygulanabilmektedir (2 U.S. Code § 192). Ancak son seksen yılda hapis cezasının uygulandığına ilişkin bir örnek yoktur. Ayrıca Kongre’ye saygısızlık olarak kabul edilen bu fiillerin kovuşturulmasına karar verme yetkisi Adalet Bakanlığı’ndadır. Örneğin, 2008’de iki Beyaz Saray yetkilisi hakkında suç duyurusunda bulunulmasından sonra Meclis Başkanlığına cevaben Başsavcı, Kongre’ye saygısızlık olarak kabul edilen bu fiilleri büyük bir jüri önüne getirmeyeceğini veya kovuşturma için başka bir işlem yapmayacağını” bildirmiştir. “Congressional Oversight”, s. 49-50.

³⁷ ÖZBUDUN, s. 219.

³⁸ ÖZBUDUN, s. 219.

³⁹ *Trump v. Mazars USA*, s. 19.

⁴⁰ Mahkeme’ye göre yasama organı, mevzuat ile etkilemeyi veya değiştirmeyi amaçladığı durumlar hakkında bilgi edinemezse “akıllıca veya etkili bir şekilde yasama yapamaz” (*Eastland v. United States Servicemen’s Fund*, s. 504). “Bilgi olmadan,

Kongre yasama yetkisini etkin bir şekilde kullanamaz. Mahkemeye göre bilgi edinme yetkisi geniştir. Bilgi edinme yetkisi Kongre'nin; (a) mevcut mevzuatın yanı sıra önerilen veya ihtiyaç duyulan yasalara ilişkin araştırma (b) sosyal, ekonomik veya politik sistemdeki kusurların düzeltmesini sağlamak amacıyla inceleme (c) yolsuzluk, verimsizlik veya israfı ortaya çıkarmak için Federal Hükümetin birimlerine yönelik tahkikat yapmasını kapsar⁴¹. Ancak, bu soruşturma gücü ne kadar geniş olursa olsun, sınırsız değildir⁴². Kongre soruşturmaları kişi hak ve hürriyetleriyle sınırlı olduğu gibi, Kongre bir kişiyi yargılamak, cezalandırmak veya kanunları uygulamak amacıyla bilgi talep edemez. Son olarak Kongre'nin gözetim ve soruşturma yetkileri, avukat-müvekkil gizliliği ve yürütme imtiyazı gibi bazı anayasal muafiyetler ile de sınırlıdır⁴³.

Mahkeme ayrıca Kongre'nin bilgi edinme yetkisinin içkin sınırlarının olduğunu da kabul etmiştir. Kongre'nin gözetim ve denetim yetkisinin içkin sınırları, kuvvetler ayrılığı temelinde ortaya çıkmaktadır. Kongre'nin bilgi edinme yetkisi yasama yetkisinin bir bileşeni olarak görüldüğünden, bilgi taleplerinin Kongre'nin Anayasa'da sayılan yetkilerinden birine dayandırılması gerekmektedir. Başka bir ifade ile Kongre, anayasal yetki alanlarıyla ilgili olduğu ölçüde, yalnızca kanun yapabileceği konularda yürütmeden bilgi talep edebilir. Kongre, münhasıran başkana ait anayasal yetkilerin kullanılmasıyla ilgili konularda kanun yapamayacağı için, bu tür konularda yürütmeden bilgi talep edemez. Örneğin Kongre, anayasal yetkileriyle yeterli bağlantı olmaksızın veya

Kongre karanlıkta ateş edecek ve akıllıca veya etkili bir şekilde yasa çıkaramayacaktır...Kongrenin bilgi edinme yetkisi genel ve vazgeçilmezdir". Soruşturma yetkisi kanun yapım sürecinde Kongre'ye sosyal, ekonomik veya politik sistemdeki kusurları araştırma imkânı sağlar (*Trump v. Mazars USA*, s. 11-12). Soruşturma yetkisi "yasama işlevi için zorunlu ve uygun" bir yardımcıdır (*McGrain v. Daugherty*, s. 174). Yasama gücünün kullanılmasında Kongre soruşturmalarının işlevi vazgeçilmezdir. *Watkins v. United States*, s. 215.

⁴¹ *Watkins v. United States*, s. 187.

⁴² *Watkins v. United States*, s. 187.

⁴³ *Trump v. Mazars USA*, s. 11-12; *Watkins v. United States*, s. 187-188, 199; LERMACK, Paul, "Congressional power of investigation and the Supreme Court", Salem Press Encyclopedia, 2020, <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ers&AN=95329560&lang=tr&site=eds-live>, erişim 06.04.2022; ROZELL, Mark J./SOLLENBERGER, Mitchel A., "Presidents: Executive Privilege" Encyclopedia of Public Administration and Public Policy, (Editors BEARFIELD, Domonic A./DUBNICK, Melvin J.), Routledge Taylor & Francis, New York, 2020, s. 2700.

af yetkisi gibi münhasıran Başkan'ın sorumluluğunda olan bir alanda bir bilgi talep ederse, bu durumda bilgi talebinin anayasal dayanaktan yoksun olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Yüksek Mahkeme de 1957 yılında verdiği bir kararla, Kongre'nin soruşturma yetkisinin geniş olmakla birlikte sınırsız olmadığını açıkça belirtmiştir. Bu davada Mahkeme, kişilerin tanıklığa zorlanabilmesi için Kongre'nin anayasal yetkileri kapsamında veya yasama faaliyeti çerçevesinde meşru bir amacının bulunması gerektiğine karar vermiştir⁴⁵. Bu nedenle Kongre yalnızca yasama faaliyetleri kapsamındaki bilgileri talep edebilmektedir. Ayrıca karara göre yasama yetkisi ile bilgi talebi arasındaki bağlantının genel nitelikte ve muğlak olmaması gerekir. Kongre'nin bilgi talebi ile ileri sürülen yasama amacı arasındaki bağlantının, belirli bir eşiği aşıp aşmadığı yargı organları tarafından değerlendirilmektedir.

Aslında yürütme imtiyazı gibi Kongre'nin bilgi talep etme yetkisinin de yasama yetkisi içerisinde "zımnî" olarak var olduğu kabul edilmektedir⁴⁶. Dolayısıyla ne Kongre'nin yasama süreci kapsamında bilgi elde etme yetkisi, ne de yürütmenin açıklanması halinde anayasal yükümlülüklerini yerine getirmesini engelleyebilecek bilgileri saklama yetkisi Anayasa'da açık bir şekilde ifade edilmiştir⁴⁷. Her iki yetki de büyük ölçüde geçmişteki uygulamalar ve yargı kararları ile şekillenmiştir. Kongrenin denetim yetkisi, zımnî bir yetki olmasına rağmen, Amerikan denge ve denetim sisteminin ayrılmaz bir parçası olarak kabul

⁴⁴ Af yetkisi kapsamındaki bilgiler için ileri sürülen bir yürütme imtiyazı hakkındaki OLC görüşü için bkz. "Assertion of Executive Privilege With Respect to Clemency Decision", 23 Op. OLC (September 16, 1999), <https://www.justice.gov/file/19476/download#:~:text=to%20sixteen%20individuals.-,Executive%20privilege%20may%20properly%20be%20asserted%20in%20response%20to%20a,therefore%20immune%20from%20compelled%20congressional>, erişim 31.05.2022, s. 1-2. Uluslararası ilişkiler ve ulusal savunma gibi konularda başkanın münhasır yetkileri vardır. Ancak Kongre silahlı kuvvetlerin örgütlenmesi, donatımı ve disiplini, savaş ilan etme gibi konularda açık yasama yetkisine sahiptir. Bu çerçevede başkan ve Kongre'nin yetki alanları zaman zaman örtüşebilmekte ve bu alanlar Kongre'nin bilgi taleplerine konu olabilmektedir. "Congressional Oversight", s. 19-21.

⁴⁵ Bkz. *Watkins v. United States*. s. 187 vd. Yüksek Mahkeme, 2020 yılındaki Trump v. Mazars davasında verdiği kararda, Kongre celplerinin "Kongrenin meşru bir göreviyle ilgili ve bu görevin devamı niteliğinde" olması gerektiğine ilişkin ilkeyi tekrar etmiştir. *Trump v. Mazars USA*, s. 18.

⁴⁶ SHAUB, s. 2.

⁴⁷ COMMITTEE ON THE JUDICIARY, s. 421.

edilmektedir⁴⁸. Buna karşılık yürütme imtiyazının kapsamı ve sınırları konusu tartışmalı olduğu gibi zaman zaman yürütme imtiyazının varlığı dahi tartışılmıştır.

D. Yürütme İmtiyazının Hukuki Temelleri ve Bu Konudaki Tartışmalar

ABD doktrininde yürütme imtiyazının varlığı, anayasal dayanağı ve yürütme imtiyazına ilişkin uyumsuzlukların nasıl veya kim tarafından çözümleneceği gibi meseleler tartışmalıdır. Bu konudaki argümanları temelde iki kategoride sınıflandırmak mümkündür. Bir görüş yürütme imtiyazını desteklemekte ve aleniyetin bazı durumlarda zararlı sonuçlarının olacağını ileri sürmektedir. Diğer bir görüş ise, yürütme imtiyazına karşı çıkmakta ve anayasa ve tarihsel uygulama açısından yürütme imtiyazının bir efsaneden öteye gitmeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak bu tartışma günümüzde güncelliğini yitirmiştir. Zira günümüzde yürütme imtiyazının varlığından ziyade kapsamı ve sınırları tartışılmaktadır. Doktrin ve uygulamada genellikle yürütme imtiyazı doktrininin varlığının yürütmenin işleyişi için gerekli olduğu kabul edilmektedir⁴⁹.

Yasamanın bilgi talepleriyle ilgili olarak ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümünde yargı organlarının rolü konusu da tartışmalıdır. Bir görüş Kongre'nin bilgi ihtiyacı ile yürütmenin gizlilik menfaatlerinin dengelenmesi suretiyle, yasama ve yürütme organları arasındaki uyumsuzlukların yargı organları tarafından çözülebileceğini kabul etmektedir. Diğer bazı görüşler ise, yargının yürütme imtiyazına ilişkin anlaşmazlıkları kısmen veya tamamen çözmekten kaçınması gerektiğini savunmaktadır. Bu başlık altında yürütme imtiyazı konusundaki bu tartışmalara kısaca değinilecektir.

Yürütme imtiyazını destekleyen görüşler, yürütme imtiyazının Anayasa'nın II. maddesinden kaynaklanan zımni bir başkanlık yetkisi olduğunu kabul etmektedir⁵⁰. Yürütme imtiyazı Başkanın Anayasa'nın

⁴⁸ Eski Amerikan Başkanlarından Harry S. Truman, soruşturma yetkisinin önemini şu şekilde belirtmiştir: "Fikrimce tahkikat yetkisi, Kongrenin yetkilerinin en önemlilerinden biridir. Bu yetkinin kullanılış tarzı, Kongrenin müstakbel durum ve itibarını tâyinde geniş ölçüde müessir olacaktır. Bilgili bir Kongre, dirayetli bir Kongredir; bilgisiz bir Kongre ise, halkın saygı ve güvenini muhakkak ki büyük nisbette kaybedecektir". ÖZBUDUN, s. 219.

⁴⁹ GENOVESE, Michael A./SPITZER, Robert J., *The Presidency and the Constitution: Cases and Controversies*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, s. 99.

⁵⁰ ROZELL, 1999, s. 920; COX, s. 1386.

II. maddesindeki görevlerini yerine getirebilmesi⁵¹ ve yürütme organının düzgün işleyişi için gereklidir⁵². Yürütme imtiyazına konu olacak bilgi ve belgelerin kapsamı konusunda farklı görüşler olmakla birlikte özellikle ulusal güvenlik ve dış politika konusunda bir uzlaşma vardır. Zira başkanların özellikle ulusal güvenliğin korunmasında ve dış politika müzakerelerinde samimi tavsiyeye ve hareket alanına ihtiyacı vardır⁵³. Bishop ise, dış politika ve ulusal güvenlik meselelerin yürütülmesinde olduğu gibi yasaların etkili bir şekilde uygulanması için de gizliliği esas olarak görmektedir⁵⁴. Zira başkanlar ve bakanlarının, her açıklamalarının kamuoyuna açıklanabileceğinden endişe etmeden, müzakere edebilmeleri gereklidir. Ayrıca Anayasa'yı hazırlayanların yürütme organının gizliliğini sağlamayı amaçladıkları da ileri sürülmüştür⁵⁵. Sofer, başkanın Kongre veya mahkemeler tarafından talep edilen bilgileri alı-

⁵¹ SCHMITT, Gary J., "Executive Privilege: Presidential Power to Withhold Information from Congress", *Presidency in the Constitutional Order* (Editors, BESSETTE, Joseph M./TULIS, Jeffrey), Transaction Publishers, New Jersey, 1981. s. 176.

⁵² Nasıl ki hiçbir vatandaş veya ticari kuruluş işini sürekli kamu denetimi altında yürütemiyorsa, yargıçlar, yasa koyucular veya üst düzey yetkililer de tüm kamu işlerini sürekli kontrol altında yürütemezler. Hükümet etme işinin önemli bir kısmı, politikanın oluşturulması ve başkana veya kurum başkanlarına tavsiye verilmesi ile ilgilidir. Eğer düzenli bir hükümet sistemi olacaksa, bölümler arası notlar, tavsiye görüşleri, astların tavsiyeleri, gayri resmi çalışma kağıtları, personel dosyalarındaki materyaller ve benzerleri ifşa edilemez. ROGERS, William P. "Constitutional Law: The Papers of the Executive Branch", *American Bar Association Journal*, Vol. 44, No. 10, 1958, s. 941-942.

⁵³ ROZELL, 1994, s. 46. Yürütmenin özellikle dış ilişkiler bilgilerini Kongre'den saklamak için nitelikli bir ayrıcalığa sahip olduğu görüşü için bkz. BALDWIN, Gordon B. "The Foreign Affairs Advice Privilege", *Wisconsin Law Review*, 1976, p. 16-46.

⁵⁴ BISHOP, Joseph W., "The Executive's Right of Privacy: An Unresolved Constitutional Question", *The Yale Law Journal*, Vol. 66, No. 4, 1957, s. 486-487.

⁵⁵ ROZELL, 1994, s. 19-28; SCHMITT, s. 162-176. Bu görüş, gizliliğin başkanın bir özelliği olduğu yönündeki Federalist Makaleler'de yer alan iki paragrafa dayandırılmaktadır. Prakash'a göre bu argümanı destekleyen çok az kanıt vardır. Ona göre bu ifadeler yalnızca tek bir yöneticinin niteliğini açıklamaktadır, yürütmeye gizlilik konusunda anayasal bir hak vermemektedir. PRAKASH, Saikrishna Bangalore, "A Critical Comment on the Constitutionality of Executive Privilege", *Minnesota Law Review*, Vol. 83, No. 5, 1999, s. 1176-1177. Kitrosser de yetersiz tarihsel kanıtların yürütme imtiyazını desteklemediği sonucuna ulaşmıştır. KITROSSER, Heidi, "Secrecy and Separated Powers: Executive Privilege Revisited", *Iowa Law Review*, Vol. 92, 2007, s. 512.

koyma yetkisinin olduğunu, ancak bu yetkinin sınırsız olmadığını ileri sürmüştür⁵⁶.

Yürütme imtiyazına karşı argümanlar ise I ve II. maddelerin içeriği ve tarihsel uygulama ile temellendirilmektedir. Bu kavram Anayasa'da açık bir şekilde düzenlenmediği için bazı yazarlar yürütme imtiyazının olmadığını kabul etmektedir⁵⁷. Yürütme imtiyazının demokrasi ve hukukun üstünlüğü kavramını ihlal ettiği ve anayasa yapıcılarının amaçları ile bağdaşmadığı da ileri sürülmüştür⁵⁸. Buna göre Kongre'nin bilgiye erişimi, yürütmenin şeffaflığını ve hesap verilebilirliğini sağlayarak demokrasiyi geliştirecektir. Kitrosser, Anayasaya göre yürütme imtiyazı diye bir şeyin olmadığı ve mahkemelerin yürütme imtiyazı iddialarını kabul etmemesi gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁹. Ona göre, yürütme imtiyazı başkanın denge ve denetim sürecinden muaf tutulması anlamına gelir ve bunun anayasal bir demokraside yeri yoktur⁶⁰. Berger, tarihsel uygulama ve teoriye dayanarak, yürütme imtiyazının anayasal bir "efsane" olduğunu ve yürütme organının Kongre'nin taleplerine uyması gerektiğini savunmaktadır⁶¹. Berger ayrıca, Kongre'ye bilgi vermenin başkanın birincil yükümlülüğü olduğunu ileri sürmüştür. Zira Anayasaya göre başkanın "zaman zaman Kongreye Birliğin durumu hakkında bilgi verme" yükümlülüğü vardır ve bu görev bir sınırlamaya tabi değildir⁶² (Anayasa madde II, Bölüm 3). Berger ayrıca anayasa yapıcılarının çok güçlü bir yöneticiden korktuğunu ve kurucuların yöneticiye asla bilgi saklama yetkisi vermeyeceklerini de ileri sürmüştür⁶³. Prakash, yürütme imtiyazının özellikle dışişleri konusunda bir gereklilik olduğu-

⁵⁶ SOFAER, Abraham D., "Executive Power and the Control of Information: Practice Under the Framers", Duke Law Journal, Vol. 1977, No. 1, s. 48.

⁵⁷ PRAKASH, s. 1143-1190; KITROSSER, s. 493-496; BERGER, s. 1. Bu görüşün en önemli savunucularından Berger'e göre Kongre'nin soruşturma gücü mutlak ve yürütme imtiyazı yetkisi meşru değildir. Genel olarak bkz. BERGER.

⁵⁸ HUQ, Aziz, "Executive Privilege' is a New Concept Built on a Shaky Legal Foundation", May 10, 2019, https://www.washingtonpost.com/outlook/executive-privilege-is-a-new-concept-built-on-a-shaky-legal-foundation/2019/05/10/fa92b82e-7292-11e9-9eb4-0828f5389013_story.html, erişim 15.04.2022.

⁵⁹ KITROSSER, s. 493-496.

⁶⁰ KITROSSER, s. 542.

⁶¹ BERGER, s. 1.

⁶² BERGER, s. 37-38.

⁶³ BERGER, s. 49-51, 58-59.

nu kabul etmekle birlikte, anayasal olarak düzenlenmediği için başkan tarafından bir hak olarak kullanılmayacağını kabul etmektedir⁶⁴.

Son olarak, Kongre ile Başkan arasındaki yürütme imtiyazı anlaşmazlıklarının yargısal denetim ile çözülüp çözülemeyeceği meselesine değinmekte fayda vardır. Bu konudaki hâkim görüş, mahkemelerin bu sürecin dışında kalması ve organlar arasındaki bu uyuşmazlığın siyasi süreç içerisinde müzakere edilerek çözülmesi gerektiği yönündedir⁶⁵. Ancak yasama ve yürütme organları arasındaki bu tür çatışmaların çözümünde mahkemelerin önemli bir rol oynaması gerektiği yönünde de görüşler vardır⁶⁶. Örneğin Berger, yürütme imtiyazı konusundaki

⁶⁴ PRAKASH, s. 1147-1148. Prakash'a göre, Federal devlet yalnızca Anayasanın kendisine verdiği yetkilere sahiptir. Anayasa yasama muafiyetleri konusunda federal devleti yetkilendirmiştir. Buna karşılık Anayasa, yürütme imtiyazını açık bir biçimde düzenlememektedir. PRAKASH, s. 1151-1152.

⁶⁵ COX, s. 1424; ROZELL, Mark J., *Executive Privilege: The Dilemma of Secrecy and Democratic Accountability*, Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, s. 7; PETERSON, Todd D. "Contempt of Congress v. Executive Privilege", *Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, s. 151; DINH, Viet D. "Book review: Executive Privilege: The Dilemma of Secrecy and Democratic Accountability, By Mark J. Rozell", *Constitutional Commentary*, Vol. 13, Number 3, 1996, s.357; JOHNSON, Dawn E., "Executive Privilege Since United States v. Nixon: Issues of Motivation and Accommodation", *Minnesota Law Review*, Vol. 83, 1999, s. 1139. Doktrindeki hâkim görüş bu şekilde olmakla birlikte, her yazarın farklı argümanları vardır. Örneğin Rozell bazı durumlarda yargı denetiminin gerekli olduğunu kabul etmektedir. (ROZELL, 1994, s. 7). Devins yargının yürütme imtiyazı tartışmalarına halihazırda olduğundan daha fazla karışmaması gerektiğini ve herhangi bir yargı müdahalesinin anlaşmazlığın esasını çözmekten ziyade taraflar arası müzakereyi teşvik etmeye odaklanması gerektiğini savunmaktadır. (DEVINS, Neal, "Congressional-Executive Information Access Disputes: A Modest Proposal-Do Nothing", *Administrative Law Review*, Vol. 48, No. 1, 1996, s. 109-110; 130-131). Fisher, yürütme imtiyazı anlaşmazlıklarının çözümünde, Kongre ile yürütme organları arasındaki siyasi yarışmanın genellikle etkili olduğunu, mahkemelerin daha fazla katılımının yapıcı veya yardımcı olacağını düşünmek için hiçbir neden olmadığını belirtmektedir. (FISHER, Louis, "Congressional Access to Information: Using Legislative Will and Leverage", *Duke Law Journal*, Vol. 52, No. 2, 2002, s. 401).

⁶⁶ LIEBERMAN, Ronald M. "Executive Privilege", *University of Toronto Faculty of Law Review*, Vol. 33, No. 2, Summer 1975, s. 185; O'NEIL, David A. "The Political Safeguards of Executive Privilege", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 60, No. 4, 2007, s. 1083. Sofaer'e göre, yargının yürütme imtiyazı konusundaki kurumsal yetersizlikleri gidermek için dayanabileceği açık bir anayasal ilke yoktur. Mahkemeler faydalı bir rol oynayabilse de aslında daha temel değişiklikler yapılması gerekir. Yasama prosedürlerinde, yasama organının politika planlamasına daha aktif bir şekilde katılımını sağlayacak değişiklikler yapılmalıdır. Ayrıca mahkemeler, yasama organının yürütmeden bilgi talep etme yetkisine ilişkin kesin tespitler yapmaktan uzak

uyuşmazlıkların çözümünde en iyi yöntemin yargı denetimi olduğunu kabul etmektedir. Yasama veya yürütme siyasi nitelikte olduğu için onlar tarafından geliştirilen herhangi bir çözüm de taraflı ve dolayısıyla yetersiz olacaktır. Yargı organları bağımsız ve tarafsız oldukları için uyuşmazlığın çözümü konusunda daha güvenilir olacaktır⁶⁷.

İlk görüş herhangi bir bilgi uyuşmazlığı konusunda kendi anayasal menfaatlerini ve bu uyuşmazlığın olası sonuçlarını en iyi takdir edecek makamın Başkan ve Kongre olduğu esasına dayanmaktadır. Böylelikle anayasanın da öngördüğü denge ve denetim mekanizması sayesinde her organ anayasal gücünün ve uyuşmazlığın siyasi sonuçlarının farkında olarak çözümü sağlayacaktır. Her organ uyuşmazlığı devam ettirme veya sonlandırma konusunda kendisi karar verecektir. Bu görüşe göre, böylesine bir mücadeleye yargı organlarının müdahalesi olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Zira yargıçlar siyasi aktörler olmadıklarından, Kongre'nin ve Başkanın anayasal menfaatlerini yeterli bir şekilde değerlendiremeyebilirler⁶⁸. Yargı organlarının yürütme imtiyazına ilişkin uyuşmazlıklarda itidalli davranması gerekir⁶⁹. Bu görüşe göre yargı

durmalıdır. Ancak mahkemeler, en azından yürütmenin belgeyi saklama konusunda meşru bir gerekçesinin olup olmadığını belirleme yetkisine sahip olmalıdır. SOFAER, s. 54-57.

⁶⁷ BERGER, s. 382.

⁶⁸ SCHMITT, s. 181; PETERSON, Todd D., "Prosecuting Executive Branch Officials for Contempt of Congress", *New York University Law Review*, Vol. 66, 1991, s. 626. Bush'a göre yarışan bu menfaatlerin belirlenmesinde, Kongre ve başkan yerine yargı organlarını ikame etmenin olumsuz sonuçları olacaktır. BUSH, Joel D. "Congressional Executive Access Disputes: Legal Standards and Political Settlements", *Journal of Law and Politics*, Vol. 9, Summer 1993, s. 745-747. Yargıçlar belirli bir anlaşmazlıkta anayasal dengeyi mükemmel bir şekilde sağlasalar bile, çabaları yarardan çok zarar getirecektir (DEVINS, s. 110). Çünkü kararlardaki görüşler temel olarak istikrarı bozacak ve organlar arasında devam eden dinamiklere zarar verecektir. Gelecekteki anlaşmazlıklar için standartlar belirlemek gelecekteki muhtemel siyasi uzlaşma yöntemleri için caydırıcı olacaktır. (CLAVELOUX, Ronald L., "The Conflict Between Executive Privilege and Congressional Oversight: The Gorsuch Controversy", *Duke Law Journal*, Vol. 1983, s. 1350; BUSH, s. 746). Bu konudaki herhangi bir bağlayıcı tanım, yürütme ve yasama organlarının görece siyasi gücünü ve etkinliğini büyük ölçüde etkileyebilir. COX, s. 1426.

⁶⁹ Yasama ve yürütme organları arasında kuvvetler ayrılığı konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü konusunda bazı istisnai haller dışında yargı organlarının rolünün sınırlı olması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. PEABODY, Bruce G./NUGENT, John D., "Toward a Unifying Theory of the Separation of Powers", *American University Law Review*, Vol. 53, No. 1, s. 36-42. Sofaer'e göre de yargının yürütme imtiyazı konusundaki kurumsal yetersizlikleri gidermek için dayanabile-

organları bu tür uyuşmazlıkları siyasi meseleler olarak ele almalı ve esaslarına değinmekten kaçınmalıdır. Zira yürütme imtiyazı tartışmaları nihayetinde yasama veya yürütme organlarının siyasi takdirini denetlemek anlamına gelmektedir ve yargı organlarının böyle bir karar verebilmesi mümkün değildir⁷⁰. Uygulama da bu görüşü destekler niteliktedir. Zira aşağıdaki başlık altında açıklanacağı gibi, yasama ve yürütme organları arasındaki bilgi talepleri nedeniyle yaşanan uyuşmazlıklar çoğunlukla bir davaya konu olmadan siyasi süreç içerisinde çözümlenmiştir⁷¹.

Günümüzde kapsam ve sınırları tartışmalı olmakla birlikte yürütme imtiyazı doktrininin varlığı genel olarak kabul edilmektedir. Özellikle Yüksek Mahkemenin Birleşik Devletler/Nixon davasında verdiği kararlarla birlikte bu yetkinin hukuki bir dayanağa kavuşturulduğu kabul edilmiştir. Yürütme organı zaman içinde yetkinin kapsamını genişleterek yürütme imtiyazına başvurmuştur. Yürütme imtiyazı konusunda Anayasa'da bir düzenleme olmaması nedeniyle hem uygulama hem de yargı kararları bu doktrinin gelişmesinde önemli rol oynamıştır.

ceği açık bir anayasal ilke yoktur. Mahkemeler faydalı bir rol oynayabilse de meselelerin çözümü için daha esaslı değişiklikler yapılması gerekir. Yasama prosedürlerinde, yasama organının politika planlamasına daha aktif bir şekilde katılımını sağlayacak değişiklikler yapılmalıdır. Ayrıca mahkemeler, yasama organının yürütmeden bilgi talep etme yetkisine ilişkin kesin tespitler yapmaktan uzak durmalıdır. Ancak mahkemeler, en azından yürütmenin belgeyi saklama konusunda meşru bir gerekçesinin olup olmadığını belirleme yetkisine sahip olmalıdır. SOFAER, s. 54-57.

⁷⁰ DINH, 353; COX, s. 1426-1427.

⁷¹ Bu konuda Yüksek Mahkeme 2020 yılındaki Trump v. Mazars USA davasına kadar herhangi bir karar vermemiştir. Kolombiya Bölge Mahkemesi'nin Yargı Komitesi/Miers davasında verdiği karar ve sonuçları bu tür anlaşmazlıkların mahkemeler tarafından çözülmesinin Amerikan siyasetine önemli zararlar verdiğini de ortaya koymaktadır. Eski Beyaz Saray Danışmanı Miers ve Genelkurmay Başkanı Bolten, yürütülen bir soruşturma kapsamında bir kongre komitesi tarafından verilen celpnameye uymayı reddettikten sonra, Temsilciler Meclisi'nde Kongre'ye saygısızlık nedeniyle suçlanmıştır. Meclis daha sonra, bu kararı uygulamak için farklı bir yöntem seçmiştir. Meclis Yargı Komitesi açtığı davada, Miers ve Bolten'in Kongre'ye saygısızlık ettiklerine dair bir tespit kararı ile onların mahkeme celplerine uymalarını emreden bir tedbir kararı talep etmiştir. Bölge Mahkemesi Meclis lehine karar vermiş, ancak bu karar daha sonra durdurulmuş ve taraflar arasında bir uzlaşmaya varılmıştır. Chafetz'e göre Kongre Miers anlaşmazlığında yargısal çözüm yollarına başvurmakta hata yaptığı gibi, Mahkeme de davayı haklı bulmakta hata yapmıştır. Miers kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CHAFETZ, Josh, "Executive Branch Contempt of Congress", The University of Chicago Law Review, Vol. 76, No. 3, s. 1083.

Ancak yargı organları, kuvvetler ayrılığı ile ilgili bu tür davalarda çekingen davranmıştır⁷². Mahkemeler yürütme imtiyazına ilişkin bir mesele gündeme geldiğinde kararlarında daha çok usulî sebeplere dayanmaya çalışmış ya da tarafları uzlaşmaya yönlendirmiştir. Esasa ilişkin olarak verilen kararlar ise, mevcut davalar dışında uygulanabilirliği olmayan dar kararlardır⁷³.

Yürütme imtiyazı doktrininin temelinde kuvvetler ayrılığı düşüncesi vardır. Kuvvetler ayrılığı ise özellikle yasama ve yürütme kuvvetleri arasında bir güç dengesinin kurulmasını sağlamak için bazı araçların bulunmasını gerektirmektedir. Örneğin Kongre, kabul edeceği bir kanunla yürütme imtiyazı yetkisinin kullanılmasını sınırlandırabilir. Yine yürütme imtiyazı iddiaları karşısında impeachment, bütçenin onaylanması veya atamaları onaylama yetkisi gibi diğer denge ve denetim mekanizmalarından faydalanabilir. Örneğin Başkan Nixon döneminde bir

⁷² Bishop mahkemelerin bu konudaki çekingen tutumunu “akrobatik çeviklik” olarak nitelendirmiştir. BISHOP, s. 485.

⁷³ *United States v. House of Representatives of United States* kararında Kolombiya Bölge Mahkemesi, bu davaya konu olan uyuşmazlık siyasi nitelikte olduğu ve açıkça zor anayasal soruları gündeme getirdiği için, koşullar yargı müdahalesinin gerekli olduğunu gösterene kadar Mahkeme'nin bu sorunları ele almaması gerektiği belirtilmiştir. Bu zorluklar yasama ve yürütme organlarını, daha fazla yargı müdahalesi olmadan uyuşmazlığı çözmeye teşvik etmelidir. Tarafların amacı çatışma yerine uzlaşma ve iş birliği olmalıdır. (*United States v. House of Representatives of United States*, 556 F. Supp. 150, US District Court for the District of Columbia, 1983, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/556/150/2390105/>, erişim 22.04.2022). *United States v. AT&T* kararında ise mahkeme, hem esasa ilişkin bir hüküm vermekten hem de siyasi mesele doktrini gerekeç göstererek çekimser kalmaktan kaçınmıştır. Mahkeme yürütme imtiyazı iddiasının esası hakkında karar vermeden önce, Kongre ile yürütme organı arasındaki tüm müzakerelerin tüketilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu davada esasa ilişkin karar vermekten kaçınmanın bir yolu olarak taraflara müzakere yöntemi önerilmiştir. *United States v. AT&T* kararı hakkında bilgi için bkz. REICH, Yaron Z., “United States v. AT&T: Judicially Supervised Negotiation and Political Questions”, *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 3, 1977, s.466-494. Siyasi mesele doktrini, mahkemelerin yasama veya yürütme organının takdir yetkisi kapsamında gördüğü konularda esasa ilişkin karar vermekten kaçınarak, konuyu yargı denetimi dışında tutmasıdır. Bu doktrinin temelinde kuvvetler ayrılığı düşüncesi vardır. Çatışan anayasal kuvvetleri dengelemek ve meseleyi çözmek için yargısal standartların olmadığı, meselenin siyasi takdir kapsamında olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. REICH, s. 484-485. Siyasi mesele doktrini hakkında Türk hukukunda yapılmış bir çalışma için bkz. ÖZTÜRK, Fatih, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?* Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.

Senato komitesi, bilgiye erişim konusundaki uyuşmazlık çözülmüncye kadar Başkanın atamalarını onaylamamış, neticede Nixon Senato'nun taleplerini kabul etmek zorunda kalmıştır⁷⁴. Ancak bu araçların türleri ve etkililikleri göz önüne alındığında çoğu zaman yürütme organının avantajlı bir konumda olduğu da görülmektedir. Yürütme imtiyazı doktrini nedeniyle de denge genellikle yürütme organının lehine olacak şekilde değişmektedir. Bu konudaki ABD uygulaması da yasama ve yürütme organları arasında bir gerilim olduğunda, yürütme imtiyazı doktrininin başkanlar lehine sonuç verdiğini ortaya koymaktadır. Zira Başkanların Kongreyle açık bir şekilde çatıştığı durumlarda, Kongre'nin yürütme imtiyazı iddialarını aşması zor hatta imkânsız olmaktadır⁷⁵.

II. YÜRÜTME İMTİYAZININ TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Kongre'nin Bilgi Talepleri Karşısında Yürütme İmtiyazının Ortaya Çıkışı

Kongre'nin Başkanlardan bilgi talep etmesi tarih boyunca pek çok kez gündeme gelmiştir. Başkanlar çoğu zaman belirli bilgilerin açıklanmasının yol açacağı somut zararları gerekçe göstererek bilgi veya belgeleri açıklamayı reddetmiştir. Ancak bu konu Trump v. Mazars USA davasına kadar Yüksek Mahkeme'nin gündemine gelmemiştir⁷⁶. Bu mesele yasama ve yürütme organları arasında uzlaşma yoluyla çözülmüştür. Kongre denetimi bağlamında yürütme imtiyazına ilişkin Yüksek Mahkeme içtihadının bulunmaması nedeniyle tarihi emsallerin incelenmesi zorunlu hale gelmektedir. Günümüzde hem yasamanın hem de yürütme organının yürütme imtiyazı doktrinini açıklamak ve kendi anayasal argümanlarını ortaya koymak için tarihsel uygulamayı esas alması da konunun önemini ortaya koymaktadır⁷⁷.

Yasama ve yürütme organları arasında zaman zaman yaşanan bu gerilimlerin tarihi Cumhuriyetin ilk yıllarına kadar dayanmaktadır. Her ne kadar doğrudan yürütme imtiyazı kavramı kullanılmasa da George Washington'un başkanlığından itibaren, yürütme organının Kongreye veya mahkemelere bilgi verme görevinin niteliği ve kapsamı hakkında tartışmalar yaşanmıştır. Bu konudaki ilk örnek 1792 yılında bir Meclis komitesinin, Kızılderililere karşı yürütülen ve başarısızlıkla sonuçlanan

⁷⁴ ROZELL/SOLLENBERGER, s. 2701.

⁷⁵ SHAUB, s. 28.

⁷⁶ *Trump v. Mazars USA*, s. 7.

⁷⁷ SHAUB, s. 76.

bir sefere ilişkin bilgileri yürütme organından talep etmesiyle ortaya çıkmıştır⁷⁸. Kongre'den ilk defa bu şekilde bir talep geldiği için Başkan Washington, vereceği cevabın "bir emsal haline" gelebileceği gerekçesiyle konuyu Kabine toplantısında görüşmeyi uygun bulmuştur. Kabinede⁷⁹ oybirliği ile alınan karara göre, Meclis'in "soruşturma başlatma" ve "belge talep etme" yetkisi vardır. Ancak bu durum başkanın takdir yetkisi kapsamındadır ve başkan kamu yararının izin verdiği hallerde belgeleri verip diğer durumlarda Meclis'in talebini reddetmelidir⁸⁰. 1796 yılında da Temsilciler Meclisi, Büyük Britanya ile müzakere edilen bir anlaşmayla ilgili yürütülen bir soruşturma kapsamında, Başkan George Washington'dan bazı belgeler istemiştir. Washington, yürütme imtiyazı kavramını kullanmadan, başkan ve danışmanları arasındaki özel iletişimin gizli kalması gerektiği gerekçesiyle bu talebe uymayı reddetmiştir⁸¹.

1807 yılının başlarında bir Meclis komitesi, Başkan Yardımcısı Aaron Burr'ın da dahil olduğu ABD'ye karşı komplo iddiaları hakkında Başkan Thomas Jefferson'dan bilgi talep etmiştir. Jefferson, Burr ile ilgili tüm bilgileri vermiş ancak diğer isimleri ve belgelerin büyük bir kısmını vermemiştir. Başkan komplonun "baş aktörü" Aaron Burr dışındaki isimlerin ve diğer yazışmaların açıklanmasında kamunun bir menfaati olmadığı gerekçesiyle bilgi talebini reddetmiştir⁸². Başkan James Monroe ise, bir subaya yönelik suçlamalar hakkındaki Kongre'nin bilgi talebini, belgelerin açıklanmasının subay hakkında yürütülen soruşturmalara zarar verebileceği gerekçesiyle reddetmiştir⁸³. Andrew Jackson, Amerika Birleşik Devletleri Bankası ile olan ilişkilerinin Kongrece araştırılması üzerine, ilk defa yürütmenin anayasal yetkilerine atıf yaparak belgeleri açıklamayı reddetmiştir⁸⁴. Yine Kongre'nin bilgi talebiyle karşı karşıya kalan Başkan Theodore Roosevelt, bu belgeleri verebilmesinin tek yolu-

⁷⁸ *Trump v. Mazars USA*, s. 8.

⁷⁹ Kabinede Alexander Hamilton, Thomas Jefferson, Edmund Randolph ve Henry Knox gibi isimler yer almaktadır. *Trump v. Mazars USA*, s. 8; SHAUB, s. 73.

⁸⁰ *Trump v. Mazars USA*, s. 8; SHAUB, s. 73.

⁸¹ DENAULT, Robert J., "Not a King: President Trump and the Case for Presidential Subpoena Reform", *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy Sidebar*, Vol. 16, 2021, s. 146.

⁸² SHAUB, s. 74-75.

⁸³ SHAUB, s. 75.

⁸⁴ HUUQ, 2019.

nun impeachment usulünün kullanılması olduğunu belirtmiştir⁸⁵. Başkan Reagan yönetimi sırasında bir Meclis komitesi, İçişleri Bakanlığı'nun bir kararıyla ilgili tüm belgelerin verilmesini istemiştir. Başkan Reagan, astlarıyla olan gizli görüşmelerini içeren bazı belgelerin verilmemesine karar vermiştir. Kongre'nin İçişleri Bakanı hakkında kınama kararı almasının ardından bir uzlaşma sağlanmıştır. Buna göre komitenin tüm belgeleri, fotokopi alınmaması ve Kongre üyesi olmayanların katılması şartıyla, yalnızca bir gün içinde incelemesine imkân tanınmıştır⁸⁶. Görüldüğü gibi tarihsel örnekler, Kongre'nin başkandan bilgi talep etme yetkisinin sınırsız olmadığını ve başkanların bilgilerin açıklanmasının neden olabileceği somut bir zarara dayanmak şartıyla bu taleplere uyup uymama konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğunu ortaya koymaktadır⁸⁷.

Yüksek Mahkeme Kongre denetimi bağlamında yürütme imtiyazına ilişkin olarak ilk defa 2020 yılında Trump v. Mazars USA davasında bir karar vermiştir. Bu dava Kongre'nin özel kişilere bir celpname göndererek, Başkanın özel mali kayıtlarını istemesi üzerine verilen yerel mahkeme kararlarına karşı açılmıştır. Yüksek Mahkeme, Kongre'nin bu taleplerinin yasama faaliyetiyle bağlantılı olup olmadığının yeterince incelenmediğini belirterek, yerel mahkemelerin kararlarını bozmuştur⁸⁸.

⁸⁵ SHAUB, s. 75.

⁸⁶ *Trump v. Mazars USA*, s. 9.

⁸⁷ SHAUB, s. 76.

⁸⁸ Üç Kongre komitesi bazı banka ve muhasebe firmalarına (Mazars USA LLP, Deutsche Bank ve the Capital One Financial Corporation) celpname göndererek, Başkan Trump'ın, aile üyelerinin ve bağlı işletmelerinin mali kayıtlarını da içeren bazı belgeler talep etmiştir. Komiteler talep edilen bu bilgilerin kara para aklama, terörizm ve yabancıların ABD seçimlerine müdahalesi gibi alanlarda yapılacak bir yasama reformuna rehberlik edeceği gerekçesine dayanmıştır. Başkan Trump çocukları ve bağlı işletmeleriyle birlikte kişisel olarak hareket ederek, Federal Bölge Mahkemesinden celpnamenin iptal edilmesini talep etmiştir (*Trump v. Mazars USA*). Başkan Trump, celpnamelerin meşru bir yasama amacından yoksun olduğu, Kongre'nin kanun uygulayıcı gibi hareket ederek kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettiği ve celpname yetkisini Başkan taciz etmek için kullandığı gerekçelerine dayanmıştır (DENAULT, s. 152-153). Yerel mahkemeler Temsilciler Meclisi komiteleri lehinde kararlar vermiştir. Yerel mahkemeler bu tür özel bilgilerin kuvvetler ayrılığı ile ilgili bir mesele ihtiva etmediğini belirtmiş, talep edilen bilgilerin meşru bir yasama amacına yönelik olduğunu kabul etmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme alt mahkemelerin konunun kuvvetler ayrılığı ile ilgili olmadığı yönündeki görüşüne katılmamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, belgelerin yürütme organından değil de özel kişilerden istenmiş olması, talep edilen belgelerin özel nitelikte olması ve Baş-

Yüksek Mahkeme'ye göre yerel mahkemeler kararlarında, Kongre'nin taleplerinin geçerli bir yasama amacı taşıyıp taşımadığı veya başkanlık faaliyetlerinin gereksiz müdahaleler karşısında yeterince korunup korunmadığı gibi kuvvetler ayrılığına ilişkin meseleleri yeterince değerlendirmemiştir⁸⁹.

Yine Başkan Trump hakkında yürütülen impeachment soruşturması kapsamında, Meclis Yargı Komitesi Beyaz Saray eski avukatı Don McGahn'a bir celpname göndermiştir. Komite McGahn'ı, Rusya'nın 2016 ABD seçimlerine müdahalesine ilişkin özel savcı Robert Mueller tarafından yürütülen ve tamamlanmış olan soruşturmanın engellenmesine yönelik iddialar hakkındaki soruları yanıtlamak üzere çağırmıştır. McGahn Beyaz Saray ile bir uzlaşmaya varılmadıkça bu celpnameye uymayacağını açıklamış, Başkan ise yürütme imtiyazı itirazında bulunmuştur. Bu durum Yargı Komitesi tarafından yargı organlarının önüne taşınmıştır. 2019 yılında Kolombiya Bölge Mahkemesi, yürütme organı yetkililerinin, Başkan tarafından aksine yönlendirilmiş olsalar bile, zorunlu Kongre sürecinden tamamen muaf olmadıklarına karar vermiştir⁹⁰. Ancak Mahkeme, McGahn'ın Yargı Komitesi'nin yönelttiği bütün

kan'ın kişisel sıfatıyla dava açması konunun "doğrudan kuvvetler arası bir anlaşmazlık olmadığı" sonucunu doğurmamaktadır. Özetle Mahkemeye göre, bu davada yürütme imtiyazı ileri sürülemez. Ancak ortada tamamen özel bir mesele de yoktur. Yani Kongre "geçerli bir yasama amacı ile ilgili" olduğunu ileri sürerek sınırsız bir şekilde bilgi talep edemez. Kongre'nin yasama yetkisi oldukça geniştir bu nedenle bir başkanın sahip olduğu herhangi bir kişisel belge, potansiyel olarak bir mevzuatla ilişkilendirilebilir. Kongre'ye bu tür belgeler üzerinde sınırsız bir yetki vermek, yasamanın yürütme karşısında aşırı bir şekilde güçlenmesine sebep olacaktır. Mahkeme kuvvetler ayrılığı ile ilgili meselelerin yeterince değerlendirilmediği gerekçesiyle alt mahkemenin kararını bozmuştur. Mahkeme Başkanın kişisel bilgilerine yönelik bir celpnamenin "Kongre'nin meşru bir göreviyle ilgili" olup olmadığını değerlendirirken, mahkemelerin dikkatli bir analiz yapması gerektiği sonucuna varmıştır. Hem Kongre'nin önemli yasama çıkarları hem de Başkan'ın "benzersiz konumu" göz önünde bulundurularak, tehlikede olan güçler ayrılığı ilkesinin yeterli bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Muhalefet şerhinde Yargıç Thomas, Kongre'nin özel, resmi olmayan belgeler için celpname çıkarma yetkisine sahip olmadığını ileri sürmüştür. Ona göre, Kongre bu belgeleri ancak suçlama yetkisini kullanarak elde edebilecektir. (*Trump v. Mazars USA*).

⁸⁹ *Trump v. Mazars USA*, s. 19-20.

⁹⁰ *Committee on the Judiciary v. Donald F. McGahn II*, United States District Court for the District of Columbia, https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-dcd-1_19-cv-02379/pdf/USCOURTS-dcd-1_19-cv-02379-1.pdf, erişim 23.04.2022. Bu kararlar McGahn'ın Kongre'ye bilgi ve belge vermesinin önu açılmıştır. Ancak temyiz talep-

soruları yanıtlamasının gerekip gerekmediği meselesinin, bu davanın konusunu oluşturmadığını da belirtmiştir⁹¹. Başka bir ifade ile bu davada, yürütme imtiyazının uygulanıp uygulanmayacağı meselesinin çözümüne yönelik bir değerlendirme yapılmamıştır.

B. Yargı Organlarının Bilgi Talepleri Karşısında Yürütme İmtiyazının Ortaya Çıkışı

Bazı durumlarda yürütme imtiyazı iddiaları yürütme ve yargı organları arasında da gündeme gelmektedir. Bu konudaki ilk karar 1953 yılında Birleşik Devletler/Reynolds davasında Yüksek Mahkeme tarafından verilmiştir. Mahkeme bu kararda yürütme imtiyazı kavramını kullanmasa da yürütmenin devlet sırrı kapsamında bilgi saklama yetkisi kabul etmiştir. Bu dava deneysel elektronik ekipmanlarla yüklü bir Hava Kuvvetleri uçağının düşmesiyle ilgili bir hukuk davasıdır⁹². Davada yürütme organı talep edilen bilgilerin (uçağının düşmesinin nedenleriyle ilgili resmi raporların) ulusal güvenlikle ilgili olduğunu ve imtiyazlı olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu davada devlet sırrı imtiyazını kabul etmekle birlikte davanın şartlarının imtiyaz iddiasına uygun olup olmadığına Mahkeme'nin karar vermesi gerektiğini de belirtmiştir. Mahkeme'ye göre "bir davadaki deliller üzerindeki yargı denetimi, yürütme yetkililerinin kaprislerine bırakılamaz"⁹³.

Yüksek Mahkeme'nin Birleşik Devletler/Nixon kararı, yürütme imtiyazı konusunda önemli bir aşamadır. Zira bu karar ile Yüksek Mahkeme, yürütme imtiyazı doktrininin varlığını kabul etmiş ve doktrin ilk kez yargısal olarak meşruiyet kazanmıştır⁹⁴. Ancak Mahkeme kararında, mevcut olaydaki bilgi ve belge taleplerinin yürütme imtiyazı kapsamın-

leri neticesinde yaklaşık iki yıl süren yargısal süreç, tarafların mahkeme huzurunda anlaşması ile sonuçlanmıştır. Anlaşma McGahn'ın sınırlı bir şekilde olsa da Komite huzurunda ifade vermesine yöneliktir. <https://www.theconstitution.org/litigation/committee-on-the-judiciary-v-donald-f-mcghahn-ii/>, erişim 23.04.2022. Aslında Trump, Başkanlık görevi sona erinceye kadar kanıtların açıklanmasını engellemiş hatta bu süreçte Başkanlık için yeniden aday dahi olmuştur.

⁹¹ *Committee on the Judiciary v. Donald F. McGahn II*, s. 21

⁹² BISHOP, s. 480- 481.

⁹³ *United States v. Reynolds*, 345 U. S. 1, (1953), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep345/usrep345001/usrep345001.pdf>, erişim 07.03.2022, s. 8-10.

⁹⁴ GENOVESE/SPITZER, s. 99.

da olmadığına hükmetmiştir. Bu karar ceza yargılamasıyla ilgili konularda, başkanların bile delilleri verme sorumluluğunun olduğunu ortaya koymuştur⁹⁵. Aslında bu karar ceza davalarında yürütme imtiyazının ileri sürülüp sürülemediği meselesi ile ilgilidir⁹⁶. Dolayısıyla Mahkeme'nin bu karardaki değerlendirmeleri yasama ve yürütme organları arasındaki uyumsuzluklar için geçerli değildir. Ancak bu karardan sonra Yüksek Mahkeme ve alt mahkemeler yürütme imtiyazı konusunda Birleşik Devletler/Nixon kararının benzer uyumsuzluklarda da esas alınacağını belirtmişlerdir.

Birleşik Devletler/Nixon kararı Watergate skandalı esnasında verilen, ABD siyasetini ve hukuk düzenini etkileyen oldukça önemli bir karardır. Zira bu kararın ardından, Başkan Nixon aleyhine oldukça güçlü deliller ortaya çıkmış ve Başkan Kongre tarafından görevden alınma ihtimali⁹⁷ çok yüksek olduğu için istifa etmek zorunda kalmıştır⁹⁸. Yürütme imtiyazı konusundaki bu öneminden dolayı karara dayanak teşkil eden Watergate skandalından da kısaca bahsetmekte fayda vardır.

⁹⁵ COX, s. 1183-1184.

⁹⁶ Bu durum kararda da açık bir şekilde belirtilmiştir. Karara göre Mahkeme, yürütme ile yargı organları arasında hukuk davalarındaki delil ihtiyacı nedeniyle ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların çözümlenmesiyle ilgilenmemektedir. Mahkeme ayrıca yürütme ile Kongre arasındaki bilgi taleplerinden kaynaklanan uyumsuzluklarla veya devlet sırlarının korunmasıyla ilgili yürütme menfaatine de ilgilenmemektedir. Mahkeme sadece, başkanın gizlilik iddiası ile ceza davalarında ilgili delillere yönelik anayasal ihtiyaç arasındaki çelişkiyi ele almıştır. *United States v. Nixon*, s. 712, dipnot 19.

⁹⁷ Watergate skandalı ile ilgili olarak, Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi Başkan Richard Nixon hakkındaki bir suçlama önermesini kabul ederek, raporunu Temsilciler Meclisi'ne sunmuştur. Yargı Komitesi'nin kabul ettiği önergede, Başkan Nixon'ın "adaleti engelleme", "görevi kötüye kullanma" ve "Meclis'e saygısızlık" gerekçeleriyle suçlandırılması talep edilmiştir. (Yargı Komitesi'nde kabul edilen suçlama gerekçeleri için bkz. Deschler's Precedents of the United States House of Representatives: Including References to Provisions of the Constitution and Laws, and to Decisions of the Courts, Volume 3, U.S. Government Printing Office, 1977, s. 639-642). Temsilciler Meclisi Yargı Komitesi'nin raporunu Temsilciler Meclisi'ne sunmasının ardından, Başkan Nixon Temsilciler Meclisi'nin bir karar almasını beklemeden istifa etmiştir. KILPATRICK, Carroll "Nixon Resigns", Washington Post, August. 9, 1974, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/watergate/articles/080974-3.htm>, erişim 26.12.2021.

⁹⁸ GRIFFIN, Stephen M., "Presidential Impeachment in Tribal Times: The Historic Logic of Informal Constitutional Change", Connecticut Law Review, Vol. 51, No. 2, 2019, s. 431.

Watergate skandalı⁹⁹, 17 Haziran 1972 tarihinde Watergate iş merkezindeki bir ofise giren beş hırsızın polis tarafından yakalanmasından sonra patlak vermiştir. Başkan Nixon'un siyasi rakibi olan Demokratik Parti'nin seçim komitesi tarafından (*Demokratik Ulusal Komite/Democratic National Committee*) genel merkez olarak kullanılan bu ofise yönelik girişimin bir hırsızlık olayı olmadığı sonradan anlaşılmıştır. Demokratik Ulusal Komite'nin genel merkezine giren beş kişinin, telefonlara mikrofon yerleştirdikleri ve bu kişilerin Nixon'ın seçim komitesi ile maddi bağlantılarının olduğu ortaya çıkmıştır. Başkan Nixon'ın, bu suçla olan bağlantısını örtbas etmeye yönelik girişimleri skandalın daha da büyümesine sebep olmuştur. Olayı araştıran savcı Archibald Cox, Beyaz Saray Oval Ofis'te başkanın bütün konuşmalarının kayda alındığını öğrenmiştir. Cox'un bu bant kayıtlarını istemesinden sonra Nixon yürütme imtiyazı gerekçesini ileri sürerek kayıtları teslim etmemiş¹⁰⁰, savcı Cox'un görevden alınmasını emretmiştir. Adalet Bakanı'nın savcığı görevden almayı reddetmesi üzerine Nixon, Adalet Bakanı Elliot Richardson'un istifasını istemiştir. Nixon, Cox'un görevden alınmasını Bakan Yardımcısı'ndan da istemiş, bunun üzerine Bakan Yardımcısı William French Smith istifa etmiştir. Nixon tarafından görevlendirilen Adalet Bakanlığı Başsavcısı Robert Bork Adalet Bakanına vekalet ederek, savcı Cox'u görevden almıştır¹⁰¹.

"Cumartesi Gecesi Katliamı" olarak anılan bu olaydan sonra Temsilciler Meclisi, Watergate skandalı ve Başkan Nixon'un sorumluluğunu araştırmak amacıyla bir komiteyi soruşturma yapmak üzere görevlendirmiştir. Suçlama süreci devam ederken, Yüksek Mahkeme, başkanın

⁹⁹ Skandal hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. GENOVESE, Michael A., *The Watergate Crisis*, Greenwood Publishing Group, London, 1999; GENOVESE, Michael A./MORGAN, Iwan W. (Editor), *Watergate Remembered The Legacy for American Politics*, Palgrave Macmillan, New York, 2012.

¹⁰⁰ GENOVESE, 1999, s. 48-49.

¹⁰¹ Bu durum ABD siyasi tarihinde "Cumartesi Gecesi Katliamı" olarak anılmaktadır. Yeni atanan savcı Leon Jaworski de kasetleri ortaya çıkarmaya çalışmıştır. (GENOVESE, 1999, s. 42-43). Bu olaya tepki olarak Kongre, Başkan'ın istifasından dört yıl sonra üst düzey yürütme yetkilileri için etik gereklilikleri belirleyen ve yürütme organı yetkililerini soruşturmak üzere Özel Savcılık makamını kurumsallaştıran 1978 tarihli Yürütmede Etik Yasası'nı (*Ethics in Government Act*) kabul etmiştir (HARRINGTON, Clodagh, "Watergate and Scandal Politics: The Rise and Fall of the Special Prosecutor", (Editors GENOVESE, Michael A./MORGAN, Iwan W.), *Watergate Remembered The Legacy for American Politics*, Palgrave Macmillan, New York, 2012, s. 69).

Oval Ofis ses kayıtlarını soruşturma kapsamında vermekle yükümlü olduğuna karar vermiştir. Ses kayıtları Nixon'ın, hırsızlık olayından sonra yaşananları örtbas etmeye ve soruşturmayı yanlış yönlendirmek için federal yetkilileri kullanmaya çalıştığını ortaya koymuştur¹⁰². Watergate skandalının yaşatmış olduğu kötü tecrübe, ABD siyasi tarihi için adeta bir dönüm noktası olmuştur. Bu tür bir durumun tekrar yaşanmaması için, siyasetin finansmanına¹⁰³ ve yürütme yetkililerinin soruşturulmasına ilişkin mevzuatta önemli değişiklikler yapılmıştır.

Birleşik Devletler/Nixon kararında Mahkeme yürütme imtiyazının Başkan'ın Anayasa'da sayılan yetkilerinin doğasından ve yürütmenin anayasal görev alanı içindeki üstünlüğünden kaynaklandığını ifade etmiştir¹⁰⁴. Mahkeme ayrıca ulusal güvenliğe dayalı imtiyaz taleplerinin daha fazla korumayı hak ettiğini hatta neredeyse mutlak olduğunu da belirtmiştir¹⁰⁵. Mahkeme kararında yürütme imtiyazını sınırlayan iki temel ilkenin olduğunu belirtmiştir. Buna göre yürütme imtiyazı mutlak değildir ve "her bir organın temel işlevlerini koruyacak" şekilde değerlendirilmelidir¹⁰⁶. Yürütme imtiyazı iddiaları yasama, yürütme ve yargı organlarının işlevleri konusundaki bazı menfaatlerinin çatışmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle Mahkemeye göre menfaat çatışmasının her bir organın temel işlevlerini koruyacak şekilde çözülmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile, Başkanın gizlilik ihtiyacı ile yargı veya yasama organlarının bilgi alma hakkı arasında bir denge kurulmalıdır. Mahkeme bu ilkeler doğrultusunda bu davada yargı sürecinin meşru ihtiyaçlarının, başkanlık imtiyazından daha ağır bastığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme'ye göre, üst düzey Hükümet yetkilileri arasındaki iletişimin gizliliği konusunda, yürütme organının meşru bir çıkarı vardır. Ancak bu davada Mahkeme "devam eden bir ceza davasında delillere duyulan özel ihtiyacın", Başkan'ın "gizliliğe ilişkin genel menfaatinden" daha ağır bastığına karar vermiştir¹⁰⁷.

Bu davadan üç yıl sonra, başkanlık belgelerinin saklanması konusunda başka bir dava daha (*Nixon v. Administrator of General Services*,

¹⁰² GENOVESE, 1999, s. 48-50.

¹⁰³ Siyasetin finansmanı konusundaki düzenlemeler için bkz. ÇELİK, Özlem, Siyasi Partilerin Seçim Harcamalarının Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

¹⁰⁴ *United States v. Nixon*, s. 705-706.

¹⁰⁵ *United States v. Nixon*, s. 710-711.

¹⁰⁶ *United States v. Nixon*, s. 707.

¹⁰⁷ *United States v. Nixon*, s. 685.

Nixon/GSA) Yüksek Mahkemenin gündemine gelmiştir. Nixon istifasından sonra görev süresi boyunca biriken Başkanlık malzemelerinin (tahmini 42 milyon sayfa belge ve 880 teyp kaydı) Kaliforniya'daki evinin yakınında depolanmasını sağlayan bir yed-i emin sözleşmesi imzalamıştır¹⁰⁸. George Washington'un Başkanlığı'ndan itibaren bu döneme kadar, Başkanlık belgelerinin Başkanın kişisel mülkiyetinde olduğu anayasal bir gelenek¹⁰⁹ haline gelmiştir. Bu anlaşmanın kamuoyuna yansımından kısa bir süre sonra, Kongre'de sözleşmeyi geçersiz kılacak "Başkanlık Kayıtlarını ve Malzemelerini Koruma Yasası"¹¹⁰ (*Presidential Recordings and Materials Preservation Act*) kabul edilerek yürürlüğe girmiştir¹¹¹. Bu Kanun, Nixon'a ait başkanlık belgelerinin, Genel Hizmetler İdaresince (*General Services Administration*) muhafaza altına alınmasını gerekli kılmaktadır. Kanuna göre bu belgelerden özel sayılan materyallerin eski Başkan Nixon'a verilmesi gerekmektedir. Yine Kanun'a göre tarihi değere sahip materyaller, korunma ve gerektiğinde yargı makamlarınca kullanılmak üzere hazır hale getirme amacıyla Devlet arşivleri tarafından taranacaktır¹¹².

Bu kanunun kabul edilmesinden sonra Nixon, kanunun anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Bölge Mahkemesinde dava açmıştır. Nixon kanunun kuvvetler ayrılığı ilkesine, yürütme imtiyazına, mahremiyet hakkına ve Anayasa Madde I-9/3 hükmüne¹¹³ aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Nixon/GSA davasında Yüksek Mahkeme, Nixon'un başvurusu-

¹⁰⁸ *Nixon v. Administrator of General Services*, s. 425.

¹⁰⁹ Ancak 1978 yılına kadar başkanlar, kayıtlarının büyük bir bölümünü, genellikle başkanlık kütüphanelerinde sergilenmek üzere saklamıştır. *Nixon/GSA* kararında, Başyargıç Burger yazmış olduğu muhalefet şerhinde, bu konuyu ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır. Bkz. *Nixon v. Administrator of General Services*, s. 539-544.

¹¹⁰ Günümüzde Başkanlık Kayıtları Kanunu (*The Presidential Records Act, PRA of 1978*) olarak bilinen kanun, bazı değişiklikler ile halen yürürlüktedir (44 U.S.C. § 2201-2209). Kanun başkanların ve başkan yardımcılarının resmi kayıtlarının nasıl yönetileceğini düzenler. Bu kanun gereğince başkanın resmi kayıtlarının mülkiyeti kamuya aittir. Ancak başkan ve personelinin, kişisel kayıtlarını başkanlık kayıtlarından ayrı olarak dosyalamasına da imkân tanımaktadır.

¹¹¹ *Nixon v. Administrator of General Services*, s. 425.

¹¹² *Nixon v. Administrator of General Services*, s. 425.

¹¹³ "Bill of Attainder Clause" olarak ifade edilen bu madde gereğince yasama organı, yargılama yapılmadan ceza verilmesi sonucunu doğuracak nitelikte veya geçmişe etkili olarak kanun yapamaz.

nu reddetmiştir¹¹⁴. Mahkeme bu kararında Başkanlık iletişiminin gizliliğine ilişkin imtiyazın, yürütmenin kendi anayasal sorumluluk alanındaki üstünlüğünden kaynaklandığını yani zımni bir anayasal yetki olduğunu kabul etmiştir¹¹⁵. Bununla birlikte Mahkeme, bu imtiyazın mutlak olmadığını da belirtmiştir. Mahkemeye göre, “ne kuvvetler ayrılığı doktrini ne de üst düzey iletişimin gizliliğine duyulan ihtiyaç nedeniyle” mutlak, sınırsız bir Başkanlık ayrıcalığı ileri sürülemez. Başkanlık iletişiminin gizliliğine ilişkin bir imtiyazın, yargı organının etkin işleyişine ilişkin güvenceleri de ihlal etmemesi gerekir.

III. YÜRÜTME İMTİYAZININ ŞARTLARI VE KAPSAMI

A. Yürütme İmtiyazının Şartları

Kongre'nin yasama faaliyetleri çerçevesindeki bilgi veya belge taleplerinin yürütme imtiyazı gerekçesiyle reddedilebilmesi, uygulamada bazı kurallara tâbi tutulmuştur. İlk olarak yürütme imtiyazının Kongre'nin yalnızca gözetim ve denetim yetkisi kapsamındaki talepleri hakkında ileri sürülebildiğini söylemek mümkündür. Başkan, Kongre'nin impeachment yetkisi kapsamındaki bilgi talepleri hakkında, yürütme imtiyazı ileri süremez¹¹⁶.

Yürütme imtiyazı, tarihsel olarak anlaşıldığı ve uygulandığı şekliyle, başkanın kişisel kararına bağlı olan şarta bağlı bir dokunulmazlıktır¹¹⁷. Yürütme imtiyazı sınırsız bir başkanlık yetkisi değildir ve zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde istisnai olarak kullanılmalıdır. Buna karşılık

¹¹⁴ Mahkeme Yasanın başkanlık iletişimlerinin gizliliğine müdahalesinin asgari nitelikte olduğunu, daha önceki başkanların da belgelerin bu şekilde tasnif edilmesine izin verdiğini ve dolayısıyla eski başkanlar için gizlilik beklentisinin zamanla zayıfladığını ifade etmiştir. Ayrıca mevcut hükümetin görevlerini gereği gibi yerine getirebilmesi için, görevdeki başkanın geçmiş kararların kayıtlarına ulaşabilmesi gerekir. Mahkemeye göre bu yasanın amaçlarından biri başkanlık politikasının kesintisiz yürütülmesi için eski materyalleri kullanılabilir hale getirmektir. Amerikan halkının kendi tarihini yeniden inşa etme ve kendi tarihiyle uzlaşma yeteneği, yalnızca bugünün ihtiyaçlarına odaklanan bir başkanlık imtiyazı iddiasıyla kesintiye uğratılmamalıdır. Mahkemeye göre bu yasa materyalleri korumak, hükümet politikalarının sürekliliğini sağlamak ve tarihi amaçlar için bunlara erişimi sürdürmek gibi meşru amaçlara sahiptir. Mahkeme bu meşru amaçlar karşısında, yürütme imtiyazı iddialarının geçerli olmadığına karar vermiştir. *Nixon v. Administrator of General Services*, s. 452-455.

¹¹⁵ *Nixon v. Administrator of General Services*, s. 446-455.

¹¹⁶ SHAUB, s. 72.

¹¹⁷ SHAUB, s. 78.

Kongre de Başkanın gizlilik iddialarına itiraz etme hakkına ve görevine sahiptir¹¹⁸.

Kongre'nin Başkan veya üst düzey hükümet yetkililerinden bilgi talep etmesi, bazı şekli kurallara tabidir. Uygulamada komiteler ya da Kongre üst düzey yürütme görevlilerine, bilgi veya belge almak amacıyla doğrudan davetiye göndermemektedir. Komiteler Kongre vasıtasıyla konunun başkana sunulmasını talep etmektedir¹¹⁹. Kongre ve komiteler, gerekli bilgilerin başka bir yerden elde edilme ihtimali yoksa ve bilgiler yalnızca Beyaz Saray'dan alınabilecekse bu tür bir talepte bulunabilmektedir. Başka bir kurum veya kuruluştan kolayca elde edilebilecek bir bilgi söz konusu olduğunda, genellikle komiteye talebini ilgili kuruma iletmesi tavsiye edilmektedir¹²⁰.

Başkan Kongre'den gelen bilgi taleplerinin "meşru bir yasama amacına dayanıp dayanmadığına" ve "amaç ile talep edilen bilgi arasında nesnel bir uyum" olup olmadığına bakmaktadır. Ayrıca bilgi taleplerinin "Başkanın münhasır anayasal yetkilerine müdahale edip etmediği" hususunu da değerlendirmektedir. Bu noktada başkanın ve üst düzey hükümet yetkililerinin özerklik ve gizlilik konusundaki menfaatleri ile meşru yasama amacı arasında makul bir denge kurulması da gereklidir¹²¹.

Bu değerlendirmeler neticesinde yürütme imtiyazı ileri sürebilmek için, bilginin gizli kalmasının kamu yararına olduğunun ortaya konulması gerekir¹²². Başka bir ifade ile yürütme imtiyazı soyut gizlilik taleplerinden ibaret değildir, yürütme organı bilgiyi saklama hakkının olduğunu ispatlamakla yükümlüdür¹²³. Talep edilen bilgilerin açıklanmasının somut ve belirlenebilir bir zarara sebep olacağına Başkan tarafından ortaya konulması gerekir. Bu nedenle yürütme imtiyazı kamu yararının korunması gibi zorlayıcı bir ihtiyacın bulunması halinde kullanılabilen

¹¹⁸ ROZELL/SOLLENBERGER, s. 2701.

¹¹⁹ 1794 yılında Senato, Dışişleri Bakanı Edmund Randolph'a bazı diplomatik yazışmaları açıklamasını emretmiştir. Ancak Senato daha sonra talebi başkana hitaben olacak şekilde değiştirmiş ve yazışmaların açıklamasını "emretmek" yerine "talep etmek" ifadesini kullanmıştır. SHAUB, s. 73-74.

¹²⁰ "Congressional Oversight", s. 41

¹²¹ "Congressional Oversight", s. 40-41.

¹²² SHAUB, s. 72.

¹²³ ROZELL, Mark J./SOLLENBERGER, Mitchel A., "Presidents: Executive Privilege" Encyclopedia of Public Administration and Public Policy (Editors BEARFIELD, Domic A./DUBNICK, Melvin J.), Routledge, New York, 2020, s. 2698.

olağanüstü bir yetkidir¹²⁴. Örneğin 1984 yılında Kongre'nin bazı bilgi talepleri, belgelerin açıklanmasının devam eden bir ceza soruşturmasına önemli ölçüde zarar vereceği gerekçesiyle reddedilmiştir¹²⁵. Başkanın bu şekilde bir imtiyaz itirazında bulunması halinde ise Kongre'nin imtiyaz iddiasını çürütebilmesi için, talep edilen bilgilerin anayasal görevlerini yerine getirmede son derece önemli olduğunu açık bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir¹²⁶.

Kongre'den gelen bilgi talepleri karşısında, bir yürütme organı mensubunun yürütme imtiyazı iddiasında bulunabilmesi için, Başkan tarafından imzalanmış bir beyanın bulunması da gerekir¹²⁷. Bu durumda eski Başkanların yürütme imtiyazı ileri sürüp süremeyeceği meselesi gündeme gelmektedir.¹²⁸ Yüksek Mahkeme şimdiye kadarki kararlarında bu konuda kesin bir yorum yapmaktan kaçınmıştır. Nixon/GSA davasında Yüksek Mahkeme, bir Başkanın görevdeyken gerçekleşen iletişimler üzerinde imtiyaz iddia edebileceği sonucuna varmasına rağmen, görevden ayrıldıktan sonra gizlilik beklentisinin zayıflayacağını kabul etmiştir¹²⁹. Birleşik Devletler v. Nixon davasında ise, imtiyazın bir Baş-

¹²⁴ ROZELL/SOLLENBERGER, s. 2698.

¹²⁵ SHAUB, s. 79.

¹²⁶ SHAUB, s. 11.

¹²⁷ SHAUB, s. 24.

¹²⁸ 1978 yılında kabul edilen Başkanlık Kayıtları Kanunu'na göre başkan görev süresinin sona ermesinden önce, 12 yılı aşmamak şartıyla Kanunda belirtilen bazı bilgilere erişimi sınırlandırılmaktadır (PRA, § 2204). Bu kanun Başkanlık kayıtlarının nihai olarak kamuya ait olduğu ve makul bir süre içinde incelemeye açık hale getirilmesi gerektiği esasına dayanmaktadır. ROZELL/SOLLENBERGER, s. 2699. Kanun yürürlükteyken Başkan Reagan tarafından yayınlanan bir kararname ile eski başkanların kendi yönetiminin belgeleri üzerinde yürütme imtiyazı talep etme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. 2001'de başkan George W. Bush, bu kararnameyi yürürlükten kaldıran 13223 sayılı Kararname ile mevcut ve eski başkanlara sağlanan imtiyazların kapsamını büyük ölçüde genişletmiştir. 13223 sayılı Kararname'ye göre eski başkanlar, görevdeki başkan aynı fikirde olmasa bile, kendi belgeleri üzerinde yürütme imtiyazı iddia edebilirler. Yine bu Kararname eski başkan aynı fikirde olmasa bile, görevdeki bir başkana, geçmiş bir yönetimin belgeleri üzerinde yürütme imtiyazı iddia etme yetkisi vermiştir. Bu Kararname kamuoyunda rahatsızlık uyandırmış ve bazı dernek ve topluluklar Kararname hakkında yargısal yollara başvurmuştur. Kongre Kararnameyi geçersiz hale getirecek bir kanun çıkaramamıştır. 2009 yılında Başkan Barack Obama, yeni bir Kararname yayınlayarak 13223 sayılı Kararname'yi yürürlükten kaldırmıştır. ROZELL/SOLLENBERGER, s. 2699.

¹²⁹ *Nixon v. Administrator of General Services*, s. 451.

kanın “sorumluluklarını yerine getirirken”, “görevindeki” ve “politikaları şekillendirme ve karar verme sürecinde” gerçekleşen iletişimleriyle sınırlı olduğuna karar vermiştir¹³⁰. Benzer şekilde *Clinton v. Jones* davasında, Başkanlık görevinin ifası ile ilgili olmayan eylemlerin yürütme imtiyazının kapsamında olmadığına hükmedilmiştir¹³¹. Yine *Birleşik Devletler/Reynolds* kararında bu imtiyazın yalnızca idareye ait olduğu, idare tarafından ileri sürülebileceği ve özel bir şahıs tarafından talep edilemeyeceği ifade edilmiştir¹³². Sacharoff bir Başkanın görevden ayrıldıktan sonra herhangi bir anayasal yetkiye sahip olmasının, Anayasa’nın temel ilkelerini ihlal edeceğini belirtmiştir. Ona göre eski bir başkanın özellikle yürütme imtiyazından yararlanmaya devam etmesi veya gizliliğin sürekli hale gelmesi, şeffaflık ilkesine dolayısıyla temsili demokrasiye zarar verecektir¹³³.

Konu hakkında yakın tarihli bir kararda değerlendirme yapma fırsatı doğmuşsa da Yüksek Mahkeme eski başkanların yürütme imtiyazı ileri sürüp süremeyeceğine ilişkin meselede kesin bir kanaat belirtmemiştir¹³⁴. Mahkeme eski Başkanların yürütme imtiyazı ileri sürüp süremeyeceğine ilişkin sorunun, mevcut davanın karara bağlanmasını engellemediği gerekçesine dayanmıştır. Yüksek Mahkeme kararında; görevdeki Başkanın imtiyaz ileri sürmeme kararı karşısında, eski bir Başkanın görev süresine ilişkin kayıtların açıklanmasını önleyecek bir mahkeme kararı alıp alamayacağı veya hangi koşullarda alabileceği sorularının “emsalsiz” olduğunu, “önemli ve ciddi bir mesele” oluşturduğunu kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre somut olaydaki kişi görevdeki bir başkan olsa bile davayı kaybedecektir. Dolayısıyla “eski bir başkan olarak statüsünün”, Mahkemenin kararı üzerinde bir etkisi yoktur. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, onaylanan yerel mahkeme kararlarındaki “eski başkan” statüsüyle ilgili herhangi bir tartışmanın “bağlayıcı olma-

¹³⁰ *United States v. Nixon*, s. 711, 713, 708.

¹³¹ *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep520/usrep520681/usrep520681.pdf>, erişim 09.03.2022, s. 694-695.

¹³² *United States v. Reynolds*, s. 7-8.

¹³³ SACHAROFF, Laurent, “Former Presidents and Executive Privilege”, *Texas Law Review*, Vol. 88, 2009, s. 352.

¹³⁴ *Trump v. Thompson*, 595 U. S. 21A272, (2022), https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/21a272_9p6b.pdf, erişim 05.05.2022.

yan bir hüküm olarak” kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹³⁵. Başka bir ifade ile, Yüksek Mahkeme’nin bu davadaki kararı, benzer bir uyumsuzluğun yaşanması halinde emsal olarak kabul edilemeyecektir.

B. Yürütme İmtiyazının Kapsamı

Yürütme imtiyazının kapsamına dahil olan konuların neler olduğu, yargı kararları ve mevcut uygulama ile şekillenmiştir. Bu konuda çok fazla mahkeme kararı olmadığı için, yürütme ayrıcalığı kavramının içeriği, daha çok OLC görüşleriyle doldurulmaktadır¹³⁶. Bununla birlikte OLC görüşleri Kongre veya mahkemeler için bağlayıcı değildir. Yürütme imtiyazının kapsamını belirlerken, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu (*Freedom of Information Act, FOIA*) kapsamındaki taleplerle ilgili davalardaki yargı kararları yol gösterici olmaktadır. Yürütme imtiyazının bazı türleri, kısmen de olsa Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’ndaki delil ibraz muafiyetine ilişkin esaslara dayanmaktadır. FOIA’nın 552’nci maddesi gereğince özel kişilerin devlet kurumlarının belgelerine erişimi mümkündür. Bununla birlikte, 522(b)’de, yürütme imtiyazı niteliğindeki bazı bilgilerin talep edilmesi kapsam dışında tutulmuştur. Avukat-müvekkil gizliliği konusunda olduğu gibi, FOIA kapsamındaki pek çok davanın konusu yürütme imtiyazı türlerine uyarlanabilmektedir. Yürütme organı, yürütme imtiyazının bazı alanlarının kapsamını tanımlamak için genellikle bu tür kararlara dayanmaktadır¹³⁷.

Tarihsel olarak yürütme imtiyazı doktrini; “dış ilişkiler”, askeri ilişkiler”, “devam eden soruşturmalar” ve “hükümet içi müzakereler”

¹³⁵ *Trump v. Thompson*, s. 1-2. Yargıç Kavanaugh karara yazdığı şerhte, mevcut başkanın imtiyaz itirazında bulunmadığı durumlarda bile, eski bir başkanın başkanlığı sırasında gerçekleşen iletişimler için yürütme imtiyazına başvurabilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir. Ona göre, aksi bir sonuca varmak, Anayasa’nın II. maddesine dayanan ve hükümetin işleyişi için temel bir esas olan yürütme imtiyazını ortadan kaldıracaktır. Başkanlar ve danışmanları, imtiyazın başkanlığın sonunda sona ereceğini ve imtiyazlı iletişimlerinin başkan görevden ayrıldığında veya başkanın siyasi muhalifi olabilecek sonraki bir başkanın mutlak kontrolüne tabi olduğunda ifşa edilebileceğini düşünürlerse bunun sonuçları ağır olacaktır. Ancak ona göre bu durum yürütme imtiyazının kesin veya mutlak olduğu anlamına gelmemektedir. *Trump v. Thompson*, s. 2-4.

¹³⁶ OLC görüşleri için bkz. https://www.justice.gov/olc/opinions?keys=executive+privilege&items_per_page=40, erişim 16.03.2022.

¹³⁷ SHAUB, s. 19.

şeklinde dört temel alanla sınırlandırılmıştır¹³⁸. Günümüzde içtihat hukuku ve OLC görüşleri açısından, yürütme imtiyazının beş temel alanı olduğu kabul edilmektedir¹³⁹. Bunlar başkanlık yazışmaları; hükümetin iç müzakere süreci; avukat-müvekkil görüşmeleri veya diğer avukatlık işlemleri; askeri, diplomatik sırlar veya ulusal güvenlik sırları; derdest kolluk soruşturmalarından elde edilen bilgilerdir.

Ancak zaman zaman bu kategorilerden birine dahil edilemeyen durumlar da ortaya çıkmaktadır. Yürütme imtiyazının yalnızca sayılan türlerinin olduğunun kabul edilmesi durumunda bu tür bilgiler, muhtemel zararlı etkileri ne olursa olsun, korunamayacaktır. Örneğin Kongre, Sağlık ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı resmî web sitesinin (health.gov) siber güvenlik testleriyle ilgili raporları talep etmiştir. Ancak Bakanlık bu bilgilerin kamuya açıklanmasının web sitesine siber saldırı yapılması için bir “yol haritası” sağlayabileceği gerekçesiyle bilgileri vermekten imtina etmiştir¹⁴⁰. Yine Hazine Bakanlığı ve bir yarı-kamu kuruluşu olan New York Merkez Bankası’ndan istenilen bazı belgeler Kongre’ye verilmiştir. Ancak Bakanlık belgelerin kamuya açıklanmasının piyasaları ve ekonomiyi olumsuz etkileyerek “önemli bir zarara” yol açabileceğini belirtmiştir¹⁴¹. Ancak bu örneklerde yasama ve yürütme organları arasında bir çatışma yaşanmadan mesele çözümlenmiştir. Bu nedenle günümüzde yürütme imtiyazını, bazı belgelerin ifşa edilmesinden kaynaklanan belirli ve somut zararlar nedeniyle başvurulabilecek bir başkanlık dokunulmazlığı olarak kabul etmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır¹⁴².

1. Başkanlık Görüşmeleri ve Yazışmaları (Başkanlık İletişim İmtiyazı)

Başkanlık iletişim imtiyazı, başkanın karar alma süreciyle bağlantılı olarak yapılan tüm iletişimleri yani görüşmeleri ve yazışmaları korumaktadır. Başkanlık iletişim imtiyazı, yürütme imtiyazının özel bir türüdür ve kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı olarak ortaya çıkmıştır. Baş-

¹³⁸ COMMITTEE ON THE JUDICIARY, s. 422-423.

¹³⁹ Bu konuda OLC tarafından hazırlanan en son çalışma için bkz. “Congressional Oversight”.

¹⁴⁰ SHAUB, s. 81.

¹⁴¹ SHAUB, s. 81.

¹⁴² SHAUB, s. 83.

kanlık iletişim imtiyazının en önemli özelliği yalnızca başkan veya onun yakın danışmanları arasındaki iletişimleri koruyabilmesidir.

Başkanlık belgelerinin tamamı için geçerli olan bu imtiyaz müzakere süreci öncesindeki, müzakere süreci sırasındaki hatta karar sonrasındaki tüm materyalleri kapsamaktadır¹⁴³. Bu imtiyaz yalnızca doğrudan Başkan ve danışmanları arasındaki iletişimi değil, Başkan'a tavsiye vermek için hazırlık olarak yapılan iletişimlerin de korunmasını gerektirmektedir¹⁴⁴. Yüksek Mahkeme 1974 tarihli Amerika Birleşik Devletleri/Nixon davasında verdiği kararlar, başkan ve danışmanları arasındaki iletişimin gizliliğine ilişkin imtiyaz iddialarını kabul etmiştir¹⁴⁵. Yine 1951 yılında bir generalin görevden alınmasıyla ilgili bir konuda Kongre komitesi huzurunda dinlenmek istenen General Bradley, Başkan Truman'la yaptığı konuşma hakkında şahitlik yapmayı reddetmiştir. Komite Başkanın bu imtiyaz itirazını kabul etmiş, itiraz üzerine Komite, Başkanın kararını onaylamıştır¹⁴⁶.

2. Hükümetin İç Müzakere Süreci (Müzakere Süreci İmtiyazı)

Hükümetin iç müzakere sürecine ilişkin imtiyaz, hükümet yetkilileri ve yardımcıları arasındaki politika tartışmalarını korumaktadır. Başkanlık iletişim imtiyazından farklı olarak, müzakere süreci imtiyazının ortak hukuktan kaynakladığı kabul edilmekte ve kapsamı yürütme organının daha alt seviyesindeki görevlilerine kadar ulaşabilmektedir. Hükümetin iç müzakere sürecine ilişkin yürütme imtiyazı talepleri, yalnızca üst düzey hükümet yetkililerinin iletişimlerinin değil yürütme organı içindeki diğer müzakerelerin de gizli tutulması gerektiği esasına dayanmaktadır. Zira yürütme organının karar verme sürecine ilişkin iletişimin açıklanması kaçınılmaz olarak "hukuki veya siyasi konuların açık bir şekilde tartışılmasını" engelleyecektir¹⁴⁷. Örneğin, Adalet Bakanlığı yürütme organının işleyişi için gerekli olan tüm hukuki hizmetleri yapmakla görevlidir. Bakanlığın faaliyetlerini yeterli şekilde yerine geti-

¹⁴³ "Congressional Oversight", s. 34.

¹⁴⁴ "Congressional Oversight", s. 35.

¹⁴⁵ *United States v. Nixon*, s. 708.

¹⁴⁶ COMMITTEE ON THE JUDICIARY, s. 423.

¹⁴⁷ "Congressional Oversight", s. 32-33. Müzakere sürecine ilişkin yürütme imtiyazı, yürütme organı içindeki müzakerelerin samimiyetini ve gizliliğini koruduğu için kamu yararına ve hükümetin işleyişi için esaslı bir unsurdur. *Trump v. Mazars USA*, s. 13; *United States v. Nixon*, s. 708.

rebilmesi için, yalnızca kendi personeli arasında değil, aynı zamanda, diğer kuruluşlarla da fikir alışverişinde bulunması gereklidir¹⁴⁸.

Yürütmenin karar verme ve politika oluşturma sürecinde ortaya çıkan danışma görüşleri, tavsiyeler ve müzakere sürecinden ayrılması mümkün olmayan belgeler müzakere süreci imtiyazı kapsamındadır¹⁴⁹. Bununla birlikte bu imtiyaz sadece hükümetin karar öncesi ve müzakereye yönelik iletişimlerini korumaktadır. Dolayısıyla karar verme sürecine dahil edilemeyen vakıaları aktaran veya hâlihazırda verilmiş olan kararları açıklayan belgeler bu kapsamda değerlendirilmemektedir¹⁵⁰. Ancak bu imtiyazın sağladığı koruma nispeten daha zayıftır, aksinin ispat edilebilmesi mümkündür. Örneğin avukat-müvekkil imtiyazı veya devlet sırrı imtiyazının geçerli olduğu hallerde, bilginin gizliliği için daha sıkı bir koruma sağlanmaktadır.

3. Avukat-Müvekkil Gizliliği, Vekalet Sözleşmesi Kapsamındaki Hukuki Tavsiye ve Diğer Belgelerin Gizliliği (Avukat-Müvekkil Gizliliği İmtiyazı)

Avukat-müvekkil ilişkisi kapsamındaki bilgilerin gizliliğine ilişkin talepler başlangıçta, hükümet içi müzakerelerin gizliliği ile aynı kapsamda değerlendirilmiştir. Ancak zamanla bu iki imtiyaz talebi birbirinden ayrılmış ve ayrı kategoriler olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. 2001 yılında çıkarılan bir Başkanlık Kararnamesi ile bu tür bilgiler ayrı bir kategori olarak düzenlenmiştir¹⁵¹. Bu Kararname 2009 yılında yürür-

¹⁴⁸ Kolombiya Bölge Mahkemesi'ne göre, yargı organları bir yürütme görevlisinin veya idari görevlinin "zihinsel süreçlerini soruşturmaya" yetkili değildir. Hiçbir yargıç, kararını oluşturan unsurların soruşturulmasına müsamaha gösteremez. Aslında bir yargıcın bu şekilde incelenmesi yargısal sorumluluğunu yok eder. Aynı şekilde "idari sürecin bütünlüğüne eşit derecede saygı gösterilmelidir". *Carl Zeiss Stiftung v. V. E. B. Carl Zeiss, Jena*, United States District Court for the District of Columbia, 40 F.R.D. 318 (1966), [https://cite.case.law/pdf/3717218/Carl%20Zeiss%20Stiftung%20v.%20V.%20E.%20B.%20Carl%20Zeiss,%20Jena,%2040%20F.R.D.%20318%20\(1966\).pdf](https://cite.case.law/pdf/3717218/Carl%20Zeiss%20Stiftung%20v.%20V.%20E.%20B.%20Carl%20Zeiss,%20Jena,%2040%20F.R.D.%20318%20(1966).pdf), erişim 28.06.2022, s. 325-326.

¹⁴⁹ *Carl Zeiss Stiftung v. V. E. B. Carl Zeiss, Jena*, s. 323-324.

¹⁵⁰ "Congressional Oversight", s. 33.

¹⁵¹ Executive Order 13233, "Further Implementation of the Presidential Records Act", Federal Register, Volume 66, No. 214, Monday, November 5, 2001, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2001-11-05/pdf/01-27917.pdf>, erişim 23.03.2022.

lükten kaldırılmış¹⁵² ve yürütme imtiyazı kategorileri ile ilgili eski sınıflandırma usulü benimsenmiş olmakla birlikte, uygulamada avukat-müvekkil gizliliği imtiyazı yine ayrı bir kategori olarak değerlendirilmiştir¹⁵³. Dolayısıyla mevcut durumda avukat-müvekkil gizliliği veya avukatlık işlemleri imtiyazı kapsamında korunan bilgiler “müzakere süreci imtiyazı” kapsamında olsa bile, uygulamada yürütme imtiyazının ayrı bir türü olarak görülmektedir.

Avukat-müvekkil gizliliği imtiyazı hukuki analizleri, yasal tavsiyeleri ve avukatlık işlemlerine ilişkin diğer iletişimleri kapsamaktadır¹⁵⁴. Örneğin Başkan Clinton hakkında yürütülen soruşturmayla bağlantılı olarak Kongre, Beyaz Saray Hukuk Müşavirliği ile Clinton’un özel avukatları arasındaki ortak toplantılarda alınan notlar için bir celpname yayınlamıştır. Başkan Clinton başlangıçta belgeleri vermemek için avukat-müvekkil gizliliğine ilişkin yürütme imtiyazı iddiasında bulunsa da nihayetinde bu belgeleri vermiştir¹⁵⁵.

4. Askeri, Diplomatik veya Ulusal Güvenlik Sırları (Devlet Sırları İmtiyazı)

Gizli bilgiler ve diplomatik iletişimler de dahil olmak üzere, devlet sırrı olarak da bilinen ulusal güvenlik bilgilerinin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür¹⁵⁶. Yürütme organı, açıklanması ulusal güvenliği tehlikeye atacak belgeler ve diğer materyaller için “mutlak” koruma talep etmektedir. Ancak günümüzde daha çok diplomatik müzakereler için yürütme imtiyazı iddiaları gündeme gelmektedir. Watergate skandalından sonra ulusal güvenlik veya askeri bilgiler hakkında resmi bir yürütme imtiyazı iddiasında bulunulmamıştır¹⁵⁷. Örneğin uluslararası anlaşmaların yapılması konusunda Senato’nun onayını gerektirdiğinden, bu konuda Başkan mutlak bir yetkiye sahip değildir. Ancak bir uluslararası anlaşmanın yapılmasıyla ilgili müzakerelerin kamuoyunun bilgisi dışında yürütülmesi esastır¹⁵⁸. Geçmiş uygulamalar ve yargı içti-

¹⁵² Executive Order 13489, “Presidential Records”, Federal Register, Volume 74, No. 15, Monday, January 26, 2009, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2009-01-26/pdf/E9-1712.pdf>, erişim 23.03.2022.

¹⁵³ SHAUB, s. 18.

¹⁵⁴ “Congressional Oversight”, s. 33.

¹⁵⁵ DENAULT, s. 159.

¹⁵⁶ SHAUB, s. 11.

¹⁵⁷ SHAUB, s. 1.

¹⁵⁸ COMMITTEE ON THE JUDICIARY, s. 424.

hatları göz önünde bulundurulduğunda, uluslararası veya askeri ilişkiler konusunda gizlilik ihtiyacı ve yürütme imtiyazı taleplerinin genel olarak kabul gördüğünü söylemek mümkündür¹⁵⁹. Yüksek Mahkeme kararlarında “ulusal güvenlikle ilgili bilgilere erişimi sınıflandırma ve kontrol etme” ve koruma yetkisinin esas olarak Başkan’ın anayasada yer alan Başkomutanlık yetkisinden kaynaklandığını kabul etmektedir¹⁶⁰. Federal Yüksek Mahkeme, verdiği bir kararda da diplomatik ilişkilerin ve dış işlerinin yürütülmesinden münhasıran Başkanın sorumlu olduğunu ve bu konuda “tek yetkili” devlet organının Başkan olduğunu ifade etmiştir¹⁶¹.

5. Derdest Kolluk Soruşturmalardan Elde Edilen Bilgiler

Devam eden kolluk soruşturmaları ile ilgili bilgiler yürütme imtiyazı kapsamında korunmaktadır. Kongre komitelerinin bilgi talepleri karşısında, kolluk soruşturmalarının gizliliği esaslı 1825 ve 1859 yıllarına dayanan bir geçmişe sahiptir. Ancak kolluk soruşturmalarının gizliliği gerekçesine dayanan yürütme imtiyazı talepleri konusunda en çok, 1941 yılında bir Kongre komitesinin bazı Federal Soruşturma Bürosu (*Federal Bureau of Investigation, FBI*) raporlarını talep etmesi üzerine Başsavcı tarafından verilen cevap örnek gösterilmektedir¹⁶². Buna göre devam eden kolluk soruşturmalarına ilişkin raporların açıklanması, kolluk kuvvetlerine ciddi şekilde zarar verecektir. Bir şüpheli veya avukatının, kolluk kuvvetlerinin ne kadar bilgiye sahip olduğunu, tanıkları veya bilgi kaynaklarını öğrenmesine sebep olacaktır¹⁶³.

¹⁵⁹ SHAUB, s. 12; *Carl Zeiss Stiftung v. V. E. B. Carl Zeiss, Jena*, s. 324.

¹⁶⁰ “Bu tür bilgileri koruma yetkisi, Yürütme Organının başı ve Başkomutan olarak Başkan’a aittir”. *Department of the Navy v. Egan*, 484 U.S. 518 (1988), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep484/usrep484518/usrep484518.pdf>, erişim 23.03.2022, s 527.

¹⁶¹ *United States v. Curtiss-Wright Corp.*, 299 U.S. 304 (1936), <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep299/usrep299304/usrep299304.pdf>, erişim 22.03.2022.

¹⁶² SHAUB, s. 14.

¹⁶³ Başsavcı Robert Jackson tarafından Temsilciler Meclisi Denizcilik İşleri Komitesi’ne verilen cevap için bkz. <https://www.justice.gov/ola/page/file/1090506/download>, erişim 23.03.2022.

SONUÇ

Yürütme imtiyazı anayasal dayanağının Yüksek Mahkeme kararlarıyla şekillendiği bir başkanlık yetkisidir. Başkanlar zaman zaman yürütme imtiyazı ileri sürme yetkisini suiistimal etmiş olsalar da yürütme organının karar alma sürecinin gizliliğine ilişkin beklentinin meşru bir beklenti olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Ancak yine de yürütme imtiyazı sınırsız bir yetki değildir ve kamu yararı gibi zorlayıcı bir ihtiyacın bulunduğu istisnai hallerde kullanılmalıdır. Yürütme imtiyazı konusu aslında yürütmenin işleyişi ile ilgili bir bilginin açıklanması konusunda son sözü kimin söyleyeceğine ilişkindir. Mevcut bir olay hakkındaki yürütme imtiyazı iddialarının meşru olup olmadığını önceden belirleyecek açık ve kesin anayasal sınırlar yoktur. Aslında bu durum siyasi bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu meselenin çözümü için, bilginin kontrolüne ilişkin gücün yasama organına mı yoksa yürütme organına mı ait olacağına ilişkin bir kural oluşturmak da imkansızdır. Konu ile ilgili yeterli anayasal veya yasal düzenlemenin olmaması ve yargı içtihatlarının da yetersiz olması sebebiyle, yürütme imtiyazının kapsamı ve sınırları konusu doktrin ve uygulama ile şekillenmiştir. Uygulamada yürütme organı ile Kongre arasındaki bilgi anlaşmazlıklarının çözümünü sağlamak üzere, anayasa hukukuna ilişkin kurallar çerçevesinde yürütme organı tarafından geliştirilen yürütme imtiyazı doktrini etkili olmuştur.

Kongre ile Beyaz Saray arasındaki yürütme imtiyazı çatışmaları çoğunlukla yargı denetimine konu olmadan sistem içerisinde çözülmektedir. Yürütme organı uygulamada genellikle imtiyaz itirazında bulunmadan, Kongre'nin bilgi taleplerine olumlu cevap vermektedir. Bilginin açıklanması konusunda bir ihtilaf olması halinde, yasama ve yürütme yetkilileri genellikle müzakere süreci yoluyla bir uzlaşma sağlamaktadır. Bu durum Anayasanın yasama ve yürütme organları için öngördüğü denge ve denetim esası açısından daha uygun görünmektedir. Kongre ile yürütme organı arasındaki yürütme imtiyazı konusundaki çatışmalar istisnai bazı hallerde yargı organlarının gündemine taşınmaktadır. Meselelerin yargıya intikal ettiği durumlarda yargı organları, yürütme imtiyazının varlığını kabul etmiş ancak kapsam ve sınırları konusunda yeterli bir içtihat ortaya koyamamıştır. Yürütme imtiyazı içeren anlaşmazlıklar mahkemelerin gündemine geldiğinde genellikle davanın esasına girilmekten kaçınılmış veya taraflar müzakere etmeye yönlendirilmiştir. Mahkemelerin esasa ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar da genellikle yalnızca mevcut dava için uygulanabilecek türden kararlar olmuştur.

Kongre'nin yürütme organından bilgi talep ettiği göz önüne alındığında, aslında yürütme organının bu çatışmanın çözümünde daha güçlü bir konumda olduğunu söylemek mümkündür. Şüphesiz yürütme organının bu gücü yargı denetimine tabidir. Ancak istisnai bazı haller dışında, yargı sürecinin uzun sürmesi Kongre denetiminin etkili bir şekilde gerçekleşmesini engellemektedir.

Sonuç olarak, yasama ve yürütme organları arasındaki bu türden uyumsuzlukların yargı organlarının önüne gelmesi halinde bilginin kontrolüne ilişkin güç yargı organlarının eline geçmektedir. Ancak bu tür durumlarda yargı organları, kuvvetler ayrılığı ile ilgili meselelerde değerlendirme yapmaktan kaçınmakta ve genellikle yürütme organı lehine kararlar vermektedir. Özellikle Birleşik Devletler/Nixon kararının yürütmeye ulusal güvenlik alanında neredeyse mutlak bir bilgi saklama gücü vermiş olması da bu yaklaşımın temel örneğini oluşturmaktadır. Kongre'nin yürütme imtiyazı itirazlarını aşmasının oldukça güç olması, Kongre'nin denge ve denetim işlevini yerine getirme yeteneğini de kısıtlamaktadır.

KAYNAKLAR*

- “ABD Kongresi 200 yıl sonra ilk kez saldırıya uğradı, bu tarihi günde neler yaşandı?” 7 Ocak 2021, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55568564>, erişim 27.02.2022.
- “Assertion of Executive Privilege With Respect to Clemency Decision”, 23 Op. O.L.C. (September 16, 1999), <https://www.justice.gov/file/19476/download#:~:text=to%20sixteen%20individuals.-,Executive%20privilege%20may%20properly%20be%20asserted%20in%20response%20to%20a,therefore%20immune%20from%20compelled%20congressional>, erişim 31.05.2022.
- “Congressional Oversight of the White House”, 45 Op. O.L.C. (January 8, 2021), <https://www.justice.gov/sites/default/files/opinions/attachments/2021/01/16/2021-01-08-wh-oversight.pdf>, erişim 11.05.2022.
- BALDWIN, Gordon B., “The Foreign Affairs Advice Privilege”, *Wisconsin Law Review*, Vol. 1976, p. 16-46.
- BERGER, Raoul, *Executive Privilege: A Constitutional Myth*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1974.
- BISHOP, Joseph W., “The Executive's Right of Privacy: An Unresolved Constitutional Question”, *The Yale Law Journal*, Vol. 66, No. 4, 1957, p. 477-491.
- BİLGİN, Murat/ŞENCAN Hüdai, “Kongrenin Denetim Araçları”, ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, (Editör GÖKÇİMEN, Semra), TBMM Basımevi, Ankara, 2019, s. 177-209.
- BUSH, Joel D., “Congressional Executive Access Disputes: Legal Standards and Political Settlements”, *Journal of Law and Politics*, Vol. 9, 1993, p. 719-747.
- CHAFETZ, Josh, “Executive Branch Contempt of Congress”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 76, No. 3, p. 1083-1156.
- CLAVELOUX, Ronald L., “The Conflict Between Executive Privilege and Congressional Oversight: The Gorsuch Controversy”, *Duke Law Journal*, Vol. 1983, p. 1333-1358.

* Bir yazarın birden fazla eserinden faydalandığında kısaltma kullanılmış olup, kısaltmalar eserin sonunda parantez içinde gösterilmiştir.

- COMMITTEE ON THE JUDICIARY/Subcommittee on Separation of Powers (United States Senate), *Executive Privilege: The Withholding of Information by the Executive*, 92d Congress, First Session, U.S. Government Printing Office, Washington, 1971.
- COX, Archibald, "Executive Privilege", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 122, No. 6, 1974, p. 1383-1438.
- ÇELİK, Özlem, *Siyasi Partilerin Seçim Harcamalarının Denetimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, "Milletlerarası Tahkimde İspat Hakkı ve Sınırlarına Uygulanacak Hukuk", *Public and Private International Law Bulletin*, 40(2) (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan), 2020, s. 729-773.
- DENAULT, Robert J., "Not a King: President Trump and the Case for Presidential Subpoena Reform", *Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy Sidebar*, Vol. 16, 2021, p. 146-186.
- Deschler's *Precedents of the United States House of Representatives: Including References to Provisions of the Constitution and Laws, and to Decisions of the Courts*, Volume 3, U.S. Government Printing Office, 1977.
- DEVINS, Neal, "Congressional-Executive Information Access Disputes: A Modest Proposal- Do Nothing", *Administrative Law Review*, Vol. 48, No. 1, 1996, p. 109-137.
- DINH, Viet D. "Book review: *Executive Privilege: The Dilemma of Secrecy and Democratic Accountability*. By Mark J. Rozell", *Constitutional Commentary*, Vol. 13, Number 3, 1996, p. 346-356.
- FISHER, Louis, "Congressional Access to Information: Using Legislative Will and Leverage", *Duke Law Journal*, Vol. 52, No. 2, 2002, p. 323-402.
- GARVEY, Todd. "Does Executive Privilege Apply to the Communications of a President-elect?". Congressional Research Service, 2018, <https://sgp.fas.org/crs/secrecy/LSB10094.pdf>, erişim 03.03.2022.
- GENOVESE, Michael A., *The Watergate Crisis*, Greenwood Publishing Group, London, 1999. (Genovese, 1999).
- GENOVESE, Michael A./MORGAN, Iwan W. (Editors), *Watergate Remembered The Legacy for American Politics*, Palgrave Macmillan, New York, 2012.

- GENOVESE, Michael A./SPITZER, Robert J., *The Presidency and the Constitution: Cases and Controversies*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.
- GRIFFIN, Stephen M., "Presidential Impeachment in Tribal Times: The Historic Logic of Informal Constitutional Change", *Connecticut Law Review*, Vol. 51, No. 2, 2019, p. 413-450.
- HARRINGTON, Clodagh, "Watergate and Scandal Politics: The Rise and Fall of the Special Prosecutor", (Editors GENOVESE, Michael A./MORGAN, Iwan W.), *Watergate Remembered The Legacy for American Politics*, Palgrave Macmillan, New York, 2012.
- HUQ, Aziz, "Executive Privilege' is a New Concept Built on a Shaky Legal Foundation", May 10, 2019, https://www.washingtonpost.com/outlook/executive-privilege-is-a-new-concept-built-on-a-shaky-legal-foundation/2019/05/10/fa92b82e-7292-11e9-9eb4-0828f5389013_story.html, erişim 15.04.2022.
- JOHNSON, Dawn E., "Executive Privilege Since United States v. Nixon: Issues of Motivation and Accommodation", *Minnesota Law Review*, Vol. 83, 1999, p. 1127- 1141.
- KILPATRICK, Carroll "Nixon Resigns", *Washington Post*, August. 9, 1974, <https://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/watergate/articles/080974-3.htm>, erişim 26.12.2021.
- KITROSSER, Heidi, "Secrecy and Separated Powers: Executive Privilege Revisited", *Iowa Law Review*, Vol. 92, 2007, p. 489-543.
- LERMACK, Paul, "Congressional power of investigation and the Supreme Court", *Salem Press Encyclopedia*. 2020, <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ers&AN=95329560&lang=tr&site=eds-live>, erişim 06.04.2022.
- LIEBERMAN, Ronald M. "Executive Privilege", *University of Toronto Faculty of Law Review*, Vol. 33, No. 2, 1975, p. 181-193.
- O'NEIL, David A. "The Political Safeguards of Executive Privilege", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 60, No. 4, 2007, p. 1077- 1137.
- ÖZBUDUN, Ergun, "İngiltere ve Amerika'da Meclîs Tahkîkatı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1-4, 1960, s. 219-248.

- ÖZTÜRK, Fatih, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?* Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021.
- PEABODY, Bruce G./NUGENT, John D., "Toward a Unifying Theory of the Separation of Powers", *American University Law Review*, Vol. 53, No. 1, p. 1-64.
- PETERSON, Todd D. "Contempt of Congress v. Executive Privilege", *Journal of Constitutional Law*, Vol. 14, No. 1, 2011, p. 77-159. (PETERSON, 2011).
- PETERSON, Todd D., "Prosecuting Executive Branch Officials for Contempt of Congress", *New York University Law Review*, Vol. 66, 1991, p. 563-632. (PETERSON, 1991).
- PRAKASH, Saikrishna Bangalore, "A Critical Comment on the Constitutionality of Executive Privilege", *Minnesota Law Review*, Vol. 83, No. 5, 1999, p. 1142- 1189.
- REICH, Yaron Z., "United States v. AT&T: Judicially Supervised Negotiation and Political Questions", *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 3, 1977, p. 466-494.
- ROGERS, William P., "Constitutional Law: The Papers of the Executive Branch", *American Bar Association Journal*, Vol. 44, No. 10, 1958, p. 941-944.
- ROZELL Mark J., "Restoring Balance to the Debate over Executive Privilege: A Response to Berger", *William & Mary Bill of Rights Journal*, Vol. 8, No. 3, 2000, p. 541-582. (ROZELL, 2000).
- ROZELL, Mark J., *Executive Privilege: The Dilemma of Secrecy and Democratic Accountability*, Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994. (ROZELL, 1994)
- ROZELL, Mark J./SOLLENBERGER, Mitchel A., "Presidents: Executive Privilege" *Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, (Editors BEARFIELD, Domonic A./DUBNICK, Melvin J.), Routledge Taylor & Francis, New York, 2020, p. 2698-2702.
- ROZELL, Mark, J., "The Law: Executive Privilege: Definition and Standards of Application", *Presidential Studies Quarterly*, Vol. 29, No. 4, 1999, p. 918- 930. (ROZELL, 1999).
- SACHAROFF, Laurent, "Former Presidents and Executive Privilege", *Texas Law Review*, Vol. 88, 2009, p. 301-352.

- SCHMITT, Gary J., "Executive Privilege: Presidential Power to Withhold Information from Congress", *Presidency in the Constitutional Order* (Editors, BESSETTE, Joseph M./TULIS, Jeffrey), Transaction Publishers, New Jersey, 1981.
- SHAUB, Jonathan David, "The Executive's Privilege". *Duke Law Journal*, Vol. 70, No. 1, 2020, p. 1-92.
- SOFAER, Abraham D., "Executive Power and the Control of Information: Practice Under the Framers", *Duke Law Journal*, Vol. 1977, No. 1, p. 1-57.
- WASSEF, Anthony W., "Executive Privilege-With a Catch: How a Crime-Fraud Exception to Executive Privilege Would Facilitate Congressional Oversight of Executive Branch Malfeasance in Accordance with the Constitution's Separation of Powers", *Cornell Law Review*, Vol. 105, 2020, p. 1261-1296.
- WRIGHT, Andy, "Can Congress Subpoena Trump to Testify?", November 27, 2018, <https://www.justsecurity.org/61535/congress-subpoena-trump-testify/>, erişim 15.06.2022.

EŞYA KAVRAMINI YENİDEN DÜŞÜNMEK: NFT'LERİN EŞYA NİTELİĞİ VE EŞYA HUKUKU BAKIMINDAN GELECEĞİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Dr. Öğr. Üyesi Numan TEKELİOĞLU*

Öz

Blokszinciri teknolojisindeki gelişmeler kısaca NFT olarak adlandırılan ve benzeri olmayan dijital varlıkları meydana getirmiştir. Genellikle dijital sanat eserleri olarak anlaşılrsa da, NFT'lerin kullanılma potansiyeli olan alanlar bununla sınırlı değildir. NFT'lere olan yoğun ilgi, beraberinde muhtelif hukuki tartışmaları getirmektedir. Bu tartışmalar içerisinde NFT'lerin eşya sayılıp sayılmayacakları meselesi başı çekmektedir. Bunun yanında, taşınır ve taşınmaz eşyaların tokenler ile temsil edildiği bir dijital mülkiyet tasavvuru öngören "tokenizasyon" kavramı da hızla gündemdeki yerini almaktadır. Almanya ve İsviçre'de kıymetli evrak hukuku alanında kripto tokenlerin önünü açan düzenlemelerden sonra, eşya hukuku alanında da bunun mümkün olup olamayacağı üzerine fikir yürütülmeye başlanmıştır. Ayrıca Lihtenştayn'ın mülkiyet hakkının tokenizasyonuna izin veren bir yasal düzenlemeye gitmesi dikkat çekicidir. Bununla birlikte, mevcut hukuk kurallarının gerek NFT'lerin eşya sayılması gerekse de mülkiyet hakkının tokenizasyonu için elverişli olup olmadığı üzerinde durmak gerekmektedir.

* Dr. Öğretim Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Denizli, Türkiye | Asst. Prof., Pamukkale University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Denizli, Turkey.

✉ numantekelioglu@gmail.com • ORCID 0000-0001-5787-4137.

✂ **Atıf Şekli** | Cite As: **TEKELİOĞLU Numan**; "Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: Nft'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme"; *SÜHFD.*; C. 30; S.3; 2022; s. 1301-1329

✂ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✂ **Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır** | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

Anahtar Kelimeler

Non-Fungible Token • Dijital Varlıklar • Eşya Kavramı • Mülkiyet Hakkı • Tokenizasyon

RETHINKING THE CONCEPT OF GOODS: AN EXAMINATION ON THE GOOD QUALITY OF NFTS AND FUTURE OF NFTS IN TERMS OF THE PROPERTY LAW

Abstract

Developments in blockchain technology have created unique digital assets called NFTs for short. While often understood as digital artworks, the potential uses of NFTs are not limited to this. The issue of whether NFTs can be counted as goods is at the forefront. In addition, the concept of “tokenization”, which envisages a digital property concept in which movable and immovable goods are represented by tokens, is rapidly taking its place on the agenda. After the regulations that paved the way for crypto tokens in the field of valuable papers law in Germany and Switzerland, ideas began to be carried out on whether this would be possible in the field of property law. It is also noteworthy that Liechtenstein has passed legislation allowing tokenization of property rights. However, it is necessary to dwell on whether the existing legal rules are suitable for both the counting of NFTs as goods and the tokenization of property rights.

Key Words

Non-Fungible Token • Digital Assets • Concept of Goods • Property Right • Tokenization

GİRİŞ

11 Mart 2021 tarihinde, gerçek adı Mike Winkelmann (bilinen adıyla Beeple) olan Amerikalı dijital sanatçının “Everydays: The first 5000 days” adlı eseri, Londra’da bulunan ünlü müzayede evi Christie’s tarafından 69 milyon Amerikan Doları değerle açık artırmaya çıkarıldı¹. İlk başta sıradan bir sanat müzayedesini gibi görünse de, aslında bu eserin satımı sanat piyasasında bir devrim olarak görülmüştür². Zira satılan eser,

¹ KAULARTZ, Marcus/SCHMID, Alexander, “Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Tokens (NFTs), Compliance Berater, Deutscher Fachverlag GmbH, Heft 8, 2021, s. 298; AREF, Magda/FÁBIÁN, Luca/WEBER, Simon, “Digitale Originale dank NFTs?- Rechtliche Analyse einer (angeblichen) Revolution”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG, Heft 3, 2021, s. 385; AKÇAAL, Mehmet, “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2022 (159), s. 364.

² KAULARTZ/SCHMID, s. 298; AREF/FÁBIÁN/WEBER, s. 385.

fiziki varlığa sahip bir resim değil, alıcının özel kripto cüzdanına aktarılan bir NFT'dir. Ayrıca dijital eserin satış bedeli, Amerikan Doları ya da Euro gibi para birimleriyle değil, Ethereum blok zincirine dayalı bir kripto para birimi olan Ether ile ödenmiştir³. Yine ülkemizin en ünlü komedyenlerinden olan Cem Yılmaz'ın kendi çizimlerini NFT olarak satışa çıkardığı ve 45 adet NFT satışından toplamda 76.28 Ethereum (yaklaşık 3 milyon TL) elde ettiği yakın zamanda haberlere yansımıştır⁴.

Verilen bu örnekler NFT'lere ilişkin durumun yalnızca küçük bir göstergesidir. NFT istatistik platformu "nonfungible.com" adresinde yer alan istatistiklere göre, bugüne kadar toplamda 31.3 milyon adet NFT satışı gerçekleşmiş, toplam satış hacmi ise 18 milyar doları geçmiştir⁵. Bu durum, NFT'lerin hangi hukuki çerçevede korunabileceği sorusunu gündeme getirmektedir. Mesele ceza hukuku, borçlar hukuku, fikri mülkiyet hukuku, kıymetli evrak hukuku gibi farklı hukuk alanlarında tartışılmaktadır⁶. Bu tartışmaların gündeme geldiği alanlardan biri de eşya hukukudur. Fiziki varlığı bulunmayan ve yalnızca blokzincirindeki bir program kodundan oluşan bu NFT'lerin eşya olarak vasıflandırılmasının ya da eşya hukukuna dair kuralların uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır. Eşya kavramına dair tartışmalar devam ederken, "tokenizasyon" olarak adlandırılan ve fiziki nesnelere dijital alanda temsiliyi öngören yeni bir kavram daha ortaya çıkmıştır. Bahsi geçen meseleleri ele alabilmek adına, çalışmada öncelikle NFT'nin ne olduğu üzerinde durulmuş, ardından eşya hukuku temelinde NFT'ler bakımından yapılan tartışmalar irdelenmeye çalışılmıştır.

I. NFT KAVRAMI VE ÇALIŞMA PRENSİBİ

NFT, "Non-Fungible Token" olarak adlandırılan dijital varlıkların kısa adıdır. Türkçe karşılığı genellikle "değiştirilemeyen veya takas edilemeyen jeton" olarak ifade edilmektedir⁷. NFT'ler tıpkı kripto para birimleri (Bitcoin, Ether vs.) gibi blokzinciri teknolojisini kullanan dijital

³ KAULARTZ/SCHMID, s. 298; AREF/FÁBIÁN/WEBER, s. 385.

⁴ <https://www.haberturk.com/cem-yilmaz-2-milyon-940-bin-liralik-nft-satti-3234705-ekonomi> (Erişim: 19.01.2022)

⁵ <https://nonfungible.com/market/history> (Erişim: 19.01.2022)

⁶ Söz konusu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: AKÇAAL, NFT, s. 376 vd.

⁷ AKÇAAL, NFT, s. 368. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Türk Dil Kurumu ile ortak çalışma yaparak NFT'nin Türkçe karşılığını "Nitelikli Fikri Tapu" olarak kullanmayı düşündüklerini açıklamışlardır. Bu çalışmada yaygın ve bilinen kullanım biçimi olması nedeniyle NFT kısaltması tercih edilmiştir.

varlıklardır. Diğer deyişle, NFT'lerin arka planında blokzinciri teknolojisi ve akıllı sözleşmeler bulunmaktadır⁸.

Blokzinciri sisteminde dijital olarak transfer edilebilen varlıklara "token (jeton)" denilmektedir. Token, herhangi bir ürünü, hizmeti ya da değeri temsil etmek amacıyla oluşturulabilmektedir. Örneğin bir resim, video yahut ses dosyasını temsil etmek üzere token kullanılabilir. Bunun temel özelliği, kendisine ait bir blokzincirine sahip olmayıp, mevcut bir blokzincirine (örneğin Ethereum) bağlı olarak var olmalarıdır. NFT'leri diğer tokenlerden farklı kılan husus ise değiştirilemez (Non-Fungible) nitelikleridir. NFT'lerin değiştirilemez olmasından kasıt esasen benzersizliktir (Einzigartigkeit)⁹. Başka bir deyişle NFT, dijital bir varlığın benzersiz (gayrimisli) olduğunu ve birbirinin yerine geçemeyeceğini onaylayan bir sisteme sahiptir. Kripto para birimleri değiştirilemez nitelikte değildir. Bir kripto para borsasında Bitcoin'i bulunan herkesin sahip olduğu Bitcoin'in değeri aynıdır ve birbiriyle değiştirilebilir. Benzer bir durum itibari paralar (Türk Lirası, Dolar vs.) için de geçerlidir. Buna karşılık her bir NFT, kendine ait veri koduna sahip benzersiz bir dijital varlıktır. Söz gelimi, *Beeple* tarafından satılan "Everydays: The first 5000 days" adlı NFT'nin bir benzeri yoktur ve benzerinin üretilmesi de mümkün değildir. Zira bu NFT'den blokzincirinde yalnızca bir tane bulunmaktadır. Böylece NFT, esasen kopyalanması mümkün olan bir dosyayı, benzeri bulunmayan dijital sanat eserine dönüştürmektedir¹⁰. İşte bu durum, fiziki varlığa sahip olmayan bu resim yahut video dosyalarının neden rağbet gördüğünü açıklayan temel durumdur. Öğretide NFT'lerin dijital varlıkların orijinalliğine yönelik ihtiyacı karşıladığı ifade edilmektedir¹¹.

Bir dijital dosyanın NFT'ye dönüştürülerek satılması, çeşitli kripto para borsaları (Binance, OpenSea, SuperRare vs.) üzerinden gerçekleşmektedir. Bunlar çoğunlukla Ethereum blokzincirine dayanmaktadırlar¹².

⁸ Blokzinciri teknolojisi ve akıllı sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 15 vd; DOĞANCI, Doğa Ekrem, Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 31 vd.

⁹ AREF/FÁBIÁN/WEBER, s. 385.

¹⁰ AREF/FÁBIÁN/WEBER, s. 387.

¹¹ KAULARTZ/SCHMID, s. 298.

¹² AREF/FÁBIÁN/WEBER, s. 388.

Her bir kripto borsasının NFT oluşturulması ve satışına ilişkin farklı uygulamaları vardır. Ancak her halükarda bir NFT oluşturulup satışa sunulması için, bu kripto borsalarında hesap açılarak dijital bir cüzdana sahip olunması gerekir. Bazı kripto borsaları, ilk NFT yüklemesi için ücret talep ederken, bazıları ücretsiz yüklemeye de izin vermektedir. Bununla birlikte, yüklenen NFT'nin satılması durumunda her kripto borsası farklı oranlarda komisyon almaktadır.

II. EŞYA KAVRAMI BAKIMINDAN NFT

A. Genel Olarak Eşya Kavramı

Eşya, aynı hakkın konusunu teşkil eder¹³. Bu itibarla, bir şey üzerinde aynı hakkın söz konusu olabilmesi için, o şeyin hukuki anlamda eşya kavramına dâhil olması gerekir. Bu durum, aynı hakkın ancak bir eşya üzerinde kurulabilmesinin neticesidir. Eşya kavramına girmeyen şeyler aynı hakkın konusu olamaz ve dolayısıyla da Kanunun aynı haklara ilişkin hükümleri bunlar hakkında uygulanamaz.

Hukuki anlamda nelerin eşya olduğu, hukuk kuralları tarafından belirlenir¹⁴. Bununla birlikte Türk-İsviçre Medeni Kanunları eşya kavramını tanımlamamış, bunu öğretiyeye ve içtihadı bırakmıştır¹⁵. Türk-İsviçre öğretisinde bir şeyin eşya olarak kabul edilebilmesi için dört unsur aranmaktadır. Bunlar; cismanilik (*Körperlichkeit*), belirlilik (*Abgegrenztheit*),

¹³ TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 6; AKİPEK, Jale G., Türk Eşya Hukuku - Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Baskı, Ankara, 1972, s. 33; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 5; ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 15; SİRMEN, A. Lale, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 4; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 16. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2021, s. 5; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 2; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 39; AKÇAAL, Mehmet, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 14.

¹⁴ HAAB, Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/ZOBL, Dieter, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, 1977, Art. 641, Einleitung, N. 19.

¹⁵ ARNET, Ruth, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 641, N. 6; TOPUZ, Murat, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 20; Ünal/Başpınar, s. 16; Akçaal, s. 14.

hâkimiyete elverişlilik (*Beherrschbarkeit*) ve kişilik dışı olmadır (*Unpersönlichkeit*)¹⁶.

B. Eşyanın Unsurları Bakımından NFT

1. Cismanilik Unsuru Bakımından

Türk-İsviçre Hukukunda kural olarak yalnızca maddi (*materiell*) bir varlığa sahip olan şeyler eşya olarak kabul edilmektedir¹⁷. Maddi varlıktan kasıt, bir şeyin somut olarak evrende bulunması¹⁸ ve fiziki olarak boşlukta yer işgal etmesidir¹⁹. Ancak bu durum, fiziki anlamda eşya olan her şeyin hukuki anlamda da eşya kabul edileceği anlamına gelmez. Fiziki anlamda maddi varlığı tartışmasız olan bazı şeyler (örneğin güneş ve yıldızlar), eşyanın diğer unsurlarını sağlamadıkları için hukuki anlamda eşya sayılmazlar. Bunun aksine, kanun koyucu maddi bir varlığı bulunmayan bazı şeyleri eşya ile bir tutarak, bunlara da eşyaya ilişkin kuralların uygulanmasını öngörmüştür²⁰. Söz gelimi doğal güçler (TMK m. 762) ile bağımsız ve sürekli haklar (TMK m. 704, m. 998) maddi varlığa sahip olmadıkları halde birer eşya gibi muamele görebilmektedir.

¹⁶ WOLF, Stephan, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 641, N. 3; ARNET, CHK-ZGB, Art. 641, N. 7-13; MACCABE, Kevin, Die Abbildung von Vermögenswerten durch Anlage-Tokens, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 135, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, s. 69; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.46; NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 6-7; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 16 vd; AYAN, s. 39-40; AKÇAAL, Eşya, s. 15 vd; Ertaş, bu dört unsura ek olarak iktisadi bir değer taşımayı da eklemektedir. Bkz: ERTAŞ, s. 6. Sirmen, yalnızca cismanilik, belirlilik ve hâkimiyete elverişlilik unsurlarını saymakta, kişilik dışı olma unsurunu ise hâkimiyete elverişlilik çerçevesinde değerlendirmektedir. Bkz: SİRMEN, s. 8. Antalya/Topuz ise, eşyanın unsurlarını üç temel başlık altında toplamaktadır: 1. Kişilik değerleri dışında varlık olması, 2. Ekonomik bir değeri olan tanımlanabilir belirli bir maddi varlık olması, 3. Maddi varlık üzerinde hukuki olarak hâkimiyete elverişli olması. Bkz: ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 58 vd.

¹⁷ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Einleitung, N. 20; ARNET, CHK-ZGB, Art. 641, N. 10; WOLF, OFK-ZGB, Art. 641, N. 3; AKİPEK, s. 33; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 16; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 6; SİRMEN, s. 5; NOMER/ERGÜNE, s. 6; ERTAŞ, s. 6; AYAN, s. 39; AKÇAAL, Eşya, s. 15; AKSOY DURSUN, Sanem, Eşya Kavramı, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 24.

¹⁸ ANTALYA/TOPUZ, s. 64.

¹⁹ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 16.

²⁰ SİRMEN, s. 5; ESENER/GÜVEN, s. 46.

İsviçre öğretisinde dijital verilerin ve daha dar olarak tokenlerin eşya kavramına dâhil olup olamayacağı meselesi yakın zamanda yoğun bir tartışma konusu olmuştur. Hâkim görüş, bu tür dijital varlıkların maddi bir niteliğe sahip olmamalarından ötürü eşya sayılamayacakları yönündedir²¹. Nitekim dağıtık defter teknolojisi ve blokzinciri için yasal çerçeveye dair Federal Konsey raporunda da tokenlerin mülkiyet hakkının konusunu teşkil edemeyecekleri belirtilmiştir²². Bu görüşün dayandığı bir diğer husus ise, eşya ile aynı hükümlere tabi tutulabilecek şeylerin yalnızca kamuya açıklık (*Publizität*) ihtiyacı bulunan bazı haklarla sınırlı olduğudur²³. Diğer ifadeyle, maddi varlığa sahip olmayan şeylerin eşya muamelesi görmesi, ancak istisnai durumlarda ve kanuni düzenlemenin bulunması halinde söz konusu olabilir. Söz gelimi, İsviçre Medeni Kanunu m. 713 (TMK m. 762) hükmü taşınır mülkiyetinin konusu olarak doğal güçleri (*Naturkräfte*) de saymaktadır. Ancak bu durum doğal güçleri eşyaya dönüştürmeyip, sadece hukuki olarak eşya ile eşit konuma getirmektedir²⁴. Dolayısıyla token gibi dijital varlıkların kanuni düzenleme olmaksızın hukuken eşya ile bir tutulması mümkün değildir²⁵. Bu sonuç,

²¹ VON DER CRONE, Hans Caspar/KESSLER, Franz J./ANGSTMANN, Luca: "Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie", Schweizerische Juristen Zeitung, 114/2018, s. 339; SCHMID, Alain/SCHMIDT, Kirsten Johanna/ZECH, Herbert, "Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion", Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, s. 629; GOBAT, Sébastien, "Les monnaies virtuelles à l'épreuve de la LP", Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, 2016, s. 1098; WIDMER, Michael/SCHNEBLE, Christophe Olivier/EGLI, Philipp/ELGER, Bernice S., "«Eigentum» an Patientendaten – Wer meint damit eigentlich was?", Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, Stämpfli Verlag AG, 2021, s. 98; HESS, Martin/LIENHARD, Stephanie, "Übertragung von Vermögenswerten auf der Blockchain", Jusletter, 4 December 2017, s. 11; AREF/FÁBIÁN/WEBER, s. 390. Türk Hukukunda da Sirmen, dijital verilerin cismani olmamaları nedeniyle eşya sayılamayacakları görüşündedir. Bkz: SİRMEN, s. 6. Akçaal da hâkim görüşe katılarak, tokenlerin Medeni Kanun anlamında eşya olmadıklarını savunmanın daha isabetli olduğunu belirtmektedir. Bkz: AKÇAAL, NFT, s. 377.

²² "Legal framework for distributed ledger technology and blockchain in Switzerland", Federal Council Report, Bern, 14 December 2018, s. 45.

²³ VON DER CRONE/KESSLER/ANGSTMANN, s. 339.

²⁴ VON DER CRONE/KESSLER/ANGSTMANN, s. 339; AREF/FÁBIÁN/WEBER, s. 390.

²⁵ THOUVENIN, Florent/FRÜH, Alfred/LOMBARD, Alexandre, "Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 2017, s. 26.

eşya hukukuna hâkim olan sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesinin de gereğidir²⁶. Bununla birlikte, blokzinciri sisteminin katılımcıları, NFT'lere ilişkin özel hukuk sorumluluklarını kendi aralarında düzenleme serbestisine sahiptirler²⁷.

İsviçre öğretisinde bazı yazarlar, kripto para birimleri gibi dijital varlıkların klasik anlamda maddilik unsurunu karşılamamakla birlikte, mülkiyet hakkının konusu olabilen şeyler olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir²⁸. Bir şeyin eşya olarak nitelendirilmesi yalnızca fiziki durumuna değil, her şeyden önce ekonomik işlevine ve toplumdaki bakış açısına bağlı olmalıdır. Bu nedenle modern bir yorum geliştirebilmek için, maddilik unsurunun bir şeyin eşya olarak nitelendirilmesinin kesin bir ön koşulu olarak görülmemesi gerektiğine dikkat çekilmektedir²⁹.

İsviçre öğretisinde yeni bir görüş ise, token gibi dijital varlıkların eşya olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir³⁰. Bu görüşe göre, Kanunda eşyanın açık bir tanımı olmadığından, bu kavramın tanımı öğreti ve içtihadın konusudur. İsviçre Hukuku bakımından eşya, temelde açık ve dinamik bir kavramdır³¹. Bu nedenle eşya kavramı işlevsel anlamıyla düşünülmelidir³². Günümüzün dijital ekonomisi, dijital varlıkları gerçek birer eşya (taşınır) gibi ele almaktadır. Hukuki işlemlerde maddi şeyler ile sanal şeyler aynı muameleye tabi tutulmaktadır. Dijital varlıklar tedavül edebilir ve tıpkı fiziki eşyalar gibi edinilir, değiştirilir, devredilir ve yok edilir³³. Dolayısıyla, geniş anlamda dijital verilerin hukuken eşya olarak nitelendirilmesine engel bir durum yoktur.

²⁶ AREF/FÁBIÁN/WEBER, s. 391.

²⁷ AREF/FÁBIÁN/WEBER, s. 391.

²⁸ SEILER, Benedikt/SEILER, Daniel: "Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?", Sui Generis-Die juristische Open Access Zeitschrift, 2018, s. 158.

²⁹ SEILER/SEILER, s. 159.

³⁰ ECKERT, Martin, "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache", Schweizerische Juristen-Zeitung, 112/2016, s. 247; GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/FURRER Andreas, "The Position of Blockchain Technology and Bitcoin in Swiss Law", Jusletter, vom 8. Mai 2017, s. 17 vd.

³¹ ECKERT, s. 247; HESS-ODONI, Urs: "Die Herrschaftsrechte an Daten", Jusletter, vom 17. Mai 2004, s. 23.

³² ECKERT, s. 247.

³³ ECKERT, s. 247.

Amerikan Hukukunda da NFT'lerin mülkiyet hakkının konusunu teşkil edebileceğini ifade eden bir görüş bulunmaktadır³⁴. Söz konusu görüş, daha çok NFT alım-satımı yapan kişilerin iradesine odaklanır. Buna göre NFT'nin satıcısı maliki olduğu bir şeyi sattığını düşünürken, alıcı da bir şeyin mülkiyet hakkını elde ettiğine inanmaktadır³⁵. Dolayısıyla NFT'nin satıcı ve alıcıları, bir şey üzerindeki mülkiyeti devretme niyetini taşımaktadır. Hukuk düzeni, teknolojik meseleler hakkında karar verirken onların nasıl kullanıldığına dikkat etmelidir³⁶. Yeni teknolojiler için bir metafor seçilecekse, benzerliklerin mümkün olduğunca fazla olması avantaj sağlayacaktır. NFT'ler konusunda da en makul yol, mülkiyet hukuku kurallarının uygulanmasıdır³⁷. NFT'ler her ne kadar akıllı sözleşme temelinde yönetilseler de genel olarak kişiler tarafından tıpkı bir eşya gibi muamele görmektedirler³⁸. Zira tokenler, tıpkı fiziki nesnelere gibi mülk edinilmeye elverişlidir³⁹. Tüm bunların yanında Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin *Kremen vs. Cohen* davasında mülkiyetin varlığına dair yaptığı tespitler de örnek gösterilmektedir⁴⁰. Bahsi geçen davadaki uyuşmazlık, bir internet alan adı üzerinde mülkiyet hakkının söz konusu olup olamayacağı noktasında toplanmıştır. Mahkeme, kesin olarak tanımlanabilen bir menfaatin var olduğu ve hak sahibinin meşru bir şekilde hâkimiyet altında bulundurduğu şeyler bakımından mülkiyet hakkının ortaya çıkacağına, internet alan adlarının da bu ölçütleri karşıladığına karar vermiştir⁴¹. Şu halde, internet alan adları mülkiyet hakkının konusunu teşkil edebiliyorsa, blokzinciri üzerindeki tokenler bakımından da aynı sonuca varılabilir⁴².

Dijital varlıkların ve daha özelden NFT'lerin mülkiyet hakkının konusu olarak korunup korunamayacağı meselesi, Alman öğretisinde de

³⁴ FAIRFIELD, Joshua, "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property", *Indiana Law Journal*, Vol. 97, Issue 1, 2021, s. 58.

³⁵ FAIRFIELD, s. 58.

³⁶ FAIRFIELD, s. 62.

³⁷ FAIRFIELD, s. 62.

³⁸ FAIRFIELD, s. 62.

³⁹ FAIRFIELD, s. 58.

⁴⁰ OMLOR, Sebastian, "Digitales Eigentum an Blockchain-Token – rechtsvergleichende Entwicklungslinien", *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, Deutscher Fachverlag GmbH, 2020, s. 47.

⁴¹ OMLOR, 2020, s. 47.

⁴² OMLOR, 2020, s. 48.

tartışılmıştır. İsviçre’de olduğu gibi, Alman öğretisinde de hâkim görüş, dijital varlıkların maddi bir varlığa sahip olmamalarından ötürü hukuken eşya sayılamayacaklarını ifade etmektedir⁴³. Eşyanın maddi bir varlığa sahip olması, Alman Medeni Kanunu’nda açıkça düzenlenmiştir (BGB § 90). Alman öğretisinde, duyuşal (*sinnlich*) olarak idrak edilebilen ve uzamsal (*räumlich*) olarak sınırlandırılabilen şeylerin maddi varlığa sahip oldukları ifade edilmektedir⁴⁴. Dijital varlıklar, duyuşal olarak algılanamaz ve uzamsal olarak sınırlandırılmaları da mümkün değildir. Dolayısıyla, blokzincirinde bilgisayar verisi olarak depolanan NFT’ler de eşya olarak kabul edilemez⁴⁵. Bununla birlikte Alman Hukukunda bir görüş, eşyaya dair hükümlerin kıyasen (*in Analogie*) tokenler hakkında da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁶. Buna göre, Federal Alman Anayasası’nın⁴⁷ 14. maddesi mülkiyeti garanti altına almıştır ve kanun koyucu özellikle mülkiyetten doğan hakların ekonomik işlevselliğini garanti etmelidir. İnternet alan adları, Anayasa’nın 14. maddesi bağlamında mülkiyete konu olabiliyorsa, aynı durum tokenler için de geçerli olmalıdır⁴⁸. Alman Medeni Kanunu’nun 90. paragrafının (BGB § 90) kıyasen uygulanması, kişilerin tokenler üzerindeki menfaatlerinin korunma seviyesini önemli ölçüde arttıracaktır. Öte yandan, tokenler eşya olarak kabul edilemeseler de, bunların devri noktasında taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin BGB § 929 hükmünün kıyasen uygulanabileceği de belirtilmektedir⁴⁹.

⁴³ OMLOR, Sebastian, Kryptowährungen und Token, Deutscher Fachverlag GmbH, 2021, s. 271; KAULARTZ/SCHMID, s. 300; HOEREN, Thomas/PRINZ, Wolfgang, “Das Kunstwerk im Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit – NFTs (Non-Fungible Tokens) in rechtlicher Hinsicht”, Computer und Recht - Zeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologie, Heft 8, 2021, s. 567; WEGENER, Ferdinand, “Die Rechtsnatur von Krypto-Token – Einordnungsversuche im Zivilrecht”, Cologne Technology Review & Law, Vol. 1, 2021, s. 46; WALTER, Andreas, “Bitcoin, Libra und sonstige Kryptowährungen aus Zivilrechtlicher Sicht”, Neue Juristische Wochenschrift, Heft 50, 2019, s. 3611.

⁴⁴ STRESEMANN, Christina, Münchener Kommentar zum BGB, Band I, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2021, Rn. 8.

⁴⁵ RAUER, Nils/BIBI, Alexander, “Non-fungible Tokens – Was können sie wirklich?“, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Heft I, 2020, s. 24; KAULARTZ/SCHMID, s. 300.

⁴⁶ WEGENER, s. 49.

⁴⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.

⁴⁸ WEGENER, s. 49.

⁴⁹ WALTER, s. 3611.

Bahsi geçen hükme göre, taşınır mülkiyetinin devredilebilmesi için, malikin eşyayı iktisap edene teslim etmesi ve her ikisinin de mülkiyetin devri konusunda anlaşmaları gerekmektedir. Tokenlerin devrinin de BGB § 929 anlamında bir real sözleşme olarak kabul edilebileceği ileri sürülmektedir⁵⁰.

Alman Hukukunda bir başka görüş, eşya kavramına girmemekle birlikte, NFT'lerin BGB § 823/1 kapsamında korunabileceğini ileri sürmektedir⁵¹. Bahsi geçen hükme göre, bir başkasının hayatını, bedenini, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyet veya diğer bir hakkını ihlal eden kişi, meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüdür. İşte NFT'lerin de burada geçen "diğer haklar (*sonstige Rechte*)" çerçevesine dâhil edilebileceği ve haksız fiil hukuku içinde korunabileceği belirtilmektedir⁵². Ancak hükümde geçen diğer hakların kapsamının ne olduğu açık değildir⁵³. Bununla birlikte, dijital verilerin BGB § 823 çerçevesinde korunmasına olumlu bakılmaktadır⁵⁴. Haksız fiil hukukunun koruma kapsamı, verilerin iletme ve saklanma şekline bağlı olamaz. Aksi takdirde haksız fiil hukuku, gelişen teknik koşullar altında yeni tür sorunlara çözüm bulma görevinde başarısız olacaktır⁵⁵. Bu nedenle özel hukuk, veri sahipliğinin korunmasını garanti etmelidir⁵⁶. Kodlanmış verilerin fiziki varlığa sahip eşyalar olarak nitelendirilemeyeceği açıktır⁵⁷. Burada söz konusu olan daha çok mülkiyetin korunmasına benzer şekilde bir hâkimiyet ve tasarruf yetkisinin tanınmasıdır⁵⁸. Ancak tokenlerin BGB § 823/1 hükmünde yer alan diğer haklar içerisinde sayılamayacağını düşünenler de vardır⁵⁹. Bu görüşe göre, tokenlerin diğer haklar kapsamında korunabilmesi için,

⁵⁰ WALTER, s. 3611.

⁵¹ KAULARTZ/SCHMID, s. 300.

⁵² KAULARTZ/SCHMID, s. 300.

⁵³ BROCKMANN, Tim/KÜNNEN, Simon, "Die sonstigen Rechte iSd § 823 I BGB", Juristische Schulung, Heft 10, 2020, s. 910.

⁵⁴ WAGNER, Gerhard, Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, 8. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2020, Rn. 332; HOEREN/PRINZ, s. 570.

⁵⁵ WAGNER, MüKo, BGB § 823, Rn. 332.

⁵⁶ WAGNER, MüKo, BGB § 823, Rn. 332.

⁵⁷ WAGNER, MüKo, BGB § 823, Rn. 334.

⁵⁸ WAGNER, MüKo, BGB § 823, Rn. 334.

⁵⁹ OMLOR, 2020, s. 52.

kanun koyucu tarafından mülkiyet benzeri koruma içerecek şekilde temel bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir⁶⁰.

Avusturya Medeni Kanunu, kişiden ayrı olan ve insanların kullanımına hizmet eden her şeyi hukuki anlamda eşya olarak tanımlamıştır (ABGB § 285). Yine aynı Kanunda, bir kimseye ait olan gayrimaddi eşyaların (*unkörperlichen Sachen*) da mülkiyetin konusu olduğu belirtilmektedir (ABGB § 353). Şu halde söz konusu hukuk düzeninde eşya kavramının çevresi oldukça geniş bir kapsama sahip olup, maddi mallarla sınırlı değildir. Bu nedenle Avusturya Hukukunda öğreti, dijital varlıkların eşya kavramına dâhil olduğu noktasında hemfikirdir⁶¹. Avusturya Medeni Kanunu, eşyaları maddi ve gayrimaddi olarak ikiye ayırmaktadır (ABGB § 292). Maddi eşya, duysal olarak algılanabilen, sınırları belirli ve fiilen hâkimiyet altına alınabilen şeylerdir⁶². Bu unsurları sağlamayan şeyler ise gayrimaddi eşya kapsamında ele alınmaktadır. Dolayısıyla kripto para birimleri de dahil olmak üzere, dijital varlıkların ve dijital verilerin gayrimaddi eşya oldukları kabul edilmektedir⁶³.

2. Belirlilik Unsuru Bakımından

Bir şeyin hukuken eşya olabilmesi için maddi bir varlığa sahip olması yeterli değildir. Maddi varlığa sahip olan şeyin aynı zamanda belirli olması gerekir⁶⁴. Belirlilik, eşyanın sınırlarının yeterli ölçüde belirlenerek bağımsız bir varlık kazanması ve diğer eşyalardan ayırt edilebilmesi anlamına gelir⁶⁵. Bu bakımdan belirlilik unsuru, öğretilerde sınırlandırılmış

⁶⁰ OMLOR, 2020, s. 52.

⁶¹ VONKILCH, Andreas/KNOLL, Matthias, "Bitcoins und das Sachenrecht des ABGB", *Juristische Blätter*, Vol. 141, Issue 3, 2019, s. 141; FLEIßNER, Lisa, "Eigentum an unkörperlichen Sachen am Beispiel von Bitcoins", *Österreichische Juristen Zeitung*, Heft 10, 2018, s. 438; SULZER, Matthias, *Zivilrechtliche Einordnung von Bitcoin und Diem*, Diplomarbeit-Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Zivilrecht, 2021, s. 13.

⁶² SULZER, s. 14.

⁶³ SULZER, s. 14; FLEIßNER, s. 438; VONKILCH/KNOLL, s. 141.

⁶⁴ AKSOY DURSUN, s. 25; NOMER/ERGÜNE, s. 7.

⁶⁵ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 17; AKÇAAL, Eşya, s. 16; SEILER/SEILER, s. 157.

olma şeklinde de ifade edilmektedir⁶⁶. Söz gelimi deniz ve göllerde bulunan sular, maddi varlığa sahip oldukları halde sınırlandırılmış olmadıkları için eşya değildirler.

İsviçre öğretisinde dijital verilerin eşya sayılabileceğini ileri süren görüş, bunların sınırlandırılmış olma unsurunu da taşıdığı kanaatindedir⁶⁷. Zira uygun bir taşıyıcı ortam üzerinde depolanan verilerin her biri, diğerlerinden ayrı bir varlığa sahiptir. Bu da onların sınırlandırılmış bir şey (*ein abgegrenzter Gegenstand*) olmaları sonucunu doğurur⁶⁸. Öte yandan belirlilik unsuru sadece fiziki anlamda sınırlandırmayı değil, işlevsel olarak bir şeyin ayırt edilebilir olmasını da kapsar⁶⁹. Blokzincirinin şeffaflık ve değişmezlik özellikleri, bu sistem üzerinde yapılan işlemler bakımından kesinlik meydana getirir. Hatta bazı yazarlar, blokzinciri sisteminin yarattığı güvenlik seviyesinin, bir taşınıra malik olmanın ortaya çıkardığı güvenin çok üzerinde olduğu kanaatindedir⁷⁰. Azınlıkta kalan görüşün ileri sürdüğü bu fikir, esasen NFT'ler bakımından daha belirgindir. Zira blokzinciri üzerinde yer alan her bir NFT'nin kendine ait bir veri kodu bulunur ve bu da onu diğerlerinden ayırt eder. Böylelikle her bir NFT, benzersiz ve bağımsız bir yapıya bürünmüş olmaktadır. Dolayısıyla, belirlilik unsurunun işlevsel bir şekilde anlaşılması halinde, NFT'lerin bu unsuru sağladığı sonucuna varılabilecektir. Dijital verilerin eşya sayılamayacağını düşünen hâkim görüş ise, en başta bunların maddi varlığa sahip olmadıklarını kabul ettiği için diğer unsurları değerlendirmeye almamaktadır.

3. Hâkimiyete Elverişlilik Unsuru Bakımından

Hâkimiyete elverişlilik, bir şeyin kişiler tarafından fiili ve hukuki olarak kontrol edilebilmesini ifade eder⁷¹. Diğer deyişle, hâkimiyete elve-

⁶⁶ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZK-ZGB, Art. 641, Einleitung, N. 21; ARNET, CHK-ZGB, Art. 641, N. 12; ESENER/GÜVEN, s. 48; SİRMEN, s. 6. Antalya/Topuz, "tanımlanabilirlik" kavramını kullanmaktadır. Bkz: ANTALYA/TOPUZ, s. 70.

⁶⁷ ECKERT, s. 248.

⁶⁸ ECKERT, s. 248.

⁶⁹ SEILER/SEILER, s. 157.

⁷⁰ SEILER/SEILER, s. 157. Yazarlara göre, işlevsel bir bakış açısıyla kripto para birimleri eşyanın belirlilik unsurunu karşılamaktadır.

⁷¹ ARNET, CHK-ZGB, Art. 641, N. 13; SEILER/SEILER, s. 159; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 18; SİRMEN, s. 7; ANTALYA/TOPUZ, s. 75; ESENER/GÜVEN, s. 46; AKÇAAL, Eşya, s. 16.

rişliliğin fiili hâkimiyet ve hukuki hâkimiyet olmak üzere iki yönü bulunmaktadır⁷². Fiili hâkimiyet, bir şeyin insan iradesine tabi olmasıdır⁷³. Örneğin gezegenler üzerinde henüz fiili hâkimiyet kurulamadığı için bunlar hukuken eşya değildir⁷⁴. Öte yandan, fiili hâkimiyete elverişli olan bir şeyin hukuki hâkimiyete de elverişli olması gerekir. Hukuki hâkimiyet, bir şeyin hak konusu olmasına hukuk düzeni tarafından izin verilmesi demektir⁷⁵. Şu halde, üzerinde fiili hâkimiyet kurulması mümkün olan bir şeyin edinilmesine ya da o şeyin hukuki işlem konusu yapılmasına hukuk düzeni izin vermiyorsa, hukuki hâkimiyet söz konusu olamaz⁷⁶.

NFT'ler birer dijital veri olarak üzerinde fiili hâkimiyet kurulabilen varlıklardır⁷⁷. Zira bunların insan iradesiyle kontrol edilmesi mümkün olduğu gibi⁷⁸, hukuki işlemlere de konu edilebilmektedirler. Mevcut hukuk düzeni bakımından NFT'lerin edinilmesini ya da bunların hukuki işlemlere konu olmasını yasaklayan bir kural bulunmamaktadır. Her ne kadar, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından ödemelerde kripto varlıkların kullanılmasını yasaklayan bir yönetmelik⁷⁹ çıkarılmış olsa da, bahsi geçen yönetmelik kripto varlıkların edinilmesini yasaklamamaktadır. Ayrıca NFT'ler, ödeme aracı olarak kullanılan kripto varlıklar değildir. Şu halde NFT'lerin hâkimiyete elverişlilik unsurunu karşıladığı ifade edilebilir.

⁷² AKSOY DURSUN, s. 26.

⁷³ SİRMEN, s. 7.

⁷⁴ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 18; AKÇAAL, Eşya, s. 16.

⁷⁵ SİRMEN, s. 7; AKSOY DURSUN, s. 27.

⁷⁶ SİRMEN, s. 7; Aksoy Dursun'a göre, hukukten hâkimiyet kurmaya elverişli olup olmamak bir varlığın eşya sayılıp sayılmaması bakımından rol oynamaz. Bir varlığın üzerinde fiilen hâkimiyet kurulmaya elverişli olması, eşya sayılması için yeterlidir. Bkz: AKSOY DURSUN, s. 28.

⁷⁷ Dijital verilerin hâkimiyete elverişli oldukları hakkında bkz: ECKERT, s. 248.

⁷⁸ LOMBARD, Alexandre: "Smart Property and the Blockchain- Tokenisation and Transfer of Tokenised Assets under Swiss Law", *Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, Dike Verlag AG, 2019, s. 254.

⁷⁹ 16 Nisan 2021 Tarih ve 31456 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan, "Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik".

4. Kişilik Dışı Olma Unsuru Bakımından

Kişilik ve kişiliği oluşturan değerler eşya kavramının dışındadır⁸⁰. Bu nedenle insan bedeni ve uzuvları maddi varlığa sahip olsalar da aynı hakkın değil, kişilik hakkının konusunu oluştururlar. Öğretide kişilik dışı olma unsuru bakımından ceset, embriyo ve hayvanlar gibi bazı şeylerin eşya sayılıp sayılmayacakları tartışılmıştır⁸¹. Tokenlerin ve bunun bir türü olarak NFT'lerin kişilik dışı olduğu açıktır⁸². Zira bunlar blokzinciri üzerinde depolanan veriler olup, kişilik değerleriyle bir ilgileri bulunmamaktadır.

5. Tartışmalı Bir Unsur: Ekonomik Değerlilik Bakımından

Maddi varlığa sahip bir şeyin eşya sayılabilmesi için ekonomik değere sahip olmasının gerekip gerekmediği hususu önceden beri tartışmalıdır⁸³. Bazı yazarlar, ekonomik değeri olmayan şeylerin hukuken eşya sayılmaması gerektiğini ifade etmektedirler⁸⁴. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise, maddi bir şeyin mutlaka ekonomik değerinin olması zorunlu değildir⁸⁵. Eşyanın insanın herhangi bir maddi ya da manevi ihtiyacını karşılaması yeterlidir⁸⁶. NFT'lerin ekonomik değere sahip oldukları noktasında duraksama yoktur. Nitekim yukarıda belirtildiği gibi, NFT'lerin satışı konusunda oldukça büyük miktarlara varan bir piyasa oluşmuştur. Şu halde ekonomik değerlilik, eşyanın unsurlarından biri olarak kabul edilse dahi NFT'ler bakımından engel teşkil etmeyecektir.

6. Görüşümüz

Tokenler ve daha dar olarak NFT'ler, blokzinciri üzerinde yer alan dijital veriler olup, maddi varlığa sahip değildirler. Türk-İsviçre Hukukunda eşya kavramının kanuni tanımı bulunmasa da, önceden beri süregelen öğretisi ve uygulama, ancak maddi varlığa sahip olan şeyleri eşya

⁸⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 20; ANTALYA/TOPUZ, s. 58; ESENER/GÜVEN, s. 47; NOMER/ERGÜNE, s. 8.

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: ANTALYA/TOPUZ, s. 59 vd; AKSOY DURSUN, s. 148 vd.

⁸² Kişilik dışı olma unsuru bakımından kripto varlıkların herhangi bir sorun teşkil etmediği noktasında bkz: SEILER/SEILER, s. 156.

⁸³ AKİPEK, s. 35; AKSOY DURSUN, s. 30 vd.

⁸⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 8; ANTALYA/TOPUZ, s. 75; ERTAŞ, s. 6; NOMER/ERGÜNE, s. 7.

⁸⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 21; AKİPEK, s. 35; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 28.

⁸⁶ AKSOY DURSUN, s. 35.

olarak kabul etmektedir. Eşya kavramını dar anlamda ele alan bu bakış açısının, salt teknik ve ekonomik gelişmeler göz önünde tutularak yok sayılması mümkün değildir. Dolayısıyla hâlihazırdaki düzenlemeler bakımından NFT'lerin hukuken eşya olarak kabul edilmesi söz konusu olamaz. Diğer taraftan, NFT'lerin eşya ile bir tutularak eşyaya dair hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak da ihtimal dışıdır. Zira maddi varlığa sahip olmayan bir şey bakımından eşya hukuku kurallarının uygulanması, ancak bu konuda açık bir kanuni düzenleme olmasına bağlıdır.

Bir an için NFT'lerin eşya kavramına dâhil olduğu düşünülse bile, bunun pratik sonuçlarının ne olacağı açık değildir. NFT'lerin eşya olarak kabulü, bunlar üzerindeki hakkın TMK çerçevesinde korunması gerektiği ve NFT'ye sahip olan kişinin mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden faydalanması anlamına gelecektir. Söz gelimi, kripto borsasında bir NFT üreten kişinin özel anahtarı (şifresi) başkası tarafından ele geçirilirse, bu kişi artık NFT üzerindeki fiili hakimiyetini kaybedecektir. Eğer NFT eşya sayılırsa, şifresi ele geçirilen kişinin TMK m. 683/2 çerçevesinde istihkak ya da elatmanın önlenmesini dava edebileceği sonucuna varılır. Peki, böyle bir varsayımda söz konusu talepler kime yöneltilecektir? Hâkim elatmanın önlenmesine karar verebilecek midir? Bu yönde bir karar verse dahi, bunun icrası nasıl mümkün olabilir? Bu gibi sorular çoğaltılabilir ve mevcut durum bakımından sonuç belirsizdir. İsviçre öğretisinde dijital verilerin eşya sayılabileceği savunan görüş, veri sahibinin ZGB Art. 641 (TMK m. 683) hükmüne dayanarak istihkak talebinde bulunabileceğini ve bunların iadesini isteyebileceğini ileri sürmektedir⁸⁷. Ancak bunun pratikte nasıl gerçekleşebileceği noktasında bir izahta bulunamamaktadır.

NFT'lerin eşya sayılması halinde zilyetlikle ilgili durumlar da sorunludur. Her şeyden evvel burada, maddi varlığa sahip şeylerle aynı mahiyette bir fiili hâkimiyetten bahsedilemez. Bunun sonucu olarak, Kanunda zilyetliğin korunması ile ilgili var olan düzenlemelerin uygulanmasında tereddüt söz konusu olacaktır. Örneğin TMK m. 981'de "Savunma hakkı" başlığı altında düzenlenen, zilyetliğin kuvvet kullanılarak korunması ihtimal dışıdır. Zilyetlik davalarının ya da taşınır davasının da NFT'lerin korunması bakımından işlevsel olduğu söylenemez. Zira bu davalar, maddi varlığa sahip eşyalar göz önünde tutularak düzenlenmiştir.

⁸⁷ ECKERT, Martin, "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten", Schweizerische Juristen-Zeitung, 112/2016, s. 272; SEILER/SEILER, s. 160.

Görüldüğü üzere, genel anlamda tokenlerin ve özelde NFT'lerin eşya sayılması ya da eşya hukuku kurallarının kıyasen uygulanması ilk bakışta cazip görünse de, teorik ve pratik olarak temelsizdir. Ancak NFT'ler üzerindeki hakkın niteliğinin kesinlik kazanmasına yönelik bir ihtiyaç olduğu da ortadadır. Eşya hukuku dışında NFT'lerin hukuki niteliğinin ele alındığı bir diğer alan fikri mülkiyet hukuku olmaktadır. NFT'lerin eser olarak kabul edildiği hallerde, bunu meydana getiren kişi bakımından bazı koruma imkânları doğacağı şüphesizdir. Bununla birlikte, fikri mülkiyet hukuku temelindeki korumanın sınırlı kalacağını ifade etmek gerekir. Zira NFT'ye dönüştürülen her dosyanın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser niteliğine sahip olduğu söylenebilir⁸⁸. Bu nedenle, genel olarak tokenlerin hukuki statüsü konusunda özel bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Nitekim Alman öğretisinde de, tokenler üzerindeki hakkın mülkiyet benzeri özel bir hak türü olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Hatta bazı yazarlar, tıpkı hayvanlar bakımından yapıldığı gibi (BGB § 90a), Alman Medeni Kanunu'nun eşya kavramına dair 90. paragrafından sonra gelmek üzere "90b" paragrafının düzenlenerek, dijital varlıkların eşya olmadığına, ancak eşyalara uygulanan hükümlerin aksi belirtilmedikçe bunlar hakkında da uygulanacağına yönelik bir hüküm getirilmesini önermektedirler⁸⁹. Yine İsviçre öğretisinde de, kanun koyucunun İsviçre Medeni Kanunu'nun 713. maddesine (TMK m. 762) benzer bir düzenlemeye giderek, dijital varlıklar üzerindeki hakka mutlak bir koruma getirmesinin giderek artan bir ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir⁹⁰. Kanaatimizce, Türk Hukuku bakımından özel bir kanun ile dijital varlıkların çerçevesi çizilmeli ve bu konudaki boşluk giderilmelidir. Böylelikle dijital varlıklar konusundaki hukuki belirsizlik ortadan kaldırılmış olacaktır.

⁸⁸ Örneğin Enes Özkan adlı ekonomist, Merkez Bankası'nın ödemelerde kripto varlıkların kullanılmasını yasaklayan yönetmeliğini eleştirmek için yönetmeliği NFT'ye dönüştürerek satışa çıkarmıştır. Söz konusu NFT, FSEK m. 1/B anlamında sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan bir fikir ve sanat mahsulü değildir.

Bkz: <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/tcmbnin-kripto-para-yonetmeligi-nft-olarak-satisa-cikarildi-duzenleme-degil-yasaklama-1829645> (Erişim Tarihi: 01.02.2022)

⁸⁹ MÖSLEIN, Florian/OMLOR, Sebastian/URBACH, Nils, "Grundfragen eines Blockchain-Kapitalgesellschaftsrecht", Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 44, 2020, s. 2152.

⁹⁰ SEILER/SEILER, s. 163.

III. NFT'LERİN GELECEĞİ: TOKENİZASYON

A. Tokenizasyon Kavramı

Tokenizasyon (*Tokenisierung*), hakların senetler yahut belgeler yerine tokenlerde somutlaştırılması anlamına gelmektedir⁹¹. Blokzinciri teknolojisinin gelişimiyle birlikte ortaya çıkan bu kavram, tüm dünyada yeni hukuki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Söz konusu tartışmalar içerisinde en ilgi çekici olanlardan biri ise, somut nesnelere NFT'ler ile temsil edilmesidir⁹². Diğer deyişle, eşya niteliğine sahip olan taşınır yahut taşınmazların bir NFT ile temsil edilmesi ve bu NFT'nin devrinin aynı zamanda temsil ettiği şeyin de mülkiyet hakkının devri sonucunu doğurması fikri gündeme gelmiştir⁹³. Bu fikri cazip kılan temel husus, özellikle taşınmazlar ve motorlu araçlar gibi, devir için muhtelif prosedürlerin gerektiği mallar konusunda zaman ve maliyet verimliliği sağlayacağı beklentisidir⁹⁴. Söz gelimi, plaka numarası belirli bir otomobil NFT olarak temsil edildiğinde, bu NFT'nin blokzinciri üzerinden alıcıya gönderilmesiyle birlikte, otomobilin mülkiyeti de alıcıya geçmiş olacaktır. Böylelikle, notere gitmeye gerek kalmaksızın saniyeler içerisinde mülkiyet hakkının devri gerçekleştirilebilir.

Mülkiyet hakkının tokenizasyonunu cazip kılan bir diğer mesele, taşınmazların menkul kıymetleştirilmesi alanında kullanılma potansiyelidir. Menkul kıymetleştirme likit olmayan, diğer deyişle hemen paraya çevrilemeyen malvarlıklarının ihraç edilebilecek ve sermaye piyasala-

⁹¹ KAULARTZ, Markus/MATZKE, Robin, "Die Tokenisierung des Rechts", Neue Juristische Wochenschrift, Heft 45, 2018, s. 3278.

⁹² Bunun dışında hisse senetleri ile borç senetlerinin ve her türlü kıymetli evrakın tokenler ile temsil edilmesi de ticaret hukuku yönüyle tartışılmaktadır. Hatta 9 Haziran 2021 tarihli Alman Elektronik Kıymetli Evrak Kanunu'nun (*Gesetz über elektronische Wertpapiere*) kıymetli evrakın tokenizasyonuna hizmet edeceği düşünülmektedir. Bkz: VON BUTTLAR, Julia/OMLOR, Sebastian, "Tokenisierung von Eigentums-, Nutzungs-, Zutritts- und Pfandrechten", Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft 54, 2021, s. 169.

⁹³ MACCABE, s. 71; AUFFENBERG, Lutz, "Der Traum vom tokenisierten Eigentum – Ist das rechtlich möglich?", <https://fin-law.de/2021/05/17/der-traum-vom-tokenisierten-eigentum-ist-das-rechtlich-moeglich/> (Erişim Tarihi: 28.01.2022)

⁹⁴ LUCHSINGER GÄHWILER, Catrina, "Tokenisierung von Grundstücken in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme", <https://www.mll-news.com/tokenisierung-von-grundstuecken-in-der-schweiz-eine-bestandesaufnahme/> (Erişim Tarihi: 28.01.2022)

rında alım-satımı yapılabilecek menkul kıymete dönüştürülmesi anlamına gelir⁹⁵. Böylelikle taşınmazların birer yatırım aracı haline gelmesi sağlanmış olur. Taşınmazların tokenizasyon sayesinde menkul kıymetlerdeki fon paylarından daha küçük paylara bölünebileceği ve böylelikle kişilerin daha düşük bedellerle yatırım yapmasına fırsat tanıyacağı ileri sürülmektedir⁹⁶. Söz gelimi bir alışveriş merkezi projesi istenildiği kadar paya bölünerek her pay bir token ile temsil edilir. Tokeni satın alan kişi, tokenin temsil ettiği payın ve buna bağlı hakların sahibi olur. Örneğin belirli dönemlerde bu alışveriş merkezinden elde edilen gelir, token sahiplerine dağıtılabilir. Ancak bu mesele esasen mülkiyet hukukunun dışındadır. Zira token ile temsil edilen paydan kasıt, taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyet payı değil, gayrimenkul yatırım ortaklığının payıdır. Dolayısıyla daha çok sermaye piyasası ve şirketler hukukunu ilgilendirmektedir. Bununla birlikte, taşınmaz mülkiyetinin paylara bölünerek her bir payın token ile temsil edilmesi de gündeme gelmektedir⁹⁷.

B. Tokenizasyonu Kanunlaştıran Bir Ülke: Lihtenştayn

Token ekonomisinde öncü olma hedefiyle hareket eden Lihtenştayn, 2020 yılında “Tokenler ve Güvenilir Teknoloji Hizmet Sağlayıcıları Kanunu”⁹⁸ adlı hukuki düzenlemeyle birlikte, taşınır ve taşınmazların token olarak temsil edilmesinin önünü açmıştır. Zira bahsi geçen Kanunda, bir tokenin mülkiyet haklarını temsil edebileceği açıkça düzenlenmiştir (Art. 2/1)⁹⁹. Yeni düzenlemeye göre, daha önceden var olup tokene dönüştürülen hak, söz konusu tokenin güvenilir teknoloji (blokzinciri) üzerinde devri gerçekleştiği takdirde hukuki olarak bağlayıcı şekilde devredilmiş

⁹⁵ TİRYAKİ, Faik Metin, Taşınmaz Rehni İle Güvence Altına Alınmış Kredi Alacaklarının Menkul Kıymetleştirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2019, s. 8.

⁹⁶ PIGNON, Vincent, “Von der Immobilienverbriefung zur Tokenisierung”, <https://www.immoday.ch/de/medias/actualite/von-der-immobilienverbriefung-zur-tokenisierung>, (Erişim Tarihi: 31.01.2022)

⁹⁷ BALZLI, Tina/SCHNYDER, Sibylle, “Demokratisierung von Grundeigentum in der Schweiz durch Tokenisierung?”, <https://cms.law/de/che/publication?type=publication>, (Erişim Tarihi: 31.01.2022)

⁹⁸ Tokens and Trustworthy Technology Service Providers Law.

⁹⁹ LINS, Bianca/PRAICHEUX, Sebastien, “Digital And Blockchain-Based Legal Regimes: An Eea Case Study Based On Innovative Legislations – Comparison Of French And Liechtenstein Domestic Regulations”, *Financial Law Review*, No: 22 (2), 2021, s. 5.

olur¹⁰⁰. Dolayısıyla Lihtenştayn'da yapılan yasal düzenleme, tokenleri yeni haklar oluşturmayan fakat mevcut hakları hukuken temsil edebilen dijital varlıklar olarak tasarlamıştır¹⁰¹. Bu noktada Kanun, token tarafından temsil edilen nesnenin gerçekten var olduğunu doğrulamak için “Fiziki Doğrulayıcı (*Physical Validator*)” olarak adlandırılan bir kurum ihdas etmiştir (Art. 2/1)¹⁰². Fiziki doğrulayıcı, blokzinciri sisteminde devredilen tokenin temsil ettiği şeyin fiziki olarak da var olduğunu kontrol etmek ve onaylamakla görevli tarafsız bir üçüncü kişidir¹⁰³. Fiziki doğrulayıcı, Lihtenştayn Finansal Piyasa Otoritesi (FMA) tarafından faaliyet izni verilen ve buraya kayıtlı olan bir hizmet sağlayıcıdır. Kanunda hizmet sağlayıcıların yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Tokenizasyonun hukuki düzenlemelere uyumlaştırılmasını amaçlayan bu Kanunun diğer Avrupa ülkeleri bakımından örnek bir çerçeve metin olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴.

C. Mevcut Hukuk Düzeni Bakımından Mülkiyet Hakkının Tokenizasyonu

Taşınır veya taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının bir NFT ile temsil edilerek devredilmesi, hâlihazırda var olan hükümler çerçevesinde mümkün değildir. Taşınır mülkiyetinin devri, buna ilişkin borçlandırıcı

¹⁰⁰ LINS/ PRAICHEUX, s. 5; WEBER, Nicolas, “Viele Assets, Viele Tokens, eine Rechtsform: Tokenisierung von Sachwerten in Liechtenstein”, https://www.bvai.de/fileadmin/Themenschwerpunkte/CryptoAssets_und_Neue_Technologien/Temp___Copy_of_Kopie_von_Article_PCC_Neutral__DE_.pdf (Erişim Tarihi: 28.01.2022).

¹⁰¹ LAYR, Angelika K., “Tokenization of Assets: Security Tokens in Liechtenstein and Switzerland”, *Milan Law Review*, Vol. 2, No. 1, 2021, s. 64.

¹⁰² Öğretide fiziki doğrulayıcının yatırımcıları potansiyel risklerden korumak amacıyla ihdas edildiği belirtilmektedir. Zira yatırımcı, token tarafından temsil edilen nesnenin gerçekte de var olduğuna güvenebilmelidir. Böylelikle token ekonomisinin gelişimine katkı sunulmuş olacaktır. Bkz: MACCABE, s. 75.

¹⁰³ LINS/ PRAICHEUX, s. 5; LAYR, s. 65; MACCABE, s. 74.

¹⁰⁴ SANDNER, Philipp, “Liechtenstein Blockchain Act: How can nearly any right and therefore any asset be tokenized based on the Token Container Model?”, <https://philipsandner.medium.com/liechtenstein-blockchain-act-how-can-nearly-any-right-and-therefore-any-asset-be-tokenized-based-389fc9f039b1> (Erişim Tarihi: 31.01.2022)

işlem ile tasarruf işleminin tamamlanmasına bağlıdır¹⁰⁵. Borçlandırıcı işlem, mülkiyet hakkının kazanılmasının hukuki sebebini ifade eder¹⁰⁶. Bir taşınır üzerindeki mülkiyet hakkının devrine dair borçlandırıcı işlemin NFT ile yapılması düşünülebilir. Söz gelimi, kendisine ait bilgisayarı satmak isteyen kişi, bilgisayarın fotoğrafını çekip NFT'ye dönüştürmüş ve bu NFT'yi sabit fiyatla satışa çıkarmıştır. NFT'yi satın alanın bilgisayarı da satın almış olacağını ve daha sonra bilgisayarı göndereceğini belirtmiştir. Şu halde, bir başka kişi bu NFT'yi satın aldığı takdirde, bilgisayarın mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırıcı işlem kurulmuş olacak mıdır? Kural olarak taşınır mülkiyetinin devrine ilişkin borçlandırıcı işlemlerin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir¹⁰⁷. Sözleşmenin kurulması için gereken karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının blokzinciri aracılığıyla yapılmasına bir engel yoktur¹⁰⁸. Dolayısıyla bu şekilde yapılan sözleşmenin, taşınır mülkiyetinin devrinin hukuki sebebini oluşturması mümkündür. Ancak borçlandırıcı işlemin yapılmış olması, işlemin konusu olan taşınırın mülkiyetinin diğer tarafa geçmesi sonucunu doğurmaz¹⁰⁹. Diğer ifadeyle, NFT'yi satın alan kişi bilgisayarın mülkiyetini kazanamaz. Bunun için zilyetliğin devredilerek tasarruf işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Öğretide zilyetliğin mülkiyeti geçirme amacıyla devredildiği konusunda tarafların anlaşmaları (aynı sözleşme/dingliche Vertrag) gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁰. Borçlandırıcı işlemde olduğu gibi, zilyetliğin devrine ilişkin aynı sözleşmede de şekil şartı yoktur. Ancak burada zilyetliğin devrine konu olacak şey NFT değil, onun temsil ettiği taşınırdır. Şu halde NFT'nin satın alınmasının mülkiyetin devri bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Öte yandan, Kanunda devir için özel şekil şartı öngörülen taşınurlar (örneğin motorlu araçlar) bakımından ise, blokzinciri üzerinden NFT'nin gönderilmesi şekil şartını gerçekleştirilmeye yetmeyecektir.

Taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılması da borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin yapılmasını gerektirir. Ancak burada hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi, kural olarak yetkili memur huzurunda

¹⁰⁵ EREN, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 494 vd; MACCABE, s. 75.

¹⁰⁶ EREN, s. 494; MACCABE, s. 75.

¹⁰⁷ EREN, s. 494.

¹⁰⁸ MACCABE, s. 76.

¹⁰⁹ EREN, s. 494.

¹¹⁰ EREN, s. 495.

gerçekleştirilmek zorundadır (TMK m. 706/1). Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, ancak tapu kütüğüne tescil ile olur (TMK m. 705/1). Bu nedenle, bir taşınmazı temsil etmek üzere NFT üretilmiş olsa bile, bunun devredilmesinin mülkiyet hakkı bakımından hiçbir sonucu bulunmayacaktır. Taşınmazların tokenler ile temsili ve yine bunlar aracılığıyla devri, gerek Medeni Kanunun gerekse de buna bağlı olarak yürürlükte olan mevzuatın tabiri caizse yeni baştan yazılmasını gerektirmektedir. Öğretilerde haklı olarak belirtildiği üzere, tescil tapu sicili hukukunun katı düzenlemelerine tabidir ve tapu sicilinin blokzincirine dayalı olarak yeniden yapılandırılması ihtimalinde bile bundan vazgeçilemez¹¹¹. Öte yandan taşınmazların tokenler ile temsil edilerek devredilebildiği bir sistemin, mevcut sisteme göre önemli avantajlarının olup olmadığı da son derece şüphelidir¹¹². Zira bunun için oldukça kapsamlı yasal düzenlemeler dışında, teknik bir altyapının da sorunsuz biçimde oluşturulması gerekmektedir.

SONUÇ

Blokzinciri teknolojisinin olağanüstü bir hızda gelişimi, hâlihazırda var olan hukuk düzenini zorlamaktadır. Üstelik bu zorlama, neredeyse özel hukuk dallarının tamamını ve kısmen kamu hukukunu içine almış görünmektedir. Son dönemlerde kamuoyunda “dijital sanat eserleri” olarak adlandırılan NFT’ler konusunda sıradışı gelişmeler yaşanmıştır. Esasen blokzinciri sistemindeki bir veriden ibaret olan NFT’lerin bazılarının yüksek bedeller karşılığında satılması, bunlara olan ilgiyi daha da arttırmıştır. Hal böyle olunca, NFT’lerin hukuken nasıl ele alınacağı sorusu da gündeme gelmiştir. Bu bağlamda NFT’lerin eşya kavramına girip girmedikleri ve mülkiyet hakkının konusunu teşkil edip edemeyecekleri meselesi ortaya çıkmıştır. Konu, bilhassa Alman ve İsviçre öğretisinde yoğun şekilde tartışılmaktadır.

Bir şeyin hukuken eşya olarak nitelendirilmesi kanun koyucunun tavrına bağlıdır. Bazı hukuk sistemlerinde (örneğin Avusturya’da) eşya kavramının oldukça geniş biçimde ele alındığı ve maddi - gayrimaddi eşya ayrımına gidildiği görülmektedir. Bu gibi hukuk sistemleri bakımından dijital varlıkların eşya kavramına dâhil edilmesi noktasında pek fazla tereddütle karşılaşılmamaktadır. Türk-İsviçre ve Alman hukuklarında ise eşya kavramı dar bir çerçeveye sahiptir. Bu dar çerçeveyi en başta çizen

¹¹¹ VON BUTTLAR/OMLOR, s. 171.

¹¹² VON BUTTLAR/OMLOR, s. 171.

ve dijital varlıklar bakımından en çok sorun teşkil eden unsur ise cismanilik (maddilik) unsuru olmaktadır. Gerek İsviçre gerekse de Alman öğretisinin baskın bir biçimde cismanilik unsuruna bağlı kaldığı ve bu nedenle NFT'ler gibi dijital varlıkların eşya olarak nitelendirilmesine karşı durdukları açıkça görülmektedir. Gerçi, eşya kavramının durağan değil değişken olduğu ve çağın ihtiyaçlarına göre farklılık göstereceği sıklıkla ifade edilmektedir. Ancak böyle bir ihtiyaç varsa bile, maddi varlığa sahip olmayan şeylere eşya hukuku kurallarının uygulanmasının kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi gerektiği fikrinden çıkılamamaktadır. Buna karşın, öğretilerde çok azınlıkta kalan bazı yazarlar, dijital varlıkların tıpkı maddi varlığa sahip şeyler gibi birer eşya olduğu düşüncesini ortaya atmışlardır.

Kanaatimizce hâkim görüşü takip ederek dijital varlıkların ve özelde NFT'lerin eşya olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmek daha makuldür. Kripto paralar yahut NFT'ler gibi dijital varlıkların gördüğü ilgi, elbette hukukçuyu eşya kavramını yeniden düşünmeye sevk etmektedir. Dijital alanda kripto paraların ve NFT'lerin birer eşya gibi muamele görererek işlemlere konu edildikleri doğrudur. Fakat "NFT'ler de birer eşyadır" önermesinin başlı başına somut bir anlamı bulunmamaktadır. Bunun anlam kazanabilmesi için, eşyaya uygulanan hükümlerin NFT'ler bakımından da uygulanmaya elverişli olması gerekir. Başka ifadeyle, aynı hak sahibine tanınan mutlak koruma, NFT sahibine de tanınabildiği takdirde pratik açıdan işlevsel bir sonuç elde edilebilir. Oysaki NFT'ler bakımından eşyaya ilişkin hükümlerin uygulanmasında pek çok sorun meydana geleceği ortadadır. Bununla birlikte, hukuk düzeninin bu teknolojik gelişmelere kayıtsız kalması da düşünülemez. Nitekim başta İsviçre ve Almanya olmak üzere pek çok Avrupa ülkesinde, mevcut hukuk kurallarının blokzinciri teknolojisi çerçevesinde yeniden gözden geçirilmesine yönelik çalışmalar yürütülmektedir. Türk Hukuku bakımından ise, henüz böyle bir mevzuat yenileme ya da uyum çalışması yapıldığı görülmemektedir. Hâlbuki Türkiye'nin de "token ekonomisi" olarak ifade edilen bu alanda geri kalmayıp, yatırımcılar için güven unsuru teşkil edecek hukuki düzenlemeler üzerinde durması önem arz etmektedir. Bu bakımdan, dijital varlıklar üzerindeki hakkın mülkiyet hakkı dışında kendisine özgü bir hak türü olarak ele alındığı ve buna uygun koruma imkânlarının geliştirildiği bir sistem düşünülebilir. Nasıl ki, maddi varlığı olmayan fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar fikri mülkiyet şeklinde ayrı bir kategoriye

girdiyse, dijital varlıklar üzerindeki hakların da “dijital mülkiyet hakları” şeklinde ele alınması mümkündür.

NFT’lerin eşya olarak nitelendirilmeleri dışında, eşya hukuku ile ilgili olarak gündeme geldikleri bir başka mesele daha vardır. Bu da maddi varlığa sahip eşyalar ile tokenler arasında hukuki bağlantı kurulmasıdır. Temel düşünce, aynı hak konusu bir eşyanın token tarafından temsil edilmesi ve tokenin devrinin eşyanın da hukuken devri sonucunu doğurmasıdır. Kısaca “tokenizasyon” olarak adlandırılan bu sistemin, özellikle taşınmazlar bakımından yeni fırsatlar doğurma potansiyelinin olduğu belirtilmektedir. İlk bakışta bir ütopya gibi görünse de, hâlihazırda Avrupa’nın blokzinciri konusundaki öncü ülkelerinden Lihtenştayn bu konuda bir kanun çıkarmıştır. İlerleyen dönemlerde başka ülkelerin de taşınmazların tokenizasyonu için adım atmaları beklenmektedir. Ancak özellikle taşınmazların tokenizasyonu fikri, pek çok hukuk sistemi ve bu arada Türk-İsviçre hukuku bakımından çok kapsamlı değişiklikler gerektirmektedir. Zira mevcut durum bakımından taşınmazların token ile temsil edilerek devredilmesi hukuken mümkün değildir. Taşınmazlar kural olarak yalnızca tapu siciline yapılan tescil ile devredilebilir. Dolayısıyla, taşınmazı temsil eden tokenin devrinin tescil ile aynı sonuçları doğurduğu yeni bir sistem kabul edildiği takdirde taşınmaz mülkiyetinin tokenizasyonundan söz edilebilir. Bununla birlikte, böyle yeni bir sisteme ihtiyaç olup olmadığı ya da gerçekten uygulamada faydalı olup olmayacağı noktasında ciddi şüpheler bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- AKÇAAL, Mehmet**, “ NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2022 (159), s. 377.
- AKÇAAL, Mehmet**, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AKİPEK, Jale G.**, Türk Eşya Hukuku - Zilyetlik ve Tapu Sicili, 2. Baskı, Ankara, 1972.
- AKSOY DURSUN, Sanem**, Eşya Kavramı, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat**, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AREF, Magda/FÁBIÁN, Luca/WEBER, Simon**, “Digitale Originale dank NFTs?- Rechtliche Analyse einer (angeblichen) Revolution”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Dike Verlag AG, Heft 3, 2021, s. 385-399.
- ARNET, Ruth**, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- AUFFENBERG, Lutz**, “Der Traum vom tokenisierten Eigentum – Ist das rechtlich möglich?”, <https://fin-law.de/2021/05/17/der-traum-vom-tokenisierten-eigentum-ist-das-rechtlich-moeglich/> (Erişim Tarihi: 28.01.2022)
- AYAN, Mehmet**, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- BALZLI, Tina/SCHNYDER, Sibylle**, “Demokratisierung von Grundeigentum in der Schweiz durch Tokenisierung?”, <https://cms.law.de/che/publication?type=publication> , (Erişim Tarihi: 31.01.2022)
- BROCKMANN, Tim/KÜNNEN, Simon**, “Die sonstigen Rechte iSd § 823 I BGB”, Juristische Schulung, Heft 10, 2020, s. 910-916.
- ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar**, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- DOĞANCI, Doğa Ekrem**, Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.

- ECKERT, Martin**, "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten", Schweizerische Juristen-Zeitung, 112/2016, s. 265-274.
- ECKERT, Martin**, "Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache", Schweizerische Juristen-Zeitung, 112/2016, s. 245-249.
- EREN, Fikret**, Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERTAŞ, Şeref**, Eşya Hukuku, 16. Baskı, Barış Yayınları, İzmir, 2021.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret**, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- FAIRFIELD, Joshua**, "Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property", Indiana Law Journal, Vol. 97, Issue 1, 2021, s. 1-99.
- FLEIßNER, Lisa**, "Eigentum an unkörperlichen Sachen am Beispiel von Bitcoins", Österreichische Juristen Zeitung, Heft 10, 2018, s. 437-444.
- GOBAT, Sébastien**, "Les monnaies virtuelles à l'épreuve de la LP", Aktuelle Juristische Praxis, Dike Verlag AG, 2016, s. 1095-1105.
- GRAHAM-SIEGENTHALER, Barbara/FURRER, Andreas**, "The Position of Blockchain Technology and Bitcoin in Swiss Law", Jusletter, vom 8. Mai 2017, s. 13-39.
- HAAB, Robert/SIMONIUS, August/SCHERRER, Werner/ZOBL, Dieter**, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, 1977.
- HESS, Martin/LIENHARD, Stephanie**, "Übertragung von Vermögenswerten auf der Blockchain", Jusletter, 4 December 2017, s. 1-18.
- HESS-ODONI, Urs**, "Die Herrschaftsrechte an Daten", Jusletter, vom 17. Mai 2004, s. 18-33.
- HOEREN, Thomas/PRINZ, Wolfgang**, "Das Kunstwerk im Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit – NFTs (Non-Fungible Tokens) in rechtlicher Hinsicht", Computer und Recht - Zeitschrift für die Praxis des Rechts der Informationstechnologie, Heft 8, 2021, s. 565-571.
- KAULARTZ, Marcus/SCHMID, Alexander**, "Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Tokens (NFTs), Compliance Berater, Deutscher Fachverlag GmbH, Heft 8, 2021, s. 298-302.

- KAULARTZ, Markus/MATZKE, Robin**, “Die Tokenisierung des Rechts”, Neue Juristische Wochenschrift, Heft 45, 2018, s. 3278-3283.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Eşya Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- LAYR, Angelika K.**, “Tokenization of Assets: Security Tokens in Liechtenstein and Switzerland”, Milan Law Review, Vol. 2, No. 1, 2021, s. 46-72.
- LINS, Bianca/PRAICHEUX, Sebastien**, “Digital And Blockchain-Based Legal Regimes: An Eea Case Study Based On Innovative Legislations – Comparison Of French And Liechtenstein Domestic Regulations”, Financial Law Review, No: 22 (2), 2021, s. 1-17.
- LOMBARD, Alexandre**, “Smart Property and the Blockchain- Tokenisation and Transfer of Tokenised Assets under Swiss Law”, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Dike Verlag AG, 2019, s. 254-261.
- LUCHSINGER GÄHWILER, Catrina**, “Tokenisierung von Grundstücken in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme”, <https://www.mll-news.com/tokenisierung-von-grundstuecken-in-der-schweiz-eine-bestandesaufnahme/> (Erişim Tarihi: 28.01.2022)
- MACCABE, Kevin**, Die Abbildung von Vermögenswerten durch Anlage-Tokens, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 135, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- MÖSLEIN, Florian/OMLOR, Sebastian/URBACH, Nils**, “Grundfragen eines Blockchain-Kapitalgesellschaftsrecht”, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 44, 2020, s. 2149-2164.
- NOMER, Haluk Nami/ERGÜNE, Mehmet Serkan**, Eşya Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Eşya Hukuku, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- OMLOR, Sebastian**, “Digitales Eigentum an Blockchain-Token – rechtsvergleichende Entwicklungslinien”, Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, Deutscher Fachverlag GmbH, 2020, s. 41-58.

OMLOR, Sebastian, Kryptowährungen und Token, Deutscher Fachverlag GmbH, 2021.

PIGNON, Vincent, "Von der Immobilienverbriefung zur Tokenisierung", <https://www.immoday.ch/de/medias/actualite/von-der-immobilienverbriefung-zur-tokenisierung>, (Erişim Tarihi: 31.01.2022)

RAUER, Nils/BIBI, Alexander, "Non-fungible Tokens – Was können sie wirklich?", Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Heft I, 2020, s. 20-31.

SANDNER, Philipp, "Liechtenstein Blockchain Act: How can nearly any right and therefore any asset be tokenized based on the Token Container Model?", <https://philippsandner.medium.com/liechtenstein-blockchain-act-how-can-nearly-any-right-and-therefore-any-asset-be-tokenized-based-389fc9f039b1> (Erişim Tarihi: 31.01.2022)

SCHMID, Alain/SCHMIDT, Kirsten Johanna/ZECH, Herbert, "Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion", Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, s. 627-639.

SEILER, Benedikt/SEILER, Daniel, "Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH) und Ripple (XRP) als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?", Sui Generis-Die juristische Open Access Zeitschrift, 2018, s. 150-162.

SİRMEN, A. Lale, Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

STRESEMANN, Christina, Münchener Kommentar zum BGB, Band I, Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2021.

SULZER, Matthias, Zivilrechtliche Einordnung von Bitcoin und Diem, Diplomarbeit-Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Zivilrecht, 2021.

TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atila, Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.

THOUVENIN, Florent/FRÜH, Alfred/LOMBARD, Alexandre, "Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 2017, s. 25-34.

- TİRYAKİ, Faik Metin**, Taşınmaz Rehni İle Güvence Altına Alınmış Kredi Alacaklarının Menkul Kıymetleştirilmesi, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2019.
- TOPUZ, Murat**, Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel**, Şekli Eşya Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.
- VON BUTTLAR, Julia/OMLOR, Sebastian**, "Tokenisierung von Eigentums-, Benutzungs-, Zutritts- und Pfandrechten", Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft 54, 2021, s. 169-172.
- VON DER CRONE, Hans Caspar/KESSLER, Franz J./ANGSTMANN, Luca**, "Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie", Schweizerische Juristen Zeitung, 114/2018, s. 337-345.
- VONKILCH, Andreas/KNOLL, Matthias**, "Bitcoins und das Sachenrecht des ABGB", Juristische Blätter, Vol. 141, Issue 3, 2019, s. 139-149.
- WAGNER, Gerhard**, Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, 8. Auflage, C.H.BECK Verlag, 2020.
- WALTER, Andreas**, "Bitcoin, Libra und sonstige Kryptowährungen aus Zivilrechtlicher Sicht", Neue Juristische Wochenschrift, Heft 50, 2019, s. 3609-3614.
- WEBER, Nicolas**, "Viele Assets, Viele Tokens, eine Rechtsform: Tokenisierung von Sachwerten in Liechtenstein", https://www.bvai.de/fileadmin/Themenschwerpunkte/CryptoAssets_und_Neue_Technologien/Temp_Copy_of_Kopie_von_Article_PCC_Neutral_DE_.pdf (Erişim Tarihi: 28.01.2022).
- WEGENER, Ferdinand**, "Die Rechtsnatur von Krypto-Token – Einordnungsversuche im Zivilrecht", Cologne Technology Review & Law, Vol. 1, 2021, s. 44-52.
- WIDMER, Michael/SCHNEBLE, Christophe Olivier/EGLI, Philipp/ELGER, Bernice S.**, "«Eigentum» an Patientendaten – Wer meint damit eigentlich was?", Pflege in Politik, Wissenschaft und Ökonomie, Stämpfli Verlag AG, 2021, s. 97-105.
- WOLF, Stephan**, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.

ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN VEYA TEDBİR KARARLARININ İCRASINDA YENİ DÖNEM

Dr. Öğr. Üyesi Önder TOPAL*

Öz

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların icrası İcra ve İflas Kanunu m. 25-25/b hükümlerine göre icra edilmekteydi. İcra ve İflas Kanunu'nun söz konusu hükümleri çocuk teslimi konusunda taşınır malların teslimine ilişkin hükümlere atıf yaparak çocuğun taşınır bir mal gibi teslimini öngörüordu. Bu bağlamda uygulamada çocuğun icra müdürü tarafından teslim alınmasında hacze ilişkin usul takip edilmekteydi. İcra ve İflas Kanunu'nun anılan hükümlerinin çocuk bakımından ortaya çıkarttığı olumsuz sonuçlar ve bunun uygulamadaki yansımalarına son vermek; hatta çocuğun üstün yararını koruyucu yeni düzenlemeler getirilmesi yönünde görüşler ileri sürülüyordu. Bu çerçevede 7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'nun 25-25/b maddelerinin yürürlüğüne son verilerek, Çocuk Koruma Kanunu'nun 41'inci maddesinden sonra gelmek üzere "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması" başlığı ile birlikte Dördüncü Kısım eklenmiştir.

Çalışmamızda, İcra ve İflas Kanunu m. 25-25/b'nin uygulandığı döneme kısaca değinilecek; esasen Çocuk Koruma Kanunu'nun 41/A maddesi ve devamında yer

* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, Trabzon, Türkiye | Asst. Prof., Trabzon University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law, Trabzon, Turkey.

✉ ondertopal61@gmail.com • ORCID 0000-0003-1065-3884.

- ✎ **Atıf Şekli** | Cite As: TOPAL Önder, "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların veya Tedbir Kararlarının İcrasında Yeni Dönem", *SÜHFD*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1331-1365.
- ✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

verilen yeni düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda, eski ve yeni sistem arasındaki benzerlikler ve farklılıklar ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Ayrıca yeni düzenlemelerin zaman bakımından uygulanmasına da yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

İlamlı icra • Çocuk Teslimi • Çocukla Kişisel İlişki Kurulması • Tedbir Kararları • Çocuğun Üstün Yararı

A NEW PERIOD IN THE JUDGMENTS OR EXECUTION OF INJUNCTIONS REGARDING THE HANDING OVER OF A CHILD AND THE ESTABLISHMENT OF PERSONAL RELATIONS WITH THE CHILD

Abstract

The execution of the judgments for the handing over of the child and establishing a personal relationship with the child were carried out in accordance with the provisions article 25-25/b of the Execution and Bankruptcy Law. The aforementioned provisions of the Execution and Bankruptcy Law envisaged the handing over of the child as a movable property by referring to the provisions regarding the delivery of movable property regarding the handing over of children. In this context, the procedure regarding the attachment was followed in the handing over of the child by the bailiff in practice. Some opinions were put forward to put an end to the negative consequences of the aforementioned provisions of the Execution and Bankruptcy Law for the child and its implications in practice moreover to introduce new regulations protecting the best interests of the child. In this context, the Law no. 7343 and articles 25-25/b of the Execution and Bankruptcy Law were abolished, and the Fourth Section was added with the title "The Handing Over of the Child and Establishing a Personal Relationship with the Child" following article 41 of the Child Protection Law.

In our study, The period in which article 25-25/b of Execution and Bankruptcy Law was applied will be briefly mentioned; mainly, article 41/a of the Child Protection Law and the new regulations included in the continuation will be emphasized. In this context, the similarities and differences between the old and the new system will be tried to be revealed.

Key Words

Judgment Execution • The Handing Over of The Child • Establishing a Personal Relationship with The Child • Injunctions • Best Interests of The Child

GİRİŞ

Çocukların teslimi ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin olarak İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) yer alan hükümler yürürlükten

kaldırılarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda yeni düzenlemeler getirilmiştir. 24/11/2021 tarihli ve 7343 sayılı Kanun'un¹ 39'uncu maddesiyle Çocuk Koruma Kanunu'nun 41'inci maddesinden sonra gelmek üzere "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması" başlığı ile birlikte Dördüncü Kısım eklenmiştir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında İcra ve İflas Kanunu hükümleri doktrinde sürekli eleştirilerek bu hususta yeni düzenleme yapılması gereği sıklıkla dillendiriliyordu. Bu kapsamda özellikle çocukların taşınır bir eşya gibi "teslim" edilmesi hususu üzerinde yoğun bir eleştiri söz konusuydu. Çocukların bir eşya olmadığı, onların "teslimi"nden söz edilmemesi ve bu yöndeki ilamların da İcra İflas Kanunu'nda taşınırın teslimine ilişkin hükümler çerçevesinde icra edilmemesi ve anılan hükümlerin yürürlükten kaldırılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmekteydi². Zira İİK m. 25'in başlığı "çocuk teslimi" idi ve anılan bu hüküm de taşınır teslimine ilişkin ilamların icrasını düzenleyen İİK m. 24'e atıf yapılmaktaydı. Kanun değişikliği ile İİK hükümlerinin yürürlüğüne son verilerek yeni bir sistem kabul edilmiş ve bu yeni düzenlemelere Çocuk Koruma Kanunu'nda yer verilmiştir. Her ne kadar Çocuk Koruma Kanunu'ndaki yeni düzenlemeler farklı bir prosedür öngörmüş olsa da bu düzenlemenin madde başlığı da "çocuk teslimi" olarak kaleme alınmıştır. Ancak Çocuk Koruma Kanunu'nda getirilen yeni sistem tümüyle yabancı olduğumuz bir sistem olmayıp; farklılaşan yönleri

¹ 30.11.2021 tarih ve 31675 sayılı RG.

² ÖZBAY, İbrahim, "Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2017, Y. 4, S. 2, s. 108; BELGİN, Derya, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 135-136; BELGİN, GÜNEŞ Derya, "Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", SÜHFD, C. 29, S. 2, 2021, s. 928; SARISÖZEN, Serhat, "İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2015, s. 94-95; GÜVEN, Aydın, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 216-217; MARDİN, Çağrı, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Ankara, 2019, s. 197; REYHANİ, YÜKSEL Sera, "Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı", Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, 2019, s. 1554; GAYRETLİ AYDIN, Seda, 7343 Sayılı Kanun'un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler, THD, S. 187, Mart 2022, s. 22

bulunmakla birlikte İİK öngörülen sisteme benzer özellikler de taşımaktadır.

Çalışmamızda öncelikli olarak İİK m.25-25/b hükümlerine kısaca yer verilecektir. Sonrasında ise Çocuk Koruma Kanunu m. 41/A ve devamında yer alan hükümler çerçevesinde oluşturulan yeni sisteme yer verilecektir. Öncelikli olarak çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam veya tedbir kararlarını yerine getirecek Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü ele alınacaktır. Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'nün hukuksal statüsü, gerçekleştireceği işlemler ve işlemlerine karşı başvurulabilecek hukuki yollara değinilecektir. Bunun akabinde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ya da tedbir kararlarının Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'nce yerine getirilme prosedürü üzerinde ayrıntısı ile durulacaktır. Son olarak çocuk tesliminin gerçekleştirileceği mekânlar ve giderlerden sorumluluk konuları anlatılacaktır. Tüm bu hususlar İİK dönemi ile karşılaştırmalı olarak ele alınıp irdelenip değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK İİK BAĞLAMINDA ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA YÖNELİK İLAMLARIN İCRASI

Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların kaynağı, velayet, vesayet, evlat edinmeden veya tenfiz edilen yabancı mahkeme kararları olabilir³. Bu çerçevede anılan ilamlar, evliliğin butlanı, boşanma ve ayrılık davaların ya da velayetin kaldırılması yargılamasında verilebilir. Öte yandan, çocuğun korunması için mahkemece bazı geçici hukuki koruma tedbirlere karar verilebilir ve fakat bunları icrası İİK m. 25-25/b'ye göre gerçekleştirilemeyecektir. Zira, aile hukukuna özgü geçici hukuku koruma tedbirlerine⁴ (örneğin, boşanma davası

³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. MARDİN, s. 50-100.

⁴ Doktrinde kabul edilen görüşe göre, anılan koruma tedbirleri, ihtiyati tedbir niteliğinde değildir ve geçici hukuki koruma içinde ayrı bir kategori olarak kabul edilmektedir (ERİŞİR, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir, Onikilevha, İstanbul 2013, s. 276-277; YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. C., 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 5271-5273; TANRIVER, Süha, Türk Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 39-40; ÖZEKES, Muhammet, Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. B., Onikilevha, İstanbul 2017, s. 2453; YILMAZ, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 671-672; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, "Medeni Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medeni Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir

devam ederken çocuğun velayetinin eşlerden birine verilmesi) ilişkin mahkeme kararları, hukuki nitelik bakımında, yer yer klasik ara kararlardan farklılaşan boyutları bulunsa da hâkimin davadan el çekmesi sonucunu doğurmayan, aksine davanın devam ettirilmesine yönelik ara kararlar bütünü içinde yer almaktadır⁵. Bu sebeple aile hukukuna özgü çocuklara ilişkin tedbir kararları nihai karar olmadıkları ve dolayısıyla ilam niteliğini taşımadıkları için İİK m. 25- m.25/b'ye göre icra edilemeyeceklerdir^{6 7}.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların gereği yükümlüler tarafından kendi iradeleri ile yerine getirmezse, alacaklı elinde bulunan ilamı icraya koyarak zorla yerine getirilmesini sağlayabilecektir. Bu kapsamda alacaklının ilamlı icra takip talebini alan icra dairesi, borçluya icra emri tebliğ eder. İcra emrinde İİK m. 24 (İİK m. 25'in atfıyla) ve İİK Yönetmeliği m. 24'te yer alan kayıtlar bulunur. İlam, çocuk teslimine ilişkinse, çocuğun 7 gün içinde teslimi ihtarı; çocukla kişisel

2003, s. 85; ÖZEKES, Muhammet/ERİŞİR, Evrim, Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER, C. 3, S. 5, 2006, s. 1244.

- ⁵ TANRIVER, Süha, Medeni Yargılama Usul Hukuku, Cilt I, 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 115-116; ATALI, Murat, Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. B., onikilevha, İstanbul 2017, s. 1971; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. B., Beta Basım Aş., İstanbul 2001, s. 3004; TANRIVER, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yekin Yayınları, Ankara 1996, s. 45-52. "Geçici nihai karar" olduğu yönünde bkz. BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 168-172; ÖZEKES/ERİŞİR, s. 1260; Erişir, s. 166.
- ⁶ Bu yönde bkz. TANRIVER, İlamlı İcra, s. 47 vd. Aynı yönde bkz. "Sözü edilen karar mahkemece verilen bir tedbir kararıdır. Bu kararın infazı ile ilgili istek İİK 25/a maddesine göre infaz edilemez. Bu konudaki mahkeme gerekçesi yasaya uygundur. Ancak ara kararının tedbir ile ilgili 13.bendinde öngörülen şahsi münasebet tesisine yönelik infaz işlemleri tedbir kararının infaz memuru sıfatıyla yerine getirilmesi suretiyle yapılmalıdır. Bu yöndeki işlemlere karşı şikâyetler tedbir kararını veren asliye hukuk mahkemesince incelenecektir. İcra müdürlüğünün genel haciz yoluyla takibe ilişkin ödeme emri çıkarması yasaya aykırı olup icra hâkimi memurun bu tasarrufunu yukarıdaki kurallara göre denetlemeli ve ödeme emrinin iptaline karar vermelidir" 12. HD., 28.06.2007, 10809/13416: MARDİN, s. 102, dn. 410.
- ⁷ Kanun değişikliğinden önceki dönemde, aile hukukuna özgü çocuklara ilişkin tedbir kararları bağlamında İİK m. 25- m.25/b'nin uygulanamayacağı ve fakat bu gibi geçici hukuki koruma tedbir kararlarının icra dairesi veya mahkeme yazı işleri müdürü aracılığıyla doğrudan yerine getirilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi (ÖZEKES/ERİŞİR, s. 1266; ERİŞİR, 281; AYDINLIYIM, SUAT, "Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi", AD., S. 5, Y. 60, 1969, s. 269-282, s. 276)

ilişki kurulmasına yönelikse, çocuğun lehine hüküm verilen tarafla kişisel ilişkide bulunmasına engel olunmaması, aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceği ve ilam hükmüne aykırı hareketin İİK m. 341 uyarınca cezalandırılacağı (İİK m. 25/a) ihtarı icra emrinde yer alır.

Borçlu icra emrinin gereğini kendi rızası ile yerine getirirse herhangi bir sorun olmayacaktır. Ancak borçlu icra emrinde belirtilen 7 günlük süre içerisinde çocuğu teslim etmezse, çocuğun zorla/fiilen teslim alınması cihetine gidilecektir. Çocuk icra müdürü marifetiyle zorla alınmasının ortaya çıkaracağı sakıncaları bertaraf etmek için İİK m. 25/b maddesi kanuna eklenmiştir. Anılan madde çerçevesinde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında, yani çocuğun zorla alınmasında, icra müdürü veya memurunun yanında, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikoloğ ve çocuk gelişimci gibi bir uzmanın bulunması gerekmektedir. Ancak ilamın icra edileceği yerde söz konusu uzmanlardan bulunmadığı takdirde bir eğitimcinin, örneğin bir öğretmenin icra müdürünün yanında yer alması gerekmektedir.

İİK m. 25-m.25/b' de yer alan hükümlerde çocuğun fiilen teslim alınması için nasıl hareket edilmesi gerektiği yönünde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece İİK m. 25/1' de, borçlunun icra emrinin gereğini yerine getirmemesi durumunda, icra müdürünün çocuk nerden bulunursa bulunsun onu zorla teslim alacağına yönelik hüküm bulunmaktadır. 7343 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce çocuğun teslimi bağlamında sanki hacze gidiliyormuş gibi hareket edilmekte, hacze ilişkin usul işletilmekte ve bu kapsamda tutanak düzenlenmekteydi^{8 9}. İlama aykırı davranışlarda bulunulması halinde icra müdürü zor kullanma yetkisine dayanarak ilam hükmünü zorla icra etmekteydi. Fakat zor

⁸ MARDİN, s. 142.

⁹ Uygulamada, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların, genellikle kişisel ilişkinin hafta sonu kurulması şeklinde karar verildiğinden, alacaklının talebi üzerine hafta sonu, alacaklı (bazen de vekili), icra müdürü ve uzmanın ilamda yazılan saatte önce buluşarak, hacze gidilen araç, taksi veya alacaklının kendi aracıyla borçlunun adresine gidilerek çocuğun teslim alınması suretiyle icra edildiği görülmekteydi (MARDİN, s. 142; KOÇYILDIRIM, Göktan, Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası ve Uygulamaları, (yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 317, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 21.12.2021. Benzer yönde bkz. 17. HD., 08.10.2002, 220/338: ARTUÇ, Mustafa/BIKMAZ, Raif, İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005, s. 460-461), s. 317.

kullanma yetkisinin nasıl kullanılacağına, kimlerden yardım isteneceğine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

Öte yandan, çocuk teslimine ilişkin ilamın (veya ara kararın) gereğini yerine getirmeyen ya da getirilmesini engelleyen kişinin, alacaklının şikâyeti üzerine icra mahkemesi tarafından altı aya kadar tazyik hapsine karar verilecek; ancak tazyik hapsine başlandıktan sonra ilamın (veya ara kararın gereği) yerine getirilirse borçlu tahliye edilecektir (İİK m. 341).

II. ÇOCUK KORUMA KANUNU ÇERÇEVESİNDE ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI

A. İlam veya Tedbir Kararlarını Yerine Getirecek Görevli ve Yetkili Birim: Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü

1. Kuruluşu, Görev ve Yetkileri

Aile mahkemesi tarafından verilen çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ve tedbir kararlarının icrası, yani yerine getirilmesi bağlamında Adalet Bakanlığı tarafından Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü¹⁰ kurulmuştur. Ancak anılan müdürlük her

¹⁰ Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü bünyesinde, *Bilgilendirme ve Yönlendirme Bürosu*, *Kırılğan Grup Destek Bürosu*, *Ceza Yargılaması Destek Bürosu*, *Hukuk Yargılaması Destek Bürosu* ve *Adli Yardım Hizmetleri Bürosu* yer almaktadır (Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği m. 22-27). *Bilgilendirme ve Yönlendirme Bürosunda*, tüm suç mağdurlarına yönelik adli süreç, anılan süreçte sahip oldukları haklar ve kendilerine sunulabilecek hizmetler konusunda bilgilendirme hizmeti sunulmaktadır. Ayrıca, mağdurlar, müdürlüğün hizmet alanı dışında yer alan kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları tarafından kendilerine sunulan hizmetlerden faydalanabilmeleri amacıyla ilgili kurum veya kuruluşu yönlendirilmektedirler (Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği m. 23, 31-33). *Ceza Yargılaması Destek Bürosu*, Cumhuriyet başsavcılıklarına ve tüm ceza mahkemelerini uzman desteği sağlamaktadır. Cumhuriyet başsavcılıklarının ve ceza mahkemelerinin sosyal inceleme raporu düzenlenmesi, ifade esnasında uzman görevlendirilmesi vb. talepleri bu büroda görev yapan uzmanlar aracılığıyla karşılanmaktadır. Bu sayede ceza yargılaması sürecinin tamamında uzmanlardan etkin şekilde yararlanılarak, mağdurların ikincil mağduriyetlerinin önlenmesinin yanı sıra uzmanın bilgi, beceri ve tecrübesinin adli sürece dâhil edilmesiyle delil kalitesinin artırılması sağlanmış olmaktadır (Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği m. 25, 34-35). *Hukuk Yargılaması Destek Bürosu*, hukuk mahkemelerine uzman desteği sağlamaktadır. Kurulan müdürlükler sayesinde özellikle aile mahkemesi olmayan yerlerde aile mahkemesi sıfatıyla yargılama yapan asliye hukuk mahkemelerinin de uzman desteğinden etkin şekilde faydalanması sağlanmaktadır. Özellikle boşanma, velayet, vesayet, kişisel ilişki tesisi, evlat edinme gibi davalarda, taraflarla ve müşterek çocuklarla görüşülerek gerektiği hallerde ev incelemeleri yapılmakta ve bu incelemeler neticesinde uzmanlar kanaatlerini belirten sosyal inceleme raporlarını

yerde mevcut değildir ve müdürlüğün bulunmadığı yerlerde, onun faaliyetlerini Adalet Bakanlığınca belirlenecek mahkeme yazı işleri müdürü yerine getirecektir. (Çocuk K. K. m. 41/A,1,3).

Çocuk Koruma Kanunu bağlamında getirilen yeni sistemin bizzat uygulayacak ve uygulatacak olan Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'nün hukuki niteliği konusunda da bir belirleme yapılması esasında isabetli olacaktır. Zira, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ve tedbir kararlarının icrası icra müdürlüklerinden alınarak Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'ne verilmiştir. Bu kapsamda müdürlüğün hukuki niteliğinin icra dairelerine göre ne şekilde konumlanacağı önem arz etmektedir.

hazırlayarak ilgili mahkemelere sunmaktadırlar. Ayrıca duruşma esnasında çocukların beyanlarının alınmasına karar verilmesi durumunda, çocuğun kaygı düzeyini düşürmeye ve bu sayede daha rahat beyanda bulunmasını sağlamaya yönelik uzmanlar görev almaktadırlar (Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği m. 26, 36-37). *Kırılğan Grup Destek Bürosu*, hizmet sunumunda uzmanların insiyatif aldığı, bireysel değerlendirme, adli destek planı, vaka yönetimi ve takip programı gibi daha önceki uygulamada yer almayan yeni hizmet ve kavramları adli sürece dâhil eden bürodur. Bireysel değerlendirme, adli sisteme dâhil olan çocuklar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların mağdurları, aile içi şiddet mağdurları, terör suçları mağdurları, insan ticareti suçu mağdurları ile yapılacak ön değerlendirme sonrasında kadın, yaşlı ve engelli mağdurların yanında etkin bir desteğe ihtiyaç duyduğu tespit edilen mağdurlar hakkında yapılmaktadır. Bireysel değerlendirme sonucunda kırılğan gruba girdiği tespit edilen mağdurlara yönelik hizmetlerin sistematik bir şekilde ve zamanında sunulabilmesi için gerekli planlama, uygulama, izleme ve koordinasyon işlemlerinin tek bir adli destek görevlisi tarafından etkin şekilde yürütülebilmesi amacıyla vaka yönetimi uygulanmaktadır. Vaka yönetimi uzmanlar tarafından yapılan değerlendirme sonrasında, suçun etkileri sebebiyle ağır travma yaşayan, ağır bir cinsel saldırıya veya istismara maruz kalan, yaşı veya cinsiyeti nedeniyle suçtan daha fazla etkilenen, aile veya diğer sosyal çevre desteğinden yoksun olan mağdurlar hakkında uygulanmaktadır. Bireysel değerlendirme sürecinden sonra kırılğan gruba girdiği tespit edilen mağdurlar hakkında, alınması gereken tedbirler ve sunulması gereken hizmetlere ilişkin önerilerin yer aldığı adli destek planı adli destek görevlileri tarafından hazırlanarak ilgili yargı merciine sunulmaktadır (Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği m. 24, 38-46). *Adli Yardım Hizmetleri Bürosu*, adli yardıma ihtiyaç duyanlara, bu hizmete başvurabilmeleri için gerekli olup UYAP üzerinden temin edilebilen bilgi ve belgelerin toplanmasında yardımcı olmak ve ilgili birimlere yönlendirmek; baroların adli yardım büroları ile eşgüdüm hâlinde çalışmak ve müdür tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmekle görevlidir (Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği m. 27, 46) (bkz. <https://magdur.adalet.gov.tr/Home//SayfaDetay/adm-nedir>, Erişim Tarihi: 31.12.2021).

63 numaralı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi¹¹ ile Adalet Bakanlığı bünyesinde ana hizmet birimi olarak Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı ve (her adliyede olmasa da) adliyeler bünyesinde ise adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu bulunan yerlerde Bakanlığa bağlı olarak Cumhuriyet başsavcılığının gözetim ve denetiminde Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri¹² kurulmuştur. Bu kapsamda, anılan Kararnamede yer verilen ve Adalet Bakanlığı'nın görev alanına dâhil olan iş ve işlemleri Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı'nca yerine getirilmektedir (63 No'lu Kararname m. 10/1).

Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'nün görevlerine 63 nolu Kararname m. 11'de yer verilmiştir. Anılan hükme göre, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'nün görevleri *“Mağdurları kendilerine tanınan haklar ve yardımlar konusunda bilgilendirmek ve yönlendirmek. b) Adli süreçte, kırılğan gruba yönelik destek hizmetlerini sunmak. c) Adli desteğe ihtiyaç duyanlara uygun müdahale programlarını uygulamak, tekrarlanan mağduriyetlerini önleyici tedbirler almak ve psiko-sosyal destek faaliyetlerini yürütmek. ç) Adli süreçte görev alan adli destek görevlilerinin koordineli ve etkin şekilde çalışmalarını sağlamak. d) Mağdurların adalete erişiminin güçlendirilmesine yönelik faaliyetler yürütmek. e) Adli süreçte tanıkların desteklenmesine yönelik hizmetleri sunmak. f) Adli yardım hizmetlerine ilişkin bilgilendirme yaparak ilgili kurum ve kuruluşlarla iş birliği halinde hizmetin etkin sunulmasına yönelik faaliyetleri yürütmek. g) Görev alanıyla ilgili hizmet sunan kamu kurum ve kuruluşları veya sivil toplum kuruluşları ile iş birliği yapmak. ğ) Müdürlüğün görev alanına giren konularda toplumsal farkındalığı artırıcı faaliyetlerde bulunmak. h) Mevzuatla¹³ veya Bakanlıkça verilen diğer görevleri yerine getirmek”* şeklinde sıralanabilir.

Bilindiği üzere Türk idare teşkilatı *“merkezden yönetim”* ve *“yerinden yönetim”* esaslarına dayanır. İl özel idaresi, büyükşehir belediyesi ve belediye kurumları, Türk idare teşkilatında yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları olan yerel yönetimlerdir. Bakanlıklar ve bunlara bağlı kuruluşların merkez ve taşra teşkilatları da merkezden yönetim başkent

¹¹ 10.06.2020 tarih ve 31151 sayılı R.G.

¹² İş durumu ve coğrafi konum göz önüne alınarak, adalet komisyonu bulunmayan yerlerde Bakanlık onayı ile müdürlükler veya müdürlüğe bağlı bürolar kurulabilir (63 nolu Kararname m. 10/2).

¹³ Yukarıda yer verildiği üzere Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü Çocuk Koruma Kanunu m. 41/A vd. hükümler çerçevesinde de görevli ve yetkili kılınmıştır.

teşkilatı içerisinde yer alır. Bu sebeple adliyeler bünyesinde Adalet Bakanlığına bağlı olarak Cumhuriyet başsavcılığının gözetim ve denetiminde kurulan Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri merkezden yönetim taşra teşkilatı içinde bulunur. Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü adli sahada faaliyet gösteren bir makam olarak değerlendirilebilir. Zira adli yargı içerisinde yer alan aile mahkemesi tarafından verilen ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesinde görev almakta ve bu görevi yerine getirirken hukuka aykırı işlemlerinden dolayı yine aile mahkemesinde şikâyet¹⁴ yoluna gidilebilmektedir. Eğer bir idari makam olarak kabul edilmiş olsaydı, şikâyet ve itiraz kurumları düzenlenmezdi; aksini bu kurum tarafından yapılan hukuka aykırı işlemlerin iptali için idari yargıda iptal davası açılması yönünde bir düzenlemeye yapılmırdı.

Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğünde müdür, yeteri kadar müdür yardımcısı ve personel ile psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı görevlendirilmektedir (Çocuk K. K. m. 41/A,2). Ancak çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ve tedbirlerin fiilen yerine getirilmesi, müdürlüğün görevlendireceği, psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimci ve rehber öğretmen gibi uzmanlar tarafından sağlanacaktır. Bu şekilde uzmanın bulunmadığı yerlerde ise anılan ilam ve tedbirler öğretmeler aracılığıyla yerine getirilecektir (Çocuk K. K. m. 42/A, 5). Öte yandan müdürlüğün talebi doğrultusunda, valiliklerce kamu kurum ve kuruluşlarında görevli, psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimci ve rehber öğretmen gibi uzmanların yer aldığı bir görevli listesinin oluşturulması; söz konusu uzmanların yeterli sayıda bulunmaması durumunda diğer öğretmenlerin de listeye dâhil edilmesine yönelik bir düzenleme kanunda yer almaktadır. Çocuk Koruma Kanunu'nda öngörülen sistemin işlevselliğin artırılması ve özellikle çocuk psikolojinin optimal düzeyde korunması bağlamında yapılan bu düzenleme isabetli olmuştur.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam veya tedbir kararlarının yerine getirileceği Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü çocuğun yerleşim yerindeki müdürlüktür (Çocuk K. K. m. 41/A, 4). Çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesi açısından çocuğun yerleşim yerinin

¹⁴ Bkz. aşa. B,1,2.

değişirse dosya resen ilgili yer müdürlüğüne gönderilir ve ilgili müdürlük işlemlere kaldığı yerden devam eder (Çocuk K. K. m. 41/C, 10).

İlamlı icrada yetkili icra dairesi ise, İİK m. 34'e göre her icra dairesidir. Dolayısıyla İİK çerçevesinde çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların icrası için her yer icra dairesi yetkiliydi¹⁵.

Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü, Çocuk Koruma Kanunu kapsamında sadece çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların yerine getirilmesinde değil, aynı zaman da bu yöndeki tedbir kararlarının da yerine getirilmesinde görevli ve yetkili kılınmıştır. Ancak kanun değişikliğinden önce İİK m. 25-m.25/b' de bu çocuk teslimine ilişkin tedbir kararlarının nasıl icra edileceği konusunda bir hüküm bulunmamaktaydı. Hatta doktrinde, tedbir kararlarının ara karar olduğu, bu sebeple ilamlı icraya konu olmayacağı; ancak söz konusu tedbir kararlarının doğrudan icra müdürü veya yazı işleri müdür marifetiyle yerine getirilebileceği ifade edilmekteydi¹⁶. Fakat 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu tartışmalara son verilmiştir.

Bu kısımda 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'a¹⁷ da yer vermek gerekir. Zira anılan Kanun m. 19 kapsamında Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü yetkilendirilmiştir. 5717 sayılı Kanun'a göre çocuğun iadesine veya şahsî ilişki kurulmasına ilişkin ilamlar müdürlükçe yerine getirilecektir (5717 s. K. m. 18, 1).

5717 sayılı Kanun çerçevesinde verilen geçici tedbir kararları ise Cumhuriyet başsavcılığınca, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu veya ilgili diğer kurum ve kuruluşlar aracılığıyla yerine getirilecektir. Ancak anılan Kanun kapsamındaki tedbirlerin yerine getirilmesi sırasında, çocuğun fiziksel ve zihinsel yönden zarar görmemesi için de Çocuk Koruma Kanunu'na göre ilam ve tedbir kararları yerine getirilirken bulundurulması gereken psikolog, pedagoğ, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimci ve rehber öğretmen gibi uzmanlar (bunların yeterli sayıda olmaması hâlinde ise öğretmen) hazır bulundurulacaktır (5717 s. K. m. 18, 2; m. 21)

¹⁵ TMK m. 326 bağlamında yer alan hükme göre "Kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili bütün düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir". Anılan düzenleme mahkemelerin yetkisini konu almakta ve bu sebeple ilamlı icrada uygulanamamaktaydı.

¹⁶ ÖZEKES/ERİŞİR, s. 1266; ERİŞİR, 281; AYDINLIYIM, s. 276.

¹⁷ 04.12.2007 tarih ve 26720 sayılı RG.

Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'nde görev yapan personellerin (müdür, müdür yardımcısı, uzman gibi), sorumluluğuna ilişkin olarak İİK m. 5'de yer alan hükme benzer bir hükme Çocuk Koruma Kanun'unda yer verilmemiştir. Her ne kadar Kanun'da açık düzenleme olmasa da Anayasa m. 129 gereğince anılan personelin kusurundan dolayı ortaya çıkan zararın karşılanması bağlamında Devlet aleyhine dava açılır. Ancak tazminat davasının şekil ve şartlarının kanunla belirlenmesi gerektiği esası da Anayasa m. 129'da kabul edilmiştir; fakat müdürlük personelinin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinde görev alan müdürlük personeli Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilen ve bu çerçevede adalet hizmetleri bütünü içinde yer alan adli hizmet ifasında bulunan kamu görevlisidir. Bu sebeple çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ya da tedbir kararlarının icrası bağlamında personelin kusurundan dolayı bir zarar ortaya çıkarsa bu zarar hizmet kusuru yüzünden ortaya çıktığı için idare mahkemesinde tam yargı davası açılması gerekecektir. Dolayısıyla tam yargı davasına ilişkin kural ve hükümler uygulama alanı bulacaktır.

2. Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Hukuksal Çare: Şikâyet ve İtiraz

Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü, Çocuk Koruma Kanunu çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesinde görevlendirilmiş bir kurumdur. Kanun değişikliğinden önce icra dairesinde olan görev ve yetki, yeni düzenleme ile yeni hükümler çerçevesinde anılan müdürlüğe verilmiştir.

İcra dairesinin, kanuna aykırı işlemlerinin düzeltilmesi, iptali ve yerine getirilmeyen işlemlerin yerine getirilmesi için şikâyet¹⁸ yoluna

¹⁸ Şikâyet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ, Hakan/SİMİL, Cemil, İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, 2. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 5 vd.; KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, 3. B., Cilt 1, Evrim Dağıtım, İstanbul 1988, s. 87 vd.; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 28. B, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 67 vd.; KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2016, s. 63 vd.; KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 103 vd.; YILDIRIM, M. Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 5. B., Beta, İstanbul 2012, s. 30vd.; KARSLI, Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, 3. B., Alternatif, İstanbul 2014, s. 77 vd.; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku 10. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 123 vd.; POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer, İcra Hukuku

başvurulmaktadır. İİK’da yer verilen şikâyet sebeplerinin ortaya çıkması üzerine hukuken korunmaya değer menfaati olan her ilgili icra dairesinin işlemine karşı icra mahkemesinde şikâyet yoluna gidebilmektedir. Bu sebeple İİK m. 25-m.25/b hükümlerinin icrası açısından icra dairesinin kanuna aykırı işlemlerine karşı da icra mahkemesinde şikâyet yoluna gidilebilmektedir.

Çocuk Koruma Kanunu bağlamında, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesinde Adli Destek veya Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü’nün kanuna aykırı işlemlerine karşı da başvurulacak bir hukuki imkân düzenlenmiştir. Bu hususta Çocuk Koruma Kanunu m. 41/E’de¹⁹ “şikâyet ve itiraz” başlığı altında bir hükme yer verilmiştir. Anılan hükme göre, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesinde Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü’nce yapılan işlemlere karşı öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yerdeki aile mahkemesine şikâyette bulunulabilir. Görüldüğü üzere, icra dairesi işlemlerine karşı öngörülen şikâyet prosedürü, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü açısından da öngörülmüştür. Ancak her iki şikâyet prosedürü arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır:

-İİK m. 16’ya göre şikâyet yoluna icra mahkemesine gidilirken, Çocuk Koruma Kanunum 41/E’ye göre şikâyet yoluna aile mahkemesine gidilmektedir.

-İİK m. 16 ve devamında düzenlenen şikayette, şikayet sebepleri açıkça sayılmıştır. Bu kapsamda, kanuna aykırılık, hadiseye uygun olmama, bir hakkın yerine getirilmemesi veya bir hakkın sebepsiz

Esasları, 5. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 57 vd.; MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas hukuku Esasları, 5. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 61vd.; MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Cilt I, 6. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 87 vd.; POSTACIOĞLU, İlhan E., İcra Hukukunun Esasları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 57 vd.; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. B., İstanbul 2004, s. 44vd.; ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. B., İstiklal Matbaası, Ankara 1960, s. 29 vd.; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYYAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, İcra ve İflas Hukuku, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 75 vd.; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 51 vd.; GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, 2. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 63 vd..

¹⁹ Ayrıca bkz. Çocuk K. K. m. 4/B, 3-e; m. 41/C, 3-f.

sürüncemede bırakılması şikâyet sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak Çocuk Koruma Kanunu'nda bu şekilde bir hükme yer verilmemiştir. Çocuk Koruma Kanunu m. 41/E hükmünün lafzı yorumundan müdürlüğü her türlü işlem ve kararına karşı şikâyet yoluna gidilebileceği anlamı çıkmaktadır. Bu sebeple İİK m. 16'da olduğu gibi kanuna aykırılık gibi genel bir şikâyet sebebinin varlığında söz etmek mümkün değildir. Ancak en azından "müdürlüğün kanun veya yönetmeliğe aykırı işlem ve kararlarına karşı şikâyette bulunabilir" şeklinde bir ifadenin anılan hükümde yer alması ortaya çıkacak problemleri açısından yerinde olacaktır.

-İİK m. 16'da yer verilen şikâyet sebeplerine ilişkin olarak şikâyet süresi de değişiklik göstermektedir. Kanuna aykırılık ve hadiseye uygun olmama halinde şikâyet süresi 7 gündür²⁰; bir hakkın yerine getirilmemesi ve bir hakkın sebepsiz sürüncemede bırakılmasında ise şikâyet süresizdir. Çocuk Koruma Kanunu m. 41/E'de ise şikâyet süre bir hafta olarak belirlenmiştir.

-Yine şikâyet süresinin başlangıcı da her iki kanunda kısmen farklı düzenlenmiştir. İİK m. 16 bağlamında şikâyet, şikâyet konusu işlemin öğrenildiği tarihten 7 gün içinde yapılırken; Çocuk Koruma Kanunu m. 41/E,1'e göre şikâyet süresi öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde yapılacağı düzenlenmiştir.

-İİK çerçevesinde şikâyeti inceleyen icra mahkemesinin vermiş olduğu karar, İİK m. 363 bağlamında istinafı kabil bir kararsa, anılan karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulur. Fakat Çocuk Koruma Kanun m. 41/E,3'e göre aile mahkemesinin şikâyet yargılaması neticesinde verdiği karara karşı, tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle Çocuk Koruma Kanunu'nda aile mahkemesinin şikâyet üzerine vereceği karara karşı itiraz merciinde itiraz yoluna gidilmesi şeklinde bir hukuksal çare düzenlenmiştir. Anılan hüküm bağlamında itiraz mercii "*o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin*

²⁰ Kural olarak icra dairesi işlemlerine karşı, şikâyet süresi kural olarak yedi gündür ve bu süre kural olarak öğrenme tarihinden itibaren başlar. İcra dairesi işlemlerinin haricinde, kanunda açıkça öngörülen hallerde, iflas bürosu (İİK m. 221, 4), alacaklılar toplanması (İİK m.223, 5; m. 225), iflas idaresi (İİK m. 227) gibi organların işlemlerine karşı da şikâyet yoluna gidilebilir. Şikâyet süre, kural olarak 7 gündür. Ancak kamu düzenine aykırılık halinde şikâyet süresizdir. Yine kambiyo senetlerine mahsus haciz ve iflas yolunda bazı işlemlere karşı şikâyet süre 5 gündür (İİK m. 168,3; m. 170/a; m. 171,3; m. 172). Şikâyet süresi kanunda öngörülen bazı hallerde, öğrenme tarihinden itibaren başlamaz. Örneğin, ihalenin şikâyet yolu ile feshinde, şikâyet süresi ihale tarihinden itibaren 7 gündür (İİK m. 134, 2).

bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın aile mahkemesine veya asliye hukuk mahkemesi” dir. Kararı veren aile mahkemesi dosyayı incelemesi için itiraz merciiine ivedilikle gönderir. Mercii, bir hafta içinde kararını verir ve itiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

-İcra mahkemesinde şikâyet yoluna gidilmesi durumunda, bunun derdest takibe herhangi bir etkisi söz konusu olmaz; ancak icra mahkemesi takibin durmasına karar verebilir (İİK m. 22). Aile mahkemesinde şikâyet yoluna gidilmesi durumunda da aile mahkemesi müdürlüğün işlemlerinin yerine getirilmesini durdurabilir (Çocuk K.K. m. 41/e,2); bu konuda da aile mahkemesinin takdir hakkı bulunmaktadır. Görüldüğü üzere her iki kanuni düzenleme birbirine paraleldir.

-İcra mahkemesi, şikâyet konusu işlemi yapan icra dairesinin açıklama yapmasına ve duruşma yapılmasına gerek olup olmadığını kendisi takdir ederek duruşma yapılmasını uygun görürse ilgilileri duruşmaya çağırır ve gelmeseler bile gereken kararı verir (İİK m. 18,3). Aile mahkemesi de benzer şekilde dosya üzerinden veya gerektiğinde ilgilileri dinlemek suretiyle ivedilikle karar verir.

-Şikâyet yerinde görülürse, icra mahkemesi, yapılan işlem kanuna aykırı ise iptaline, hadiseye uygun değilse düzeltilmesine, yerine getirilmemişse yerine getirilmesine karar verir. Aile mahkemesinin nasıl karar vereceğine kanunda yer verilmemiştir. Ancak aile mahkemesi kararına karşı itiraz yoluna gidilmesi durumunda itiraz merciiinin itirazı yerinde görmesi halinde işin esası hakkında karar vereceği düzenleme altına alınmıştır. Ancak işin esası hakkında nasıl bir karar vereceğine kanunda yer verilmemiştir.

-Öte yandan icra dairesi, işlemlerine karşı şikâyetleri inceleyecek olan icra mahkemesinin denetim ve gözetimi altındayken (İİK m. 4; m. 13), müdürlük, şikâyeti inceleyecek olan aile mahkemesinin denetim ve gözetimi altında değildir.

Bazı yönleriyle farklılaşsa da, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'nün işlemleri karşı öngörülen şikâyet prosedürü, İİK' m. 16 vd.da öngörülen şikâyetten farklı değildir. Bu sebeple hüküm bulunmaması ve sorunla karşılaşılması halinde İİK'nın şikâyete ilişkin hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde aile mahkemesi tarafından da uygulanabilmelidir. Bu hususta Çocuk Koruma Kanunu'nun ilgili bölümünde

hüküm olmayan hallerde İİK'ta yer alan şikâyet hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin bir atıf hükmünün yer almasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

B. Çocuk Teslimine İlişkin İlam veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi

1. Genel Olarak

Çocuk teslimine ilişkin ilam ya da tedbir kararlarının gereğini *yükümlü taraf* rızası ile yerine getirmese, *hak sahibi* ilam ya da tedbirin yerine getirilmesi için Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'ne başvuracaktır (Çocuk K. K. m. 42/B,1).

Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen maddelere bakıldığında ilamların icrasına ilişkin İİK m. 25-m.25/b hükümlerinde olduğu gibi "alacaklı" ve "borçlu" kavramları kullanılmamış; bunların yerine "hak sahibi" ve "yükümlü" kavramları tercih edilmiştir. Bu kavramlar, İİK m. 25-m.25/b çerçevesinde çocuğun taşınır bir mal gibi kabul edilmesinin neden olduğu algıdan ve uygulamadan uzaklaşılması düşüncesiyle isabetli olarak tercih edildiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla Çocuk Koruma Kanunu kapsamında öngörülen yeni sistem, ilamlı icrada olduğu gibi çocuğun taşınır bir mal gibi muameleye tabi tutulmaması amacıyla getirilmiştir.

Öte yandan İİK m. 25-25/b çerçevesinde çocuk teslimine ilişkin tedbir kararlarının icra edilmesi hususu düzenlenmemiştir. Fakat yeni düzenleme ile Çocuk Koruma Kanunu'nda çocuk teslimine ilişkin tedbir kararlarının yerine getirilmesi hususunu da ilamların yerine getirilmesiyle birlikte düzenlenmiştir.

Hak sahibinin talebini alan müdürlük, yükümlü tarafa, hak sahibine çocuğu teslim etmesi için belirlediği gün ve saatte belirlediği yere getirmesini derhal bildirecektir (Çocuk K. K. m.41/B,2). Müdürlük bildirimini yaparken Tebligat Kanunu hükümleri çerçevesinde, hak sahibinin talebi doğrultusunda çocuğun teslim edilmesi gerektiği yönündeki söz konusu bildirimini tebliğ etmek zorunda değildir; aksine müdürlük her türlü iletişim vasıtasını kullanarak yükümlüyle iletişime geçebilir (Çocuk K. K. m.41/B,2). Örneğin, müdürlük bildirimini yapması için, yükümlüyü telefonla arayabilir, mail gönderebilir. Müdürlük kullandığı iletişim vasıtasıyla yükümlü ile irtibata geçerse de geçemese de bunu tutanağa geçirmesi gerekecektir.

2. İrtibat Kurulan Yükümlünün Rızasıyla Yerine Getirilmesi

Kendisi ile irtibata geçilen yükümlü, çocuğu belirlenen gün, saatte belirlenen yere getirirse, herhangi bir problem olmayacaktır. Bu kapsamda çocuk hak sahibine teslim edilecek ve ilam ya da tedbir kararının gereği yerine getirilmiş olacaktır.

3. Teslim Emri Gönderilmek Suretiyle Yerine Getirilmesi

Çocuğu belirlenen günde, saatte ve yerde teslimi için yükümlü ile irtibat kurulamazsa veya irtibat kurulup da yükümlü çocuğu belirlenen gün ve saatte belirlenen yere getirmeyeceğini beyan ederse ya da yükümlü çocuğu getirmezse, müdürlük derhal yükümlüye usulüne uygun şekilde düzenlenmiş bir "teslim emri" gönderecektir (Çocuk K. K. m.41/B,3). İşte çocuğun teslimine ilişkin teslim emri Tebligat Kanunu hükümlerine göre yükümlüye tebliğ edilecektir. Usulüne göre düzenlenecek teslim emrinde kanunen bulunması gereken kayıtlar şunlardır:

- "Müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte çocuğu emirde belirtilen yere getirmek zorunda olduğu.

-Çocuğu emirde belirtilen yere getirmesine engel teşkil edecek derecede haklı bir mazereti varsa teslim gününden önce müdürlüğe bildirimde bulunarak çocuğun müdürlükçe alınmasını talep etmesi gerektiği.

-Çocuğu getirmez veya haklı mazereti nedeniyle müdürlükçe alınmasını talep etmezse, çocuğun, uzman veya öğretmen marifetiyle gerekirse kolluktan yardım alınarak ve zor kullanılarak teslim alınacağı.

-Emrin gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde disiplin hapsiyle cezalandırılacağı.

-Müdürlükçe yapılan iş ve işlemlere karşı, öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesine şikâyetle bulunabileceği".

Yükümlü teslim emrinin gereği olarak müdürlüğün belirlediği yere çocuğu getirebilir veya haklı bir mazereti varsa çocuk bizzat müdürlükçe de alınabilir. Bu şekilde alınan çocuk hak sahibine teslim edilecektir (Çocuk K. K. m. 41/B,4).

Yükümlü teslim emrinin gereğini yerine kendi rızasıyla getirmezse, çocuk nerede olursa olsun, gerekirse kolluktan da yardım istenilerek müdürlükçe alınacak ve hak sahibine teslim edilecektir. Eğer kolluktan yardım istenirse, görevli personel zor kullanma dâhil olmak üzere bu husustaki talepleri derhal yerine getirecektir (Çocuk K. K. m. 41/B,5; 5717 s. K.

m. 20). Bu şekilde ilam ya da tedbir hükmü yerine getirilerek çocuk alınarak hak sahibine teslim edilir.

Çocuk teslimine ilişkin ilam ya da tedbir kararının müdürlükçe yerine getirilmesi bağlamında yükümlüye teslim emri gönderilmesi üzerine, teslim emrine aykırı hareket edenler ve emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler, söz konusu fiillerin gerçekleşmesinden itibaren bir ay içinde şikâyet üzerine üç aya kadar disiplin hapsine mahkûm edilirler. Bu durumda gerçekleştirilen hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmesi önemli değildir (Çocuk K. K. m. 41/F, 1). Anılan durumda şikâyet üzerine inceleme yapıp karar verecek olan merci işlemi gerçekleştirecek olan müdürlüğü bulunduğu yerdeki aile mahkemesidir (Çocuk K. K. m. 41/F, 4). Aile mahkemesi şikâyet üzerine, şikâyet olunana şikâyet dilekçesi ile birlikte meşruatlı davetiye gönderir. Anılan davetiyede duruşma gün ve saati, savunma ve delillerin duruşma gününe kadar bildirilmesi; duruşmaya gelinmemesi halinde yoklukta yargılamaya devam edileceği ihtar edilir. Mahkeme, şikâyet olunanın, duruşmaya gelmesi halinde savunmasını alıp gerekli araştırmayı yapıp, şikâyete konu olduğu üzere teslim emrine aykırı hareket ettiği ya da emrin gereğinin yerine getirilmesini engellediği veyahut sürenin bitmesine rağmen çocuğu belirlenen yere getirmedeği sonucuna varırsa disiplin hapsi ile cezalandırılmasına; aksi halde şikâyetin reddine karar verir²¹ (Çocuk K. K. m. 41/F, 5). Aile mahkemesinin vereceği karara karşı tebliğ tarihinden itiraz edilebilir. Süresi içinde itiraz yoluna gidilirse itiraz üzerine merciin vereceği karar kesindir; itiraz yoluna gidilmemesi halinde ise aile mahkemesinin kararı ise kesinleşir (Çocuk K. K. m. 41/F, 8'in atfıyla m. 41/E). Disiplin hapsine ilişkin aile mahkemesinin kararının kesinleşmesinde itibaren iki yıl içinde, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından infaz edilir (Çocuk K. K. m. 41/F, 6).

4. İrtibata Geçilmeden ve Teslim Emri Tebliğ Edilmeden Yerine Getirilmesi (Özellikle Çocuğun Üstün Yararının Bulunması Halinde)

Bazı hallerde yükümlüyle irtibata geçilmeksizin veya ona teslim emri tebliğ edilmeksizin de çocuk teslimin sağlanması için gereken işlemler müdürlükçe yerine getirilir. Bunlardan ilki, çocuk hak sahibine teslim edildikten sonra yükümlü, haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa yeni bir hükme, irtibata geçmeye ve teslim emri tebliğine gerek

²¹ Şikâyetten vazgeçilmesi hâlinde veya birinci ve üçüncü fıkralar bakımından çocuğun velayet hakkı sahibine teslim edilmesi durumunda dava ve bütün sonuçlarıyla beraber ceza düşer (Çocuk K. K. m. 41/F, 7).

olmaksızın çocuk nerde bulunursa bulunsun müdürlük alınarak hak sahibine teslim edilir (Çocuk K. K. m. 41/B, 6).

İkinci olarak çocuğun üstün yararının gerektirdiği hâllerde müdürlük, yükümlüyle irtibata geçmeye veya teslim emri tebliğine gerek olmaksızın çocuk nerede bulunuyorsa alır ve hak sahibine teslim eder (Çocuk K. K. m. 41/B, 7). Benzer şekilde 5717 sayılı Kanun çerçevesinde çocuğun iadesine veya şahsî ilişki kurulmasına dair ilamlar teslim emri tebliğ edilmeksizin yerine getirilecektir (5717 s. K. m. 18, 1).

Çocuğun üstün yararı gereğince yükümlü ile irtibata geçmeden veya ona teslim emri tebliğ etmeden ilam ya da tedbir kararının yerine getirilmesi kanunen mümkün hale getirilmiştir. Ancak üzerinde durulması gereken kavram çocuğun üstün yararı kavramıdır. Bu kavramına ilişkin olarak genel geçer bir tanıma ne iç hukukta ne de uluslararası sözleşmelerde yer verilmiştir. Zira anılan kavramın uygulama alanının geniş olması, çocukların karşılaştığı tehlikeler ve bunların sonuçlarının, aile yapısının, bedensel ve ruhsal gelişimlerinin, çevre koşullarının farklı olması²² buna imkân vermemektedir²³. Ancak doktrinde bu kavramın nasıl anlamlandırılması gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.

Doktrinde ileri sürülen bir görüş²⁴, çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik bakımlardan dengeli, sağlıklı ve özgür biçimde geliştirilmesini, korunup kollanmasını çocuğun üstün yararı olarak tanımlamaktadır. Diğer bir görüş²⁵ ise anılan kavramı velayet veya kişisel ilişki bağlamında çocuğun gelişimini sağlayacak etkenlerin birleşimi olarak tanımlamaktadır. Bir başka görüş²⁶ ise çocuğun üstün yararı kavramının hâkimin takdirine açık esnek bir hakkaniyet kavramı olduğunu ifade etmektedir. Çocuğun üstün yararı çocuğun kısa vadeli çıkarı değil; aksine geniş kapsamlı ve uzun vadeli bireysel ve çevresel bakımdan yararı olarak dikkate alınmalıdır²⁷. Bu çerçevede çocuğun

²² ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, oniki levha, İstanbul 2009, s. 58.

²³ MARDİN, s. 30.

²⁴ AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 4. B., Pegem Yayıncılık, Ankara 2015, s. 50.

²⁵ KELLY, Joan, "The Best Interest of Child: A Concet in Search of Meaning, Family and Conciliation Courts Review", Vol. 35, No. 4, 1997, s. 378 (Naklen Mardin, s. 31).

²⁶ SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. (2. Baskıdan tıpkı) B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 65.

²⁷ SEROZAN, s. 65.

üstün yararının tespiti kanunlarda hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Hâkim çocuğun üstün menfaatinin tespitinde bilimsel ve objektif esaslar çerçevesinde somut olay bağlamından değerlendirmede bulunmalı ve bu kapsamda psikoloji, sosyoloji, gerekirse tıp gibi bilimlerden yardım alınmalıdır²⁸. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam ve tedbir kararlarının icrası bağlamında Çocuk Koruma Kanunu Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü'ne de çocuğun üstün yararının belirlenmesinde takdir yetkisi tanımaktadır (Çocuk K. K. m. 41/B, 7). Bu kapsamda müdürlük çocuğun üstün yararını somut olayın özellikleri bağlamında değerlendirerek, gerekirse, yükümlü ile irtibata geçmeden ve ona teslim emri göndermeden çocuğun teslim alınması yoluna gidebilir. Örneğin, çocuk kendinde bulunan annenin ve babanın sürdürmüş olduğu kötü yaşan nedeniyle çocuğun korunma, barınma ve beslenmesi bakımından ondan bir an evvel alınmasını gerektiriyorsa, müdürlük kendine başvuran hak sahibinin talebi üzerine, çocuğun mevcut durumundan da bilgi sahibi olması üzerine yükümlüye herhangi bir bildirim yapmadan veya teslim emri göndermeden direkt çocuğun alınıp hak sahibine verilmesini sağlayabilir.

İrtibata geçmeden ve teslim emri tebliğ etmeden çocuğun bulunduğu yer tespit edilerek çocuk alınır ve hak sahibine teslim edilir. Teslim emri tebliğ edilmediği için yükümlüye ayrıca disiplin hapsine ilişkin ihbarda bulunulamayacak ve dolayısıyla bu kapsamda yükümlü hakkında disiplin hapsi uygulanmayacaktır.

C. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Yönelik İlam veya Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi

1. İrtibat Kurulan Yükümlünün Rızasıyla

Yükümlü, çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ya da tedbir kararının gereğini rızasıyla yerine getirmez ise, çocuk tesliminde olduğu gibi, hak sahibi müdürlüğe başvurarak, ilamın yerine getirilmesini talep edecektir (Çocuk K. K. m. 41/C, 1). Yine çocuk tesliminde olduğu gibi, talebi alan müdürlük herhangi bir iletişim vasıtasıyla yükümlü ile irtibat kuracaktır. Bu kapsamda müdürlük ilam veya tedbir kararında belirlenen gün ve saatte çocuğun hak sahibine teslim edilmesi için belirlenen yere getirilmesini yükümlüye bildirecek ve bu bildirim yapıldığını tuta-nağa geçirecektir. Eğer müdürlük yükümlü ile irtibat kuramaz ise irtibat

²⁸ AKYÜZ, s. 52; ELÇİN GRASSİNGER, s. 58; MARDİN, s 31; GAYRETLİ AYDIN, s. 18.

kurulamadığını da tutanağa geçirecektir (Çocuk K. K. m. 41/C, 2). Yükümlü kurulan irtibat sonucu çocuğu belirlenen gün ve saatte belirlenen yere getirirse, çocuk hak sahibine teslim edilir.

2. Teslim Emri Gönderilmek Suretiyle

Çocuğu belirlenen günde, saatte ve yerde teslimi için yükümlü ile irtibat kurulamazsa veya irtibat kurulup da yükümlü çocuğu belirlenen gün ve saatte belirlenen yere getirmeyeceğini beyan ederse ya da yükümlü çocuğu getirmese, müdürlük derhal yükümlüye usulüne uygun şekilde düzenlenmiş bir "teslim emri" gönderecektir (Çocuk K. K. m.41/C,3). İşte çocuğun teslimine ilişkin teslim emri Tebligat Kanunu hükümlerine göre yükümlüye tebliğ edilecektir. Usulüne göre düzenlenecek teslim emrinde kanunen bulunması gereken kayıtlar şunlardır:

- *"İlam veya tedbir kararında belirtilen gün ve saatte, gün ve saatin belirlenmemesi hâlinde müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte çocuğu emirde belirtilen yere getirmek zorunda olduğu.*

-*Çocuğu emirde belirtilen yere getirmesine engel teşkil edecek derecede haklı bir mazereti varsa teslim gününden önce müdürlüğe bildirimde bulunarak çocuğun müdürlükçe alınmasını talep etmesi gerektiği.*

-*İlam veya tedbir kararı kapsamında emrin tebliğinden sonraki dönemde de (a) ve (b) bentlerindeki yükümlülüğünün devam edeceği, bunun için yeniden emir çıkarılmayacağı.*

-*Emrin gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde disiplin hapsiyle cezalandırılacağı.*

-*Yerleşim yeri veya iletişim bilgilerinin değişmesi hâlinde yeni adres veya iletişim bilgilerinin müdürlüğe derhâl bildirilmesi gerektiği.*

-*Müdürlükçe yapılan iş ve işlemlere karşı, öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesine şikâyetle bulunulabileceği".*

Teslim emrinin tebliğ alan yükümlü, emrin gereğini yerine getirirse²⁹, yani belirlenen gün ve saatte belirlene yere çocuğu getirirse ya da haklı mazereti nedeniyle çocuğun müdürlükçe alınmasını talep ederse gerektiğinde hak sahibi de hazır bulundurulmak suretiyle çocuk alınarak hak sahibine teslim edilir. Fakat hak sahibi teslim emrinin tebliğinden

²⁹ İlam veya tedbir kararını rızasıyla yerine getirdiğini iddia eden yükümlü, ikinci fıkra uyarınca yapılan bildirim veya bu bildirim yapılamamışsa üçüncü fıkra uyarınca gönderilen teslim emrinin haksız olduğunu süresi içinde şikâyet yoluyla ileri sürebilir (Çocuk K. K. m.41/C, 9).

sonra, emirde belirtilen teslim saatinden en az kırk sekiz saat önce çocuğu teslim almaya geleceğini fiziki ortamda yazılı olarak ya da elektronik ortam veya ilk başvuru sırasında beyan ettiği iletişim vasıtasıyla bildirmek zorundadır. Hak sahibinin bildirimde bulunmadığı halde veya gelemeceğini bildirdiği durumda müdürlük, hak sahibi nezdinde gerçekleşen bu hususu ve çocuğu getirmek zorunda olmadığını yükümlüye bildirir ve bütün bu işlemleri tutanak altına alır (Çocuk K. K. m.41/C, 7). Ancak, hak sahibi, teslim emrinin tebliğinden sonra, teslim saatinden en az kırk sekiz saat önce çocuğu teslim almaya geleceğini bildirmesine rağmen haklı bir mazereti olmadan iki kez üst üste ya da bir yıl içinde 3 defa çocuğu almaya gelmezse, müdürlük dosyanın işlem den kaldırılmasına ve teslim emrinin hükümsüzlüğüne karar verecektir. (Çocuk K. K. m. 41/C, 12). Yükümlünün teslim emrinin gereğini kendi rızasıyla yerine getirmesi ve bunun en az bir yıl sürmesine ilaveten çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik devam edecek olan süreçte de mahkeme kararına uygun şekilde hareket edeceğini taahhüt etmesi durumunda, müdürlük, çocuğu teslim almakla görevli olan uzmanın da görüşünü alarak dosyanın işlem den kaldırılmasına ve teslim emrinin hükümsüz hale gelmesine karar verebilecektir. Fakat yükümlü müdürlük nezdinde yerine getirdiği taahhüdü yerine getirmezse, hak sahibinin talebiyle yükümlüye tekrar teslim emri tebliğ edilir (Çocuk K. K. m. 41/C, 13). Çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ya da tedbir kararlarının yerine getirilmesi bağlamında Çocuk Koruma Kanunu'nda öngörülen yeni sistemde, yukarıda ifade edilen durumlarda dosyanın işlem den kaldırılması ve teslim emrinin hükümsüz olacağı ifade edilmektedir. Anılan işlemlerin hukuki sonuçlarının ne olacağı hususunda ise Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 150'de dosyanın hangi hallerde işlem den kaldırılacağı, ne zaman yenileme talebinde bulunulacağı ve yenileme talebinde bulunulmaması halinde hangi hukuki sonuçların ortaya çıkacağı açıkça düzenlenmiştir³⁰. Bu tarz bir düzenlemeye Kanunda yer verilmemiştir. Dosyanın işlem den kaldırılması ve bunun neticesi olarak önceden gönderilen teslim emri hükümsüz olmakta; hak sahibi tekrar kişisel ilişki kurmak istiyorsa, yeniden talepte bulunacaktır. Hak sahibinin işlem den kaldırılan dosya bağlamında yeniden talepte bulunmasını yenileme talebi olarak kabul edebiliriz; zira

³⁰ Dosyanın işlem den kaldırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. RÜZGARESEN, Cumhur, Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlem den Kaldırılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 109 vd..

talebe konu olan mahkeme kararı halen geçerliliğini korumaktadır. Anılan durumlarda yenileme talebinde bulunulması üzerine yükümlüye yeniden teslim emri tebliğ edilecektir³¹.

Yine çocuğun yerleşim yeri değişirse dosya ilgili yer müdürlüğüne resen gönderilir ve yeni yerleşim yeri müdürlüğü, teslim emri çerçevesinde sadece teslimin gerçekleştirileceği yeni yeri yükümlüye tebliğ edecektir ve bu durumu hak sahibine her türlü iletişim kanalıyla bildirecektir (Çocuk K. K. m. 41/C, 10). Ancak hak sahibi de çocuğu süresinin bitiminde belirlenen yere getirmek ve yükümlüye teslim etmek zorundadır. Müdürlük bu hususa ilişkin olarak hak sahibine ayrıca ihtarda bulur. İhtarda, hak sahibine, kendisine tanınan sürenin sonunda çocuğu belirlenen yere getirmek zorunda; çocuğu getirmezse veya kendisinden kaynaklanmayan makul sebepler haricinde geç getirirse disiplin hapsiyle cezalandırılacağı, hakkında suç duyurusunda bulunulacağı yer almaktadır. Anılan ihtara rağmen, hak sahibi çocuk, belirlenen yere getirilmezse onun hakkında müdürlük suç duyurusunda bulunulur ve yükümlü bu duruma ilişkin olarak bilgilendirilir (Çocuk K. K. m.41/C, 4).

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik olarak teslim emri gereği çocuk hak sahibine teslim edilir ve hak sahibine tanınan sürenin sonunda çocuğu geri getirdiği zaman yükümlü veya yükümlünün belirlediği kişiye çocuğun teslimi mümkün olmazsa, çocuk hak sahibinde kalmaya devam eder. Ancak çocuğun, hak sahibinde de kalması mümkün olmazsa, müdürlüğü talebiyle aile ve sosyal hizmetler il müdürlüğüne geçici olarak barınması için tedbir kararı alınır (Çocuk K. K. m.41/C, 5).

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ya da tedbir kararlarının yerine getirilmesi için yükümlüye teslim emri gönderilmesi üzerine, teslim emrine aykırı hareket edenler ile emrin gereğinin yerine getirilmesini engelleyenler, hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren bir ay içinde yapılacak şikâyet üzerine üç gün ile on gün arasında disiplin hapsiyle cezalandırılacaktır. Benzer şekilde, çocukla kişisel ilişki kurulması sağlanan hak sahibi de süresinin bitiminde çocuğu belirlenen yere getirmezse, bir ay içinde yapılacak şikâyet üzerine fiili suç oluştursa bile

³¹ Dosyanın işlemde kaldırılması ve teslim emrinin hükümsüzlüğüne ilişkin olarak, bu kısım hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılacak yönetmelikte açıklık getirilmesi uygun olacaktır

üç aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılacaktır (Çocuk K. K. m. 41/F, 2, 3)³².

D. Çocuğun Teslim Edileceği Yerler

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ya da tedbir kararlarının yerine getirilmesi bağlamında çocuğun tesliminin hangi mekânlarda gerçekleştirileceği Çocuk Koruma Kanunu m. 41/D' de açıkça düzenleme altına alınmıştır. Anılan hükme göre, müdürlüğün talebi doğrultusunda valilikler ve belediyeler tarafından çocuk tesliminin gerçekleştirileceği uygun mekanlar belirlenir, bulunmaması halinde ise oluşturulur. Ayrıca belirlenen mekâna ulaşımın sağlanması bağlamında araç ve sürücü tahsisi de gerçekleştirilir.

Öte yandan anılan mekanların belirlenmesi, yoksa oluşturulması, döşenmesi, güvenliğinin sağlanması ve teslim hizmetinin sunulmasında ilgili kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler müdürlüğe destek sağlamakla ödevli kılınmıştır (Çocuk K. K. m. 41/D, 2).

E. Giderlerin Karşılanması

İİK m. 25-m. 25/b kapsamında çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların icrasında takip giderleri ortaya çıkmaktaydı ve bu giderlerden birinin sorumlu olması gerekmektedir. Takip giderlerinden sorumluluk, İİK m 15 ve m. 59'da yer alan genel hükümler gereğince borçluya aittir ve fakat alacaklı yapılmasını istediği işlemin giderini peşin yatırmak durumundadır³³. HMK m. 312, 2 hükmünün kıyasen uygulanması neticesinde, borçlu ilamlı icra bağlamında icra emrini tebliğ aldıktan sonra yedi gün içinde icra emrinin gereğini yerine getirmiş ve davranışlarıyla kendisine karşı takip başlatılmasına sebebiyet

³² Disiplin hapsi bağlamında çocuk teslimine ilişkin ilam ya da tedbir kararlarının yerine getirilmesi kısmında yaptığımız açıklamalar aynen burası içinde geçerlidir (bkz. yuk. B, II,3).

³³ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 89-90; KURU, El Kitabı, s. 122; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 81; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 80-81; KURU, İstinaf, s. 74. "İİK'nın 25. maddesine göre çocuk teslimine dair olan ilam icra dairesine verilmesi üzerine borçluya 24. Maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliğ edilir. Nitekim olayımızda da borçluya bir icra emri tebliğ edilmiştir. Bu tebligat üzerine çocuğun anne tarafından babaya ilamda belirtildiği şekilde teslimi gerekir. Annenin bu mükellefiyetini yerine getirmemesi üzerine ilamın zorla infaz edildiğine ve alacaklının icra memurunu teslimine icbar için götürdüğü konusunda dosyada bir bilgi ve belge yoktur. Annenin icra emrine karşı direnmesi sabit olmadan alacaklının icra memurunu kendiliğinden götürmesi sonucu yapılan masrafları borçludan istemeye hakkı yoktur." (12. HD, 28.05.1997, 5845/6259: Mardin, s. 147, dn. 184).

vermemişse icra harç ve giderlerinden sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir³⁴.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların icrasında icra takip giderlerinden kimin sorumlu olacağı konusu doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalara neden olmuştur. Yargıtay kararlarında genellikle, ilamlı icra takibe göre kalmaksızın borçlu ilamın gereğini yerine getiriyor veyahut kendi davranışıyla ilamlı icranın başlamasına sebep olmuyorsa, yani, borçlunun çocuk teslimi veya kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların gereğinin yerine getirilmesine engel davranışlarda bulunmadıkça ve bu sebeple icra takibine sebep olduğu ispatlanmadıkça³⁵ takip giderlerine mâhkum edilemeyeceğine; aksine talepte bulunan alacaklının yapılan masraflara katlanması gerektiğine

³⁴ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ/HANAĞASI, s. 89-90; KURU, El Kitabı, s. 122; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 81; KURU, İstinaf, s. 74.

³⁵ “Anılan kararda müşterek çocuğun anne tarafından belirtilen yere götürüleceğine dair bir ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle baba, çocuğu ile kişisel ilişkisini temin amacıyla yaptığı masrafları, ulaşım ve benzeri sair giderleri üstlenmek zorundadır. İlamın infazının borçlu tarafından engellendiği iddiası da kanıtlanmış değildir.” 12. HD, 15.06.2006, 10187/12876: Mardin, s. 149, dn. 186. “ilam gereğini yerine getirmediğinden alacaklının icra müdürlüğü aracılığı ile ilamın infazını temin etmek zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. İcra takibine sebebiyet verildiğinden borçlunun takip masraflarını karşılaması gerekir. Merciiçe (icra mahkemesince) şikâyetin bu nedenle kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi isabetsizdir” (12. HD, 12.02.2004, E. 2003/25314, K. 2004/2441: ÖZBAY, İbrahim, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2009/84, <http://www.e-akademi.org/makaleler/iozbay-2.htm>, Erişim Tarihi: 30.12.2021.

hükmetmiştir³⁶. Bu hususta doktrinde ileri sürülen bir görüşe³⁷ göre, genel kural (İİK m. 15) çerçevesinde kişisel ilişki kurulmasına yönelik takip masraflarından (harçlar, vekâlet ücreti gibi) borçlunun sorumlu olması gerekir. Ancak, takip masrafları dışında, çocukla kişisel ilişki kurulması için gerekli olan ulaşım, çocuğu teslim alma ve teslim etme masraflarının alacaklı kişi tarafından karşılanması gerektiği ileri sürülmektedir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesinde ortaya çıkacak giderlerin karşılanması açısından Çocuk Koruma Kanunu m. 41/H'de yeni bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, anılan ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin yapılacak olan işlemler tüm harçlardan istisna tutulmuş ve söz konusu iş veya işlemlerin yürütülmesi için avukatlık ücreti hariç, yapılacak bütün masraflar, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır³⁸.

³⁶ “Şahsi münasebet tesisine yönelik giderlerin genel takip giderleri gibi düşünülmesi yerinde olmaz. BK'nın 73/3. maddesinde açıklandığı üzere, anılan maddenin 1 ve 2 numaralı bentleri dışında kalan borçları borçlunun bulunduğu yerde itfa zorunluluğu vardır. Bu nedenle çocuğun nezdinde bulunduğu anne veya babadan alınıp diğer tarafa teslimi işleminin çocuğun ve borçlu kişinin bulunduğu yerde gerçekleşmesi gerekir. O halde çocuğun diğer tarafla olan ilişkisini sağlamak için icra dairesine getirilmesi veya alacaklı olan ve talepte bulunan tarafın ikametgahında teslim edilmesi düşünülemez. Zira bu düşünce tarzı, çocuğun yararına ve her şeyden evvel korunması gereken sıhhi durumuna da uygun düşmeyecektir. Bu durumda istek sahibi anne veya baba, çocuğun bulunduğu yere gitmek ve oradan çocuğu teslim almak ve yine aynı şekilde ve yerde teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle istek sahibi çocuğu teslim almak ve teslim etmek için yaptığı giderleri de üstlenmek zorundadır ve diğer taraftan isteyemez. Meğer ki, teslim işlemine diğer diğer tarafın yani çocuğun elinde bulunduğu anne veya babanın mâni olduğu iddia ve ispat edilmiş olsun. Somut olayda, müşterek çocuk ile baba arasında ilamda belirtilen günlerde şahsi münasebet tesisi sağlamak amacıyla anneye 3 örnek icra emri tebliğ olunmuş, 12.02.2011 ve devam eden aylarda da çocuk icra marifetiyle babaya teslim edilmiştir. 07.06.2011 tarihinde şikâyet eden icra dairesine başvurarak, ilam hükmüne rağmen eşinin, çocuğu kendisine teslim etmeyerek icra takibine sebebiyet verdiğinden yapılan masrafların eşinden alınması için muhtıra çıkartılmasını talep etmiş, icra müdürlüğünce 14.06.2011 tarihinde bu talep, annenin teslimde herhangi bir zorluk çıkarmadığından bahisle reddedilmiştir. Borçlunun çocuk tesliminde bir engeli bulunduğu ispat edilmeden şahsi münasebet tesisi ile ilgili yapılan giderler borçludan istenemez.” 12. HD, 27.03.2012, E. 2011/25080, K. 2012/9796: MARDİN, s. 148, dn. 186.

³⁷ ÖZBAY, agm (<http://www.e-akademi.org/makaleler/iozbay-2.htm>).

³⁸ Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin işlemleri hafta sonu ve resmî tatil günlerinde yerine getirmek üzere görevlendirilen uzman ve öğretmenlere bu kapsamda fiilen görev yaptıkları her teslim işlemi için, görevlendirilen diğer kişilere ise bu kapsamda görev yaptıkları her gün için (500) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan kat-sayıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarda ödeme yapılır. Bu kapsamda uzman ve

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi bağlamında yapılan en önemli değişikliklerden biri kanaatimizce harçlar ve masraflar konusunda olan bu değişikliktir. Bu kapsamda hak sahibi veya yükümlü maddi külfet altında ezilmeden, rahat bir şekilde çocuğu teslim alabilecek veya onla kişisel ilişki kurabilecek. Bu durum aslında çocuğun üstün yarına uygunluk arz etmektedir. Özellikle çocukla kişisel ilişkinin kurulması belirli aralıklarla düzenli olarak devam eden bir süreçtir ve bu süreçte her seferinde masrafları ödemek durumunda kalan hak sahipleri bir süre sonra maddi külfete katlamayacak ve ilişkiler kopma noktasına gelecektir³⁹. Bu sebeple yeni düzenleme ile kişiler masrafların maddi külfeti altında ezilmeden çocuğuyla kişisel ilişki kurabilecek ve bu da çocuğun psikolojik ve fiziksel gelişimine önemli katkı sağlayacaktır. Fakat mevcut düzenlemenin suiistimallere de açık olduğunu söylemek gerekir. Her ne kadar maddi durumu elverişli olmayanlar açısından son derece yerinde bir düzenleme olsa da maddi durumu çok iyi olan kimseler açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu sebeple adli yardımda (HMK m. 334 vd.) olduğu gibi belirli şartlar dahilinde anılan ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin yapılacak olan işlemlerin tüm harçlar ve masraflardan muaf olacağı şeklinde düzenleme yapılması isabetli olacaktır. Zira bu tarz bir düzenleme suiistimalleri de engelleyecektir.

F. Zaman Bakımından Uygulanma

7343 sayılı Kanun'un m. 48 ile Çocuk Koruma Kanunu'na geçici m. 2 eklemiştir. Anılan geçici madde İİK'dan kaldırılan hükümler ile Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen hükümlerin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin geçiş hükümlerini içermektedir.

7343 sayılı Kanun'un hükümleri yayınlandığı tarihte (30.11.2021) yürürlüğü girdiği (7343 s. K. m. 57) için aslında İİK m.25-25/b hükümlere mülga olmuştur. Fakat bu hükümlerin uygulanmasına kısmen devam edilecektir. Zira, Çocuk Koruma Kanunu m 41/a vd. hükümlerinin yürürlüğe girmesi her ne kadar 30.11.2021 tarihinde olsa da, geçici m. 2

öğretmenlere bir ayda yapılacak ödeme tutarı (10000) gösterge rakamının, görevlendirilen diğer kişilere ise (5000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarı geçemez. Bu ödemedeki damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesinti yapılmaz. Bu fıkra uyarınca yapılacak ödemelerden kadrolu veya sözleşmeli olup olmadığına bakılmaksızın görevlendirilen tüm personel yararlanır (Çocuk K. K. m. 41/H, 2).

³⁹ KOÇYILDIRIM, s. 323-324.

bağlamında, anılan hükümlerin ülke genelinde uygulanması kademeli olarak gerçekleşecektir. Yani çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik hükümlerin ülkenin her yerinde uygulanmasına aynı anda başlanamayacaktır.

Adalet Bakanlığı Çocuk Koruma Kanunu m 41/a vd. hükümlerinin hangi il veya ilçede uygulanacağını belirleyecektir ve uygulamaya burarlardan başlanacaktır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin olarak 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde (yani, 30.05.2022'e kadar) yönetmelik çıkarılacaktır (Çocuk K. K. geçici m. 2, 1). Anılan yönetmelik çıkarılıp yürürlüğe girdikten sonra en geç bir yılın sonunda (yani en geç, 30.05.2023'e kadar) anılan hükümlerin ülke genelinde uygulanmasına başlanacaktır. Çocuk Koruma Kanunu m 41/a vd. hükümlerinin ülke genelinde uygulanması kademeli olacağı için Adalet Bakanlığı, hangi il veya ilçelerde ne zaman uygulamaya başlanacağını resmi internet sitesinden duyuracaktır (Çocuk K. K. geçici m. 2, 2). Dolayısıyla, söz konusu hükümlerin uygulanmadığı yerlerde yürürlükten kaldırılan İİK m. 25-25/b hükümleri uygulanmaya devam edecektir (Çocuk K. K. geçici m. 2, 3). Ancak Çocuk Koruma Kanunu m. 41/A vd. hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra, bu hükümlerin uygulanmadığı yerlerde de çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesi bağlamında icra dairesi nezdinde yapılacak takip işlemleri tüm harçlardan muaf olmakla birlikte avukatlık ücreti hariç tüm masraflar da Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacaktır (Çocuk K. K. geçici m. 2, 7). Görüldüğü üzere, aslında Çocuk Koruma Kanunu'nun diğer hükümleri haricinde, m. 41/H hükmü ülke genelinde uygulanmaya başlamıştır.

Çocuk Koruma Kanunu geçici m. 2, 3'te, m. 41/A vd. hükümlerinin uygulanmaya başlanmadığı yerlerde İİK m. 25-25/b hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiş; ancak cezai yaptırımlara ilişkin İİK m. 341'in uygulanmasına atıf yapmamış, buna 5. fıkrada ayrıca yer vermiştir. Cezai yaptırımlara ilişkin İİK m. 341 hükmünün, yürürlükten kalktığı andan itibaren uygulanması sona ermiştir. Çocuk Koruma Kanunu geçici m. 2, 5'e göre, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik Dördüncü Kısım hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra m. 41/F ülke genelinde uygulanacaktır. Bu kapsamda, Çocuk Koruma Kanunu dördüncü kısım hükümlerinin tümüyle uygulanmadığı ve bu sebeple İİK m. 25-25/b hükümlerinin (icra dairince) uygulandığı yerler ile Dördüncü Kısım

hükümlerinin (müdürlükçe) uygulandığı yerlerde emre ve kararın gereklerinin yerine getirilmesine muhalefet niteliğindeki eylemler açısından m. 41/F uygulanacaktır. Dolayısıyla, artık cezai yaptırma konu olacak eylemlere yönelik şikayetler icra mahkemesi tarafından değil, aile mahkemesi tarafından sonuçlandırılacaktır. Ancak, Dördüncü kısım hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde gerçekleşen ve İİK m. 341'e dâhil olan eylemlere yönelik şikâyetler icra mahkemesi tarafından sonuçlandırılacaktır (Çocuk K. K. geçici m. 2, 4).

Çocuk Koruma Kanunu m. 41/A vd. hükümlerinin uygulanmaya başlandığı il ve ilçelerde, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik derdest ilamlı icra dosyası, icra dairesince münhasıran teslim veya kişisel ilişki kurulması işlemleriyle resen işleminden kaldırılır (Çocuk K. K. geçici m. 2, 6-c.1)⁴⁰. Artık bu işlemler, hak sahibinin talebiyle müdürlükçe gerçekleştirilecektir.

SONUÇ

7343 sayılı Kanun ile çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilamların icrası hususunda İİK m. 25-m. 25/b hükümlerinin uygulanmasına son verilmiştir. Anılan hükümle bağlamında çocuk bir taşınır mal gibi kabul edilmekte ve bu bağlamda prosedür icra edilmekteydi. İİK hükümlerine yönelik olarak doktrinde eleştiriler yöneltilmiş ve çocuğun üstün yararı da gözetilmek suretiyle yeni düzenlemeler yapılması önerilmiştir. Bu çerçevede 7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'nun 25-25/b maddelerinin yürürlüğüne son verilerek, Çocuk Koruma Kanunu'nun 41'inci maddesinden sonra gelmek üzere "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması" başlığı ile birlikte Dördüncü Kısım eklenmiştir.

7343 sayılı Kanun ile Çocuk Koruma Kanunu'na eklenen maddelerle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam ve özellikle tedbir kararlarının yerine getirilmesi için yeni bir sistem, prosedür öngörülmüştür. Fakat her ne kadar Çocuk Koruma Kanunu'ndaki yeni düzenlemeler eklenmişse de kısım başlığında "çocuk teslimi" ibaresine yer verilmiştir. Çocuğun taşınır bir mal gibi teslimi algısı yaratan bu ibarenin yeni metinde de yer alması, önceki dönemde oluşan algının devam edeceği kaygısı oluşturmaktadır.

⁴⁰ Ancak çocuğun, bu tarih itibarıyla kişisel ilişki kurulması kapsamında hak sahibinde bulunduğu hâller bakımından dosya, çocuğun yükümlüye teslim edilmesinden sonra işleminden kaldırılır (Çocuk K. K. geçici m. 2, 6-c.2).

Çocuk Koruma Kanunu'yla getirilen yeni sistem İİK'dakinden tümüyle farklı bir sistem değildir. Yeni sistemde icra dairesinin yerini Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü almıştır. Müdürlük aile mahkemesinin çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam veya tedbir kararlarını erine getirmekle yetkili ve görevlidir. Ayrıca, müdürlüğün işlemleri karşı şikâyet yoluna da aileme mahkemesinde gidilmektedir. Sözü edilen şikâyet bazı farklılıkların bulunması dışında esas olarak İİK'da düzenlene şikâyetle aynıdır.

Yeni sistemde çocuk tesliminin ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının nasıl gerçekleşeceği konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda çocuğun üstün yararı gözetilerek getirilen en önemli yeniliklerden birisi, çocuğun, çocuk psikolojisinden anlayan bir uzman tarafından teslim alınmasıdır.

Yine çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması bağlamında harçlardan muafiyet ve avukatlık ücreti hariç, tüm masrafların Adalet Bakanlığının Bütçesinden karşılanacak olması çocuğun üstün yararının gözetilmesi bakımından son derece önemli bir yeniliktir. Bu çerçevede özellikle hak sahibi maddi külfet altında ezilmeden çocukla kişisel ilişki kurabilecek ve bu da çocuğun hem psikolojik hem de fiziksel gelişimine katkı sağlayacaktır.

Yeni düzenlemeler, aslında önceki İİK düzenlemelerinden tümüyle farklı değildir; onların daha kapsamlı ve biraz farklılaşmış halini teşkil etmektedir. Bu sebeple her ne kadar ilamlı icraya ilişki İİK'daki hükümlere son verilmişse ve yerine getirme yetkisi müdürlüğe devretilmişse de aslında Çocuk Koruma Kanunu'nda yer verilen hükümler de niteliği gereği ilamlı icranın bizatihi kendisidir. Çocuk Koruma Kanunu'nun söz konusu hükümlerinin ilamlı icradan farklılaşan yönü, tedbir kararı açısından dır. Bu sebeple Çocuk Koruma Kanunu'nda, kurumlar, bir kısım iş veya işlemler değişmiş ya da ayrıntılandırılmış ve bu kapsamda yeni bir bürokrasi getirilmiş olsa da ön görülen sistemin ilamlı icra niteliğinde olduğu kanaatindeyiz.

Çocuk Koruma Kanunu geçici m. 2'de anılan Kanun'un Dördüncü Kısım hükümlerinin ülke genelinde kademeli bir şekilde uygulanması; bu hükümlerin uygulanmadığı yerlerde de mülga İİK m. 25-25/b hükümlerinin uygulanması esası benimsenmiştir. Ancak Dördüncü Kısım hükümleri bağlamında çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine muhalefete, yani cezai yaptırımlara ilişkin m. 41/F ile harç ve masraftan muafiyete ilişkin m.

41/H hükümleri yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ülke genelinde uygulanmaya başlanmıştır.

KAYNAKLAR

- AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 4. B., Pegem Yayıncılık, Ankara 2015.
- ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. B., İstiklal Matbaası, Ankara 1960.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, İcra ve İflas Hukuku, 7. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- ARTUÇ, Mustafa/Bıkmaz, Raif, İcra-İflas Suçları ve Yargılama Usulü, Ankara 2005, s. 460-461), s. 317.
- ATALI, Murat, Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. B., onikilevha, İstanbul 2017.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 5. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- AYDINLIYIM, Suat, Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi, AD ., S. 5, Y. 60, 1969, s. 269-282.
- BELGİN, Derya, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- BELGİN, GÜNEŞ, Derya, “Mağdur Hakları Kanunu Taslağı’nın Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, SÜHFD, C. 29, S. 2, 2021, s. 913-931.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, onikilevha, İstanbul 2009.
- ERİŞİR, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir, onikilevha, İstanbul 2013.
- GAYRETLİ AYDIN, Seda, 7343 Sayılı Kanun’un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler, THD, S. 187, Mart 2022, s. 15-34.
- GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, 2. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- GÜVEN, Aydın, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası, Adalet Yayınevi, Ankara,2016.

- KARSLI, Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, 3. B., Alternatif, İstanbul 2014.
- KELLY, Joan, "The Best Interest of Child: A Concet in Search of Meaning, Family and Conciliation Courts Review", Vol. 35, No. 4, 1997, s. 377-387.
- KOÇYILDIRIM, Gökten, Sosyal Hizmet Bakış Açısıyla Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası ve Uygulamaları, (yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 317, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorgu-SonucYeni.jsp>, Erişim Tarihi: 21.12.2021.
- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, &. B., Beta Basım Aş., İstanbul 2001.
- KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, 3. B., Cilt 1, Evrim Dağıtım, İstanbul 1988.
- KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul 2016.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, 28. B, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- MARDİN, Çağrı, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas hukuku Esasları, 5. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, Cilt I, 6. B., Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- ÖZBAY, İbrahim, "Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2017, Y. 4, S. 2, s. 31-110.
- ÖZBAY, İbrahim, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2009/84, <http://www.e-akademi.org/makaleler/iozbay-2.htm>, Erişim Tarihi: 30.12.2021.
- ÖZEKES, Muhammet, Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C. III, 15. B., Onikilevha, İstanbul 2017.

- ÖZEKES, Muhammet/Erişir, Evrim, "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi", MİHDER, C. 3, S. 5, 2006, s. 1235-1275.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku 10. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- PEKCANITEZ, Hakan/SİMİL, Cemil, İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, 2. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., İcra Hukukunun Esasları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- REYHANİ, YÜKSEL, Sera, "Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı", Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, 2019, 1539-1556.
- RÜZGARESEN, Cumhur, Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- SARISÖZEN, Serhat, "İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2015, s. 53-96.
- SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. (2. Baskıdan tıpkı) B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, "Medeni Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medeni Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-I, Eskişehir 2003.
- TANRIVER, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.
- TANRIVER, Süha, Medeni Yargılama Usul Hukuku, Cilt I, 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- TANRIVER, Süha, Türk Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. B., İstanbul 2004.
- YILDIRIM, M. Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 5. B., Beta, İstanbul 2012.

YILMAZ, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. C., 4. B., Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ ÇERÇEVESİNDE GEÇİRİLEN SÜRELERİN MAHSUBU VE TAZMİNİ

Ercan YAŞAR*

Öz

Ceza muhakemesi hukuku uygulamasına Fransız hukukundan esinlenerek alındığı bilinen adli kontrol tedbirleri öncelikli olarak tutuklama koruma tedbirine seçenek olması düşüncesiyle getirilmiştir. Çeşitli şekillerde ortaya çıkan bu adli kontrol tedbirlerinin bazılarının kişi hürriyeti üzerinde ciddi kısıtlamalara sebebiyet verdiği bilinmektedir. Temel hak ve hürriyetlere ciddi müdahale bu tedbirlerin tutuklama tedbirine seçenek oluşturmalarından da kaynaklanmaktadır. Kişi hürriyetinin kısıtlanması konutu terk etmeme yükümlülüğünde olduğu gibi bazı durumlarda fiili olarak tutukevinde bulunmaya neredeyse eşdeğer neticeler doğurmaktadır. Kimi adli kontrol tedbirlerinde ise bu temel hak ve hürriyetlere müdahale görece daha hafif bir hal teşkil etmektedir. Kanun koyucu son dönemlerde mahsup ve tazminata ilişkin artan tartışmaları gidermek için birtakım değişikliklere gitmiş ancak bu mahsup halini sınırlı tedbir türüne hasretmiş ve fakat tazminata ilişkin ise bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Çalışma ile mevcut kanun düzenlemeler çerçevesinde mahsup ve veya tazminata ilişkin diğer adli kontrol tedbirlerini kapsayıcı bir uygulamanın mümkün olup olmadığı öğretisi ve uygulamada verilen kararlar çerçevesinde ele alınmıştır.

* Dr. Öğr.Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye | Asst. Prof., Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law Department of Criminal Law and Criminal Procedural Law, Erzincan, Türkiye.

✉ ercanyasar279@gmail.com • ORCID 0000-0001-9076-6795

✎ **Atf Şekli** | Cite As: YAŞAR Ercan, "Adli Kontrol Tedbirleri Çerçevesinde Geçirilen Sürelerin Mahsubu ve Tazmini", SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 1367-1407.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

✎



Anahtar Kelimeler

• Adli Kontrol Tedbirleri • Mahsup • Tazminat • Konutunu Terk Etmeme Tedbiri • Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat

DEDUCTION AND COMPENSATION FOR TIME SPENT WITHIN THE FRAMEWORK OF JUDICIAL CONTROL MEASURES

Abstract

Judicial control measures, inspired by French law, have been introduced into the practice of Turkish criminal procedure law, primarily with the idea of being an alternative to custody/detention. Some types of these measures cause serious restrictions on personal freedom. Serious interference with fundamental rights is also because these measures constitute an alternative to the detention. The restriction of personal freedom, as well as the obligation not to leave the residence, in some cases has almost equivalent results to detention. In some measures, the interference with these fundamental rights constitutes a relatively mild situation. The legislator has made some changes to resolve the increasing debates on deduction and compensation in recent years but has limited deduction to limited measures but has not included compensation.

With this study will be within the framework of current legal regulations discussed whether it is possible to apply deduction and compensation to other measures.

Key Words

• Judicial Control Measures • Deduction • Compensation • Obligation Not To Leave The Residence As A Procedural Protection Measure • Compensation Due To Criminal Procedural Protection Measures

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tazminatı düzenleyen 141. maddesinde adli kontrol tedbirlerine başvurmanın mesnetsiz kaldığı ve ceza mahkumiyeti söz konusu olmadığından mahsuba konu yapılamadığı hallerde kişiye tazminat ödeneceğine açıkça yer verilmemiştir.¹ Buna karşılık 7331 sayılı Kanun ile CMK m. 109/6 düzenlemesinde değişikliğe gidilmiş ve aynı maddenin üçüncü fıkrasının (e) ve (j) bentlerinin söz konusu olduğu hallerde bu bentler çerçevesinde geçirilmiş olan sürelerin hükmedilecek cezadan TCK m. 63 çerçevesinde mahsup edileceği düzenleme

¹ Gerçekten, madde başlığı haricinde genelleme yapmayan, sınırlı sebeplerle tazminat taleplerini düzenleyen 141. maddenin adli kontrol tedbiri türleri için herhangi bir tazminat yolunu öngördüğü açıkça görülmektedir.

altına alınmıştır. Bu gelişme olumlu bir gelişme olmakla birlikte bize göre eksiktir. Zira kanun koyucu bir yandan ilgili bentler bağlamında müdahaleyi temel hak ve hürriyetler açısından ağır ve hatta (e bendi bağlamında) tutuklulukla eşdeğer görmekte ve bunları mahsupta dikkate almaktayken, diğer yandan CMK m. 141’de yer verilen tazminat benzeri koşulların oluşması durumunda ne yapılacağına açıklık getirmemektedir. Kanun koyucunun bu durumda CMK m. 141 bağlamında tazminat yolunu açık tutmuş olup olmadığı açık olmadığından uygulama ve öğretilerde bu konudaki tartışma devam etmekte ve bir yandan tazminat talebinin olabileceği savunulurken,² diğer yandan aksi yönde görüşler savunulmaktadır.³

Ancak adli kontrol tedbirlerinin mahsuba konu olabilenleri için tazminata konu olmayacaklarını iddia etmek sorunlu olmaktadır. Zira bir yandan mahsup öngörülmüşken diğer yandan tazminata konu edememek yahut adli para cezasına hükmedilmesi halinde CMK m. 141/1-f düzenlemesi benzeri bir düzenleme çerçevesinde geçirilen süreleri dikkate almamak ve bu tedbirler çerçevesinde maddi, manevi her türlü zararının giderilmesini tesis etmemek kanun tekniği açısından çelişki doğurmaktadır. Öyle ki konutunu terk etmeme koruma tedbirine başvurulur ve kişi adli para cezası gerektiren bir mahkûmiyet alırsa bu durum mahsuba konu olabilecek ancak CMK m. 141/1-f bendi benzeri bir düzenleme olmadığından tazminata konu olamayacaktır.

Anılan bu duruma açıklık getirebilmek adına aşağıda öncelikle koruma tedbirleri kavramına, adli kontrol tedbirlerinin hukuki niteliği ve türlerine yer verilecek; akabinde mahsup ve tazminat kurumlarının hukuki niteliklerine açıklık getirilmeye çalışılacak ve bu açıklamalar çerçevesinde adli kontrol tedbirlerinin mahsup ve veya tazminata konu edilip edilemeyecekleri mevzu hukukumuz açısından teorik ve pratik bağlamda tartışılacaktır.

² ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SIR-MA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VİL-LEMİN, Derya / TOK, M. Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 500 (Aynı yazarlı diğer eserlerle karışmaması için Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s., şeklinde kısaltılacaktır).

³ SÜMER, Seda Yağmur, “Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi – Karar İncelemesi”, DEÜHFD, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. (1267), 1286.

I. GENEL OLARAK KORUMA TEDBİRLERİ VE HUKUKİ NİTELİKLERİ

Adli kontrol tedbirlerine geçmeden önce koruma tedbirleri hakkında genel bir bilgi vermek ve kişisel pozisyonumuzu belirlemekte fayda vardır. Zira bu sayede hem adli kontrol tedbirlerinin mahiyeti hem de mahsup ve veya tazminata konu olup olmayacakları kolaylıkla anlaşılabilir.

Koruma tedbirleri kavramı hukuk öğretimizde üzerinde fikir birliğinin olduğu kavramlardan olmadığından koruma tedbirleri kavramı ile değerlendirmeye başlamak gerekir. Günümüz şekli suç hukukunda ağırlıklı olarak koruma tedbirleri şekline anılan bu tedbirlerin öğretilerde farklı şekillerde anıldığı bilinmektedir.⁴ Bu çerçevede “ihtiyati tedbirler”, “usul tedbirleri”, “zorlama önlemleri” son zamanlarda “ceza muhakemesi bağlamında temel haklara müdahale”, “müdahale yahut zorlama tedbirleri” kavramlarının kullanıldığı da görülmektedir.⁵ Kavram tercihi önem arz etmektedir. Çünkü tercih, hangi tedbirlerin bu bağlamda tedbir olarak kategorize edilmesi gerektiğinin çerçevesini çizdiği gibi bu tedbirlerden umulanın ne olması gerektiğini de belirlemektedir. Zira bu sayede bir koruma tedbirine, yeni suçların işlenmesini önleme,⁶ halkın öfkesini dindirme (kamu barışını tesis; infial durumlarına müdahale), sosyal medya baskısını azaltma, fiili infazı olmayan suçların faillerini bir nebze de olsa hürriyetten yoksun kılma, ceza yaptırımından beklenen yeni suç işlemlerden caydırma gibi misyonların yüklenip yüklenemeyeceğini tespit edebilmekteyiz.⁷ Hatta bu belirleme sayesinde suç işlenmesinden önce devreye giren tehlikeyi önleyici tedbirleri ceza muhakemesi hukuku alanında uygulanan tedbirlerden ayırabilmek mümkün hale gelmektedir. Keza bu sayede suç muhakemesinde başvuru olan bu tedbirlere maddi suç

⁴ Kavram ve tartışmalar için bkz. Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 441 vd.; YÜCE, Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 1, Y. ,1980, s. 67, 67 vd.; ÖZTÜRK, Bahri/ EKER KAZANCI, Behiye/ SOYER GÜLEÇ, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 27.

⁵ Çeşitli şekilde kullanımlar için bkz. Yüce, s. 70 vd.

⁶ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bu çerçevede bir tutuklama nedeni öngörüldüğü görülmektedir. Bkz. StGB § 112a; Güncel değerlendirme için bkz. Ullrich Schultheis, “Übersicht über die Rechtsprechung in Untersuchungshaftsachen”, NSTZ 2013, s. (87) 89.

⁷ Değerlendirme için bkz. Yüce, s. 71.

hukukuna ait amaçların yüklenip yüklenemeyeceğini açıklayabilmekteyiz.⁸

Yeknesak kavram kullanımına destek olabilmek adına koruma tedbirleri kavramını kullansak da bize göre koruma tedbirleri kavramının kullanımı sorunludur. Zira koruma ile neyin kastedildiği açık olmadığı gibi bazı düzenlemelerde korumadan söz edecek durumun ortaya çıkmadığı tedbirleri görmek de mümkündür. Bu tedbirlerden umulan suç muhakemesinde delilleri muhafaza etmekse bu anlamda delilleri müdahalelerden korumaktan söz edilebilir. Zira fail yahut üçüncü kimselerin suçta ait iz, emare, belge ve diğer delilleri yok etmeye çalışması beklenebileceği gibi tanıkları baskılamak suretiyle beyan delillerinin de manipüle edilmesine sebebiyet verebilir. Koruma tedbirleri kavramı bu bağlamda isabetli bir kullanım olmaktadır. Ancak muhakeme neticesinde hükmedilecek yaptırımın infazını tesis etme odaklı tedbirlere baktığımızda bir korumadan söz etmek güçtür. Burada muhakemenin sonuçsuz kalması tehlikesine karşı koruma söz konusudur, denilebilir. Ancak bize göre burada korumaktan çok (Schutz der Strafverfolgung bzw. -volstreckung) temin etmek / güvence altına almaktan (Sicherung der Strafverfolgung bzw. -volstreckung) söz edilebilir. Aynı şekilde “belirlenen yer veya bölgelere gitmemek” adli kontrol tedbiri örneğinde olduğu gibi bazı koruma tedbirlerinde neyin korunduğunu tespit etmek güçtür.

Yukarıda yer verdiğimiz kavram tercihlerinde görüldüğü üzere bu tedbirleri, işlevleri ile nitelendirmek yerine, bu tedbirlerle müdahale edilen temel hak ve hürriyetlere vurgu yapma suretiyle nitelemeye yönelik kavram kullanımları da mevcuttur. Misal bu tedbirlerin “Suç/Ceza Muhakemesinde Temel Haklara Müdahale Tedbirleri”⁹ şeklinde nitelendirildiği de görülmektedir. Bu temel haklara müdahaleden, suç muhakemesinin gereği gibi yapılmasını tesis ve hükmedilen yaptırımın infaz edilebilirliğini güvence altına alma umulmaktadır. Bu şekilde kullanım ile CMK’da anılan tedbirlerin temel hak ve hürriyetlere müdahale

⁸ Yüce, s. 70.

⁹ Alman öğretisinde “Ceza Muhakemesi Bağlamında Temel Haklara Müdahale / strafprozessuale Grundrechtseingriffe” (KREY, Volker / HEINRICH, Manfred, *Deutsches Strafrechtsverfahrensrecht*, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019, § 18, Rn. 700 ff.) ve “Müdahale yahut Zorlama Tedbirleri / Eingriffs- bzw. Zwangsmassnahmen” (KINDHÄUSER, Urs / SCHUMANN, H. Kay, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2019.) kavramlarının ağırlıklı olarak kullanıldığı görülmektedir. Bizde de zorlama tedbiri (Zorlayıcı Önlem) terimini kullanan yazarlar mevcuttur (Yüce, s. 67 vd.).

özelliklerine vurgu yapmak amaçlandığından bize göre daha kapsayıcı bir kullanım imkânı sunmaktadır.¹⁰

“Suç muhakemesinde temel haklara müdahale tedbirleri” kavramını daha doğru bilsak da anılan tedbirlerin işlevi yahut bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale boyutları yerine bu tedbirlerle neyin amaçlandığı üzerinde durmak suretiyle kavram tartışmasına girmeden bu tedbirlerin içerik ve kapsamalarını belirleyebiliriz. Bu içerik ve kapsam ise suç muhakemesinden amaçlananla paralellik arz etmekte ve tartışma götürmemektedir.

Buna göre suç muhakemesinde amaç maddi hakikate hukukun öngördüğü çerçevede ulaşmak, adil bir muhakeme süreci yürütmek ve bu muhakeme neticesinde hükmedilen yaptırımın infaz edilebilirliğini tesis etmek ise, suç muhakemesinde başvuru tedbirlerle arzulanan da bu olmalıdır.¹¹ Bir koruma tedbiri olan adli kontrol tedbirlerine başvurmadaki amaç da bu olmalıdır. Ancak suç muhakemesi ile bu amaçlara ulaşmaya çalışılırken bireylerin temel hak ve hürriyetlerine mümkün olduğunca az müdahale edilmesine de özen gösterilmelidir. Anayasal güvenceler bu konuda yapılabilecek müdahalelere sınır getirmektedir. Suç muhakemesinde başvuru koruma tedbirlerine bu çerçevede sınırlama getirilmiş ve ortak birtakım özelliklerle tedbir tür ve kapsamı belirlenmiştir.

Suç muhakemesi uygulamasında koruma tedbirlerinin kanunilik (kanuni dayanağın yanı sıra hâkim, mahkeme, savcı yahut yetkili kılınan kimse kararına/emrine dayanma), geçicilik, araç olma, gecikmede tehlike, görünüşte haklılık, orantılılık gibi başlıca ortak özelliklerinin olduğu kabul edilmektedir.¹² Temel hak ve hürriyetlere ağır müdahaleler barındırdıklarından ve temel hak ve hürriyetler anayasal güvence altında olduklarından bu müdahalelerin sıkı koşullara bağlanması gerekmektedir. Bu sıkı koşulların başında kanunilik şartı gelmektedir. Buna göre koruma tedbirleri çerçevesinde temel hak ve hürriyetlere müdahale için bu müdahaleleri meşrulaştıran şekli anlamda kanunlara ihtiyaç bulunmaktadır.

¹⁰ “Temel haklara müdahale kavramını kullanarak bu müdahalelerin Anayasal sınırlarının olduğuna vurgu yapmak gerekir.” Krey/Heinrich, StPO, § 18, Rn. 700.

¹¹ “Zorlayıcı önlemlerin temel fonksiyonu (işlevi), soruşturmanın yürütülmesini veya sonuçta verilecek yargının yerine getirilmesini sağlamaktır.” Yüce, s. 70.

¹² Yüce, bu genel özellikleri gecikmede tehlike ve uygun orantı şeklinde saymaktadır. Bkz. Yüce, s. 72.

Şekli anlamda kanun ihtiyacı AY m. 13 düzenlemesinin de bir gereğidir.¹³ Kimlerin (hangi makam yahut kişilerin) tedbir hakkında karar verebileceği, sınırlı sayıda suçlarda mı yoksa tüm suçlarda başvurulabilecek bir tedbir mi olduğu kanunda açıkça belirtilmiş olmalıdır. Kural bu olmakla birlikte bazı koruma tedbirlerinde maddi anlamda kanunla temel hak ve hürriyetlere müdahale yolunun açıldığı görülmekte ve eleştirilmektedir.¹⁴ Geçici olma koruma tedbirlerinin bir diğer özelliğidir. Buna göre bir koruma tedbirine başvuru ancak başvuru amacıyla sınırlı ve geçici olmalıdır. İlgili koruma tedbiri ile amaçlanan elde edildiği anda son bulmalıdır. Koruma tedbirleri suç muhakemesinin yürütülebilmesi ve hükmün infaz edilebilirliğini temin etme amacına hizmet ettiklerinden araç olma niteliğindedir. Araç oldukları için de kendileri tek başlarına bir amaç olmazlar. Misal tutuklulukta faili ıslah gibi bir amaç olmayacağı gibi, bağımlılıkta hastaneye yatmak, tedavi veya muayene tedbirlerine tabi olmak da amaç olamaz. Bağımlılık hallerinde de tutuklama için aranan koşullar mevcut, ancak kişinin fiilen tutukleğinde tutulması mümkün değil yahut failin durumuyla uyumlu değildir. Keza bu tedbirlere başvurulmadığında muhakemenin sürdürülebilmesinin yahut hükmün yerine getirilebilmesinin tehlikeye girmesi gerekir; aksi durumda tedbirin zaruretinden söz edilemeyecektir. Gecikmede tehlikenin yanı sıra başvurulmuş tedbir, başvuru esnasında görünüşte haklı olmalıdır. Görünüşte haklılık yeterli olduğundan daha sonra ortaya çıkan şartlar ilgili tedbirin mesnetsiz olduğunu ortaya çıkarsa da bu durum ilgili tedbiri hukuka aykırı hale getirmez ancak tazmin sonucu doğurur.¹⁵ Son olarak maddi hakikatin ortaya çıkarılması, muhakemenin sürdürülmesi ve hükmün tesis edilebilmesi için başvurulmuş koruma tedbirinin bu amaçlara ulaşma bağlamında orantılı olması gerekmektedir.¹⁶

¹³ Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 29; ŞAHİN, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 314.

¹⁴ Bkz. Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği m. 8; Eleştiri için bkz. Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 507.

¹⁵ Bu tazmin durumunun aslında “kusursuz sorumluluk” yahut “devletin objektif sorumluluğundan” kaynaklandığı belirtilmektedir. Bkz. ALDEMİR, Hüsnü, Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 336.

¹⁶ “Zorlayıcı önlem ile işin önemi arasında uygun bir orantı olmalıdır”. Yüce, s. 72.

II. ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ

A. Hukuki Niteliği

Yukarıda, koruma tedbirleri altında değerlendirilen adli kontrol tedbirlerinin koruma tedbiri olmaları dolayısıyla şekli suç hukukuna ait tedbirler olduğuna açıklık getirdik. Ancak konunun anlaşılabilmesi için bu tedbirlerin hukuki nitelikleri konusunda detaya inmek ve bağımsız birer koruma tedbiri mi yoksa tutuklamadan ayrılmaz tedbirler mi olduklarına açıklık getirmek gerekmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na alındıkları ilk dönemde tutuklama tedbirine başvurulmasının arzu edilmediği üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezası gerektiren suçlarda ve tutuklama yasağının öngörülmüş olduğu suçlarda devreye girmesi arzulanan adli kontrol tedbirleri, düzenlemenin bugünkü haline oranla daha çok bağımsız nitelikte koruma tedbiri gibi görülmektedirler.¹⁷ Ancak bu bağımsızlık zamanla yerini tutuklamanın seçimlik tedbiri, onunla yarışan ve mümkün olması halinde tutuklamanın yerine uygulanan seçimlik olma haline bırakmıştır. Son dönem kanun değişiklikleri ile birlikte adli kontrol tedbirlerinin yalnızca tutuklama koruma tedbirine seçenek arz etmedikleri, koruma tedbirlerinin içinde kısmen de olsa bağımsız yer edinmeye başladıklarını öğretti ve uygulamada ortaya çıkan fikirlerden de olsa yeniden görebilmekteyiz.¹⁸ Seçenek olmaktan çıkma konusunda ortaya çıkan fikirler hak vermek gerekir. Zira kural, tutuklama ile adli kontrol arasında bir seçim yapmak ve tutuklamanın gerektirdiği müdahale ihtiyacını adli kontrol ile bertaraf etmek mümkünse tercihi/seçimi adli kontrolden yana kullanmak olsa da özellikle adli para cezası gerektiren yahut iki yıldan az (15 yaşından küçük çocuklarda beş yıldan az) hapis cezası gerektiren suçlarda bu tercih/seçim durumunun (CMK m. 100/4 çerçevesinde tutuklama yasağı dolayısıyla) ortadan kalkmış olması adli kontrol tedbirlerinin seçenek olmaktan çıkıp (tutuklama tedbirinden) bağımsız tedbirlere dönüştükleri fikrini haklı kılmaktadır; CMK m. 109/2 düzenlemesi de bu fikri destekler niteliktedir. Keza tutuklama sürelerinin azami şekilde kullanıldığı hallerde de artık tutuklama seçimini/tercihini kullanmak imkânı bulunmadığından bir alternatiflikten, seçim yapma durumundan söz

¹⁷ Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 107; Düzenlemenin ilk hali ve değerlendirme için bkz. HACIOĞLU, B. Caner, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Koruma Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme", AÜEHFD, C. 9, S. 1-2, 2005, s. (167), 172.

¹⁸ Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 491.

edilemez. Burada kanun koyucunun tutuklama tedbirinin üst sınırını belirlemesinden sonra kişinin bu süreler sonunda tamamen serbest kalması için öngördüğü bir alternatiflikten söz edebiliriz. Ancak yukarıda anılan hallerde olduğu gibi eş zamanlı başvurulabilecek bir seçimlik durum söz konusu olmamaktadır.¹⁹ Keza kimi adli kontrol tedbirleri türünde tutuklama tedbirine başvurma nedenleri olan kaçma şüphesi yahut delil karartma şüphesinin varlığı ile başvuru edilen adli kontrol tedbiri türü arasında ilişki kurmak güçleşmektedir.²⁰ Çünkü ilgili adli kontrol koruma tedbirine başvurma ile ne kaçma tehlikesi giderilebilmekte ne de kişinin delilleri karartma ihtimaline engel olabilmektedir.²¹ Bu da ilgili koruma tedbirlerinin tutuklama tedbirinden daha doğrusu tutuklama nedenleri ile bağlantılı gerekçelendirilme zorunluluğundan ayrı, bağımsız tedbirler olarak nitelendirilmelerini gerektirmektedir. Öğretide savunulduğu üzere tutuklama nedenlerinden olan delilleri karartma tehlikesini önlemek için adli kontrol tedbirlerine başvurmak sorunludur²² ve ancak az sayıda adli kontrol türünde ve sınırlı ihtimallerde işlevseldir.²³ Öyle ise tutuklamanın amacı/işlevi ile onu ikame edecek adli kontrol tedbiri türü aynı işlevi görmekten uzaklaşmaktadır. Bu da ilgili adli kontrol tedbirini tutuklamadan farklı işlevlerle başvurulabilen araçlara dönüştürmektedir. Bu sebeple adli kontrol tedbirlerinin zamanla tutuklama tedbirinin koşullarından bağımsız tedbirlere dönüşeceği kanaatindeyiz. Mevcut

¹⁹ Bazı ülke uygulamalarında görüldüğü üzere önce tutuklama kararı verilir akabinde bu tutuklama tedbirini adli kontrol tedbirlerini uygulamak suretiyle uygulamaktan imtina etmek söz konusu olduğunda bir seçimden ve alternatiften söz edilebilirdi. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 455.

²⁰ Misal CMK m. 109/1-g düzenlemesinde yer verilen “Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adli emanete teslim etmek” adli kontrol tedbirinde kaçma şüphesini/tehlikesini gidermenin amaçlandığı söylenemez. Delil karartma şüphesinin/tehlikesinin de bu vesile ile giderildiğini iddia etmek çok zordur. Olabilecek en makul cevap failin ilgili silahlarla tanık beyanlarını (silahla tehdit yoluyla) etkilemesinin önüne geçildiği olur ki bu da ikna edici olmaz.

²¹ “Adli kontrol tedbirlerinin amacı da, tutuklamada olduğu gibi, şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemektir.” Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 492.

²² Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 492.

²³ Şayet kaçma tehlikesini önleme amaçlı değilse, konutu terk etmeme adli kontrol tedbiri türünde ilgili delillerin ev dışında olması halinde tutuklulukta olduğu gibi kişinin olay yerine gidip delilleri karartması önlenmiş olmaktadır, denilebilir. Bu gerekçelendirme de suçun işlendiği yer ilgili konutun kendisi ise yine sorunlu hal almaktadır.

haliyle kuvvetli suç şüphesinin varlığına delalet eden somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin varlığı halinde başvurulabilen adli kontrol tedbirleri, tutuklamaya alternatif olmakla birlikte²⁴ bağımsız bir hal alacaklarından tutuklama nedeninin bulunması koşulu yerine koruma tedbirlerinden beklenen amaçlara ulaşma nedenlerinin varlığı halinde başvurulabilen tedbirlere dönüşmüş olacaktır. Böylece uygun orantı bulunması ve diğer koruma tedbirlerinde aranan koşulların yanı sıra kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren delillerin mevcut olduğu hallerde kişinin kaçmasını önlemek, delillerin karartılmasına engel olmak, maddi hakikatin ortaya çıkmasını tesis etmek, muhakeme sürecinin sürdürülebilir olmasını sağlamak ve veya hükmün infaz edilebilirliğini tesis etmek için adli kontrol tedbiri türlerinden uygun olanına yahut olanlarına başvurulabilecektir. Böyle bir tanımlama ve koşul ileri sürme mevcut düzenlemenin mahiyetiyle daha uyumlu olacaktır.

B. Temel Haklara Müdahale Boyutları Bakımından Adli Kontrol Tedbiri Türleri

1. Genel Olarak

Adli kontrol tedbirlerinin mahsuba yahut tazminata konu olabilmeleri için kişilerin temel hak ve hürriyetlerine önemsiz sayılmayacak müdahaleler öngörüyor olmaları gerekmektedir. Kişilerin bu tedbirler çerçevesinde bazı haklarını kullanmaları engellenmiş ve bundan zarar görmüş olabilirler. Yahut kişiler fiili olarak müdahaleden etkilenmemiş olmakla birlikte bu müdahale onların özel hayatlarına, hayatlarının gizli alanına vakıf olma suretiyle etki etmiş olabilir.

Koruma tedbirleri üst başlığında yapılan sınıflandırmalardan yola çıkarak bir tasnif yapacak olursak, aşağıda yer verilen yönleriyle adli kontrol tedbirlerini tasnif etmek mümkün olacaktır.

²⁴ Orantılı olma bağlamında da aynı sonuca daha hafif müdahale gerektiren adli kontrol tedbiri ulaşıyorsa tutuklama tedbirine başvurulamaz, bu sebeple tutuklamaya seçenek değil ondan önce başvurulmuş alternatif konumdadır; tutuklamamanın ön şartı gibidir; adli kontrol tedbirleri ile bu amaca ulaşmak mümkün değilse son çare tutuklama ile ilgili amaca ulaşmak gerekmektedir. Aynı yönde Öztürk/Eker Kazancı/Soyer Güleç, s. 107.

2. Müdahale Oluşturdukları Temel Hak ve Hürriyetler Bakımından Adli Kontrol Tedbiri Türleri

a. Kişi Hürriyetine Yönelen Adli Kontrol Türleri

CMK m. 109'da yer verilen "Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek" ile "Konutunu terk etmemek" adli kontrol tedbiri türlerinde kişi hürriyetinin ciddi derecede kısıtlandığı²⁵ daha doğrusu kişinin bu hürriyetini kullanmaktan tamamen mahrum bırakıldığı görülmektedir.²⁶ Bu tedbir türlerinde kişinin belirlenen yerlerin dışına çıkması mümkün değildir. Alman hukukunda kişinin elektronik kelepçe ile izlenmesinin (konutunu terk etmeme tedbiri) tutuklama gibi hürriyetten yoksun kılma sayılamayacağı ve mahsuba konu olamayacağı, olsa olsa sanık lehine bir cezanın belirlenmesi sebebi (Strafzumessungsgrund) olabileceği savunulmaktadır.²⁷ Ancak bu halde de kişinin alacağı ceza üzerinden bir indirim yapılarak dolaylı bir mahsubun ortaya çıktığını kabul etmek gerekir.

Anılan adli kontrol tedbiri türlerinde ortaya çıkan yoğunlukta (tamamen mahrum edilme) olmasa da kişi hürriyetini önemli derecede kısıtlayan başkaca adli kontrol tedbiri türleri de mevcuttur. Seyahat hürriyetiyle²⁸ ve serbest dolaşım özgürlüğü ile de doğrudan ilişkili olan "yurt dışına çıkamamak" tedbirinde de kişi hürriyetinin kısıtlanmış olduğu açıktır. Keza adliye yahut karakola düzenli aralıklarla uğrama (CMK m. 109/3-b) şeklinde ortaya çıkan adli kontrol tedbir türünde de kişi hürriyeti kısıtlanmış olmaktadır.²⁹

²⁵ Hacıoğlu, s. 175.

²⁶ AYM Bireysel Başvuru Esra Özkan Özakça [GK], B. No: 2017/32052, 8/10/2020, § 68-76; Ayşe Söğüt, B. No: 2020/10866, 13/1/2021, § 43.

²⁷ Maier, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2020, § 46, Rn. 346.

²⁸ CMK m. 109/3-d bendi çerçevesinde sürücü belgesine el koyma tedbiri bağlamında geçirilmiş sürenin TCK m. 50/1-e bendi kapsamındaki seçenek yaptırımdan yahut TCK m. 53/6 fıkrası kapsamındaki hak yoksunluğundan mahsup edilip edilmeyeceği meselesi de seyahat hürriyetiyle bağlantılıdır. Alman hukukunda tedbir olarak başvuru belgesine el konulması (§ 111a StPO) ile (ek/fer-i) ceza olarak addedilen (§ 44 StGB) sürücü belgesine el koyma (Entziehung der Fahrerlaubnis oder Fahrverbot) arasında bir mahsubun yapılması gerektiği kabul edilmektedir. NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 41.

²⁹ Kişi hürriyetini tamamen ortadan kaldırmadıkları için anılan bu adli kontrol tedbiri türlerinin uygulanmasında ortaya çıkacak hukuka aykırılığın AİHS m. 5'i doğrudan ihlal etmeyeceği, buna karşılık *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin*

b. Mülkiyet Hakkına Yönelen Adli Kontrol Türleri

CMK m. 109/1-f bendinde kişiden güvence bedeli yatırmasını isteme tedbiri mülkiyet hakkına yönelik bir tedbir niteliğindedir. Benzer bir durum aynı fıkranın (h) ve (i) bentlerinde de görülmektedir.

3. Hizmet Ettikleri Amaç Bakımından Adli Kontrol Türleri

a. Delil Karartmayı Önleme

Adli kontrol tedbir türlerinden olan “konutunu terk etmemek”, “Belirli yerleşim bölgesini terk etmemek”, “Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek” tedbirlerinin uygulanmasıyla doğrudan yahut dolaylı olarak delil karartılmasına engel olduğu söylenebilir.

b. Sanığın Kaçmasını Önleme

“Yurt dışına çıkamamak”, “Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak”, “Hakimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak”, “Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek”, “(...) Güvence miktarını yatırmak”, “konutunu terk etmemek”, “Belirli yerleşim bölgesini terk etmemek” tedbirlerinin uygulanmasıyla doğrudan yahut dolaylı olarak sanığın kaçmasının önleniği söylenebilir.

c. Muhakeme Neticesinde Verilen Hükümün İnfazının Boşa Çıkmasını Önleme

“Yurt dışına çıkamamak”, “Hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak”, “Hakimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde mesleki uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak”, “Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek”, “(...) Güvence miktarını yatırmak”, “Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak”, “Aile

Sözleşme ile bu Sözleşme'ye ek birinci Protokol'de tanınmış bulunan haklardan ve özgürlüklerden başka haklar ve özgürlükler tanıyan 4 Nolu Protokol'ün 2. maddesinde yer verilen “serbest dolaşma özgürlüğü” çerçevesinde ihlal sonucu doğurabileceği haklı olarak savunulmaktadır. Bkz. Hacıoğlu, s. 176.

yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek”, “konutunu terk etmemek”, “Belirli yerleşim bölgesini terk etmemek” tedbirlerinin uygulanmasıyla doğrudan yahut dolaylı olarak muhakeme neticesinde verilen hükmün infazının boşa çıkmasının önlenildiği söylenebilir.

d. Mağdurun Mağduriyetini Giderme

Adli kontrol tedbirleri ile “katılanın zarar ve masrafları ile yargılama giderlerini karşılama” gibi neticelere erişmenin amaçlanabileceği savunulmaktadır.³⁰ “Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak”, “Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek” tedbirlerinin uygulanmasıyla doğrudan yahut dolaylı olarak mağdurun mağduriyetini gidermenin amaçlandığı söylenebilir. Ancak bize göre koruma tedbirlerine bu şekilde onarıcı adalete ilişkin misyonların yüklenmesi sorunludur. Zira onarıcı yahut tazmin edici adalet ceza (bize göre suç) adaleti türlerinin içinde yer almakta ve bu sebeple maddi suç hukuku sahasında kalmaktadırlar. Bilhassa CMK m. 113 ve 114. maddelerde yer verilen hususların şekli suç hukuku ve koruma tedbirleri ile çok bir ilişkisi bulunmamaktadır.

4. Yöneldikleri Kişi Bakımından Adli Kontrol Türleri

a. Şüpheli ve Sanığa Yönelik Adli Kontrol Tedbirleri

Adli kontrol tedbirlerinin kural olarak şüpheli ve sanığa yönelik olduğunu söyleyebiliriz. Zira maddi hakikate ulaşmak, muhakeme sürecini ilerleyebilir kılmak ve hükmün infaz edilebilirliğini tesis etmek çoğu zaman şüpheli/sanık ile ilişkilidir. Onun hakkında tedbir alınması çoğunlukla bu hususları güvenceye almaya yetmektedir. Ancak bazı durumlarda şüpheli ve veya sanık dışındaki kimseler hakkında da çeşitli temel hak ve hürriyetlere müdahale yukarıda anılan amaçlara erişim için elzem hale gelmektedir. Bu durumda ilgili üçüncü kişiler hakkında da adli kontrol tedbirlerine başvurulmasını fikrini gündeme getirebilmektedir.

Ancak adli kontrol düzenlemelerine yer veren CMK'nın 109. maddesinin birinci fıkrası ve 110. maddenin üçüncü fıkrası dikkate

³⁰ Hacıoğlu, s. 171; Aldemir, s. 285.

alındığında bu tedbirlerin yalnızca şüpheli ve veya sanıklar hakkında uygulanabileceği görülmektedir.

b. Üçüncü Kişilere Yönelik Adli Kontrol Tedbirleri

Bilindiği üzere zorla getirme koruma tedbiri gibi kimi koruma tedbirlerinde üçüncü kişilerin (tanık veya bilirkişi gibi) koruma tedbirleri çerçevesinde temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilebilmektedir.³¹

Adli kontrol tedbirlerinin tutuklama ile ilişkilendirilmiş olması ve yukarıda mevzuata ilişkin yer verdiğimiz açıklamalar çerçevesinde üçüncü kişilere yönelik adli kontrol tedbirlerinden söz edilemeyeceğini belirtmemiz gerekmektedir. Ancak CMK'nın 113 ve 114. madde düzenlemelerinde ilgili bedellerin üçüncü kişilerce ödenebileceği belirtilmektedir. Burada da güvence yükümlüsü yine şüpheli veya sanık olmakta, yalnızca bedeli ödeyen kişi üçüncü kişi olabilmektedir. Bu sebeple bu halde de üçüncü kişilere yönelik adli kontrol tedbirlerinden söz edilemeyecektir.

III. ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ NEDENİYLE MAHSUBUN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Hatlarıyla Koruma Tedbirleri Nedeniyle Mahsup ve Hukuki Niteliği

Koruma tedbirleri nedeniyle mahsup ilk başlarda kesinleşmiş hükmün infazıyla fiili ve hukuki benzerlik taşıdığından gündeme gelmiş bir kurumdur.³² Zira bu durum ilk olarak tutuklama, gözaltına alma gibi koruma tedbirlerinde ortaya çıkmış ve bu koruma tedbirlerinin fiili infaz ile neredeyse eşdeğer olduğu görülmüştür. Bir kimsenin nezarethanede yahut tutukevinde geçirdiği süre ile cezaevinde geçirdiği süre arasında fiili hürriyetin kısıtlanması açısından bir fark bulunmamaktadır. Keza hukuki açıdan benzerlik de söz konusudur³³; kişi hürriyetine yahut diğer temel hak ve hürriyetlerinin özgürce kullanılmasına müdahale söz konusudur. Her ne kadar koruma tedbirleri altında geçirilen süreden beklenti kişinin elem-acı çekmesi, ıslah olması, suç işlemekten cayması, topluma yeniden entegre olması olmasa da bu tedbirlerin uygulandığı süreçte anılan etkilerin kişi üzerinde ortaya çıktığı çoğunlukla kabul edilmekte ve gözlemlenmektedir. Vaziyet hukuki ve fiili açıdan infaz ile bu denli benzerlik arz

³¹ Öztürk (Edt.), CMH, 15. B., s. 501.

³² HENTSCHEL, Ve, Untersuchungshaft – eine bedingte Strafe?, Diss. Jura – FU, Berlin 2011, s. 53.

³³ Aksi yönde Hentschel, s. 55.

ettiğinden bu durumun mahsup edilmesi gerektiği fikri güçlenmiştir. Hukuki ve fiili anlamda benzerlik arz eden bu sürelerin hesaba katılması gerekliliği diğer yandan kusurla orantılı hürriyeti tahdit fikrinden türetilmiştir. Zira kişinin koruma tedbiri altında geçirdiği süre hesaba katılmadığında ve sonrasında hüküm tesis edilip infaz edildiğinde kişinin hürriyetine fiil esnasındaki kusurundan görece çok daha ağır oranda müdahale edilmiş olacaktır ve bu ise kusurla orantılı ceza/müdahale ilkesiyle örtüşmeyecektir.

Tabii mahsuptan söz edebilmek için koruma tedbirleri nedeniyle yahut başkaca suçla bağlantılı bir sebeple hürriyeti tahdit edilen kişi hakkında ceza yaptırımına hükmedilmiş olması gerekmektedir. Zira ceza yaptırımına hükmetmenin söz konusu olmadığı bir durumda mahsuptan söz edilemeyecektir; ancak koşulların oluşmuş olduğu hallerde aşağıda yer verdiğimiz üzere tazminat durumundan söz edilebilecektir. Bu sebeple güvenlik tedbirlerine yahut başkaca iyileştirme niteliğindeki tedbirlere hükmetme halinde mahsup söz konusu olamayacaktır.³⁴ Koşullu salıverilme sürelerinin üst sınır bağlamında belirlenmiş olmadığı dönemlerde bu mahsubun yalnızca süreli hapis cezalarında ve veya adli para cezalarında söz konusu olabileceği savunulmaktaydı.³⁵ Zira müebbet şeklindeki bir cezadan belirli bir sürenin mahsup edilmesinin matematiksel açıdan bir anlamı bulunmamaktaydı. Ancak koşullu salıverilme sürelerinin belirlenmiş olduğu günümüz infaz sisteminde (5275 s. Kanun'un 107/16 düzenlemesi hariç) mahsubun süreli hapis cezaları, adli para cezaları³⁶ gibi koşullu salıverilme sürelerinin hesabında da dikkate alınacağını kabul etmek gerekmektedir.³⁷

Belli koşullar altında geçirilmiş olan sürelerin hükmedilen ceza yaptırımı mahkumiyetinden indirilmesi³⁸ (bir anlamda infaz edilmiş sayılması; bize göre tazminin ceza yaptırımından düşürme şeklinde vuku

³⁴ Werner Theune, LK, Band 2, 12. Auflage § 51, Rn. 27, s. 1228.

³⁵ Mevcut Alman mahsup düzenlemesi halen süreli hapis cezaları ve adli para cezasından söz etmektedir. Ancak uygulama ve öğretide kıyasen müebbet hapis cezalarında da bu mahsubun yapılacağı kabul edilmektedir. Bkz. § 51/1 StGB.

³⁶ Bernd-Dieter, Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg 2006, s. 210.

³⁷ Aynı yönde NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 16; Theune, LK, § 51, Rn. 30, s. 1228.

³⁸ Alman hukukunda bu hususların "anrechenbare Eingriffe / mahsup edilebilir müdahaleler" şeklinde nitelendirildiği görülmektedir. Theune, LK, § 51, Rn. 2, s. 1220.

bulması) veya ceza yaptırımına mahkûm edilmenin söz konusu olmadığı hallerde tazminat hakkı doğurması üzerine çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Tazminat, fiili bir infazın yerini tutmadığından ve maddi suç hukuku anlamında bir etki doğurmadığından, bu kurumun gerekçelendirilmesi maddi suç hukuku ile yapılamayacağı gibi yapılmasına da gerek bulunmamaktadır. Ancak ona ilişkin de aşağıda yer verdiğimiz üzere çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Teoriler hakkında bilgi vermeden önce mahsup konusunun hukuki niteliği hakkında bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Bize göre her ne kadar maddi suç hukuku sahasında değerlendirilse de ve her ne kadar TCK içinde yerini almış olsa da mahsubun maddi suç hukuku ile doğrudan bir bağlantısını tespit etmek güçtür. Zira mahsup fail hakkında hükmedilen ceza yaptırımına etki etmemektedir. Aksine ilgili ceza yaptırımının infazı üzerinde etki doğurmaktadır. Bu sebeple maddi suç hukuku sahasında kaldığını iddia etmek güçleşmektedir. Fakat bu alanla ilişkisi ve yaptırımın belirlenmesi esnasında dikkate alınıyor olması dolayısıyla maddi suç hukuku sahasında düzenlenmiştir. Nitekim öğretide de yaptırım hukuku alanında ele alınmaktadır. Bize göre mahsup, failin temel hak ve hürriyetlerine yapılan müdahalenin hakkında hükmedilen cezadan indirilmesi şeklinde vuku bulan bir çeşit tazmin yöntemidir.³⁹ Bu sebeple maddi suç hukuku sahasının dışında kalmaktadır. Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat kurumu ile bağlantısını bu şekilde kurduğumuzdan şekli suç hukuku sahasında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine açıklama getirmek gerekir. Bize göre her ne kadar şekli suç hukuku düzenlemelerinin (CMK'nın) içinde yer verilmiş olsa da koruma tedbirleri nedeniyle tazminat doğrudan şekli suç hukukunun da bir parçası niteliğinde değildir. Zira burada suçun muhakemesi söz konusu değildir. Aksine temel hak ve hürriyetlere suç hukuku bağlamında müdahale durumunun muhakemesi söz konusudur. Bu sebeple aslında ceza mahkemelerince yürütülen ancak suç muhakemesinin konusunu oluşturmayan bir muhakeme söz konusudur. Ancak bu tazmin durumunun bir de yaptırım (tazminat) boyutu bulunmaktadır. Bu ise maddi hukuka ait bir durumdur. Buna da tazminat hukukunun (maddi hukuk) bir parçası olarak bakmak gerekir. Ancak belirttiğimiz üzere suç muhakemesinden kaynaklı temel hak ve hürriyetlere müdahalenin maddi

³⁹ Benzer yönde Meier, s. 210; Bir görüşe göre bu şekilde tazmin para ile tazmin etmenin de ötesinde hüküm öncesi hürriyet kısıtlamasının hüküm sonrası hürriyet kısıtlamasıyla ödenmesidir. Naturalrestitution olarak nitelendirilen bu görüş için bkz. Hentschel, s. 49.

hukuk açısından değerlendirilmesi ve şekli anlamda tespiti gerektiğinden suç/ceza mahkemelerince ele alınması yerindedir. Mahsup, bize göre maddi suç hukukunun bir parçası, dolayısıyla yaptırım hukukunun bir parçası değilse de ve yine bize göre bir nevi tazminat gerektiren durumun ceza yaptırımı ile tazmini ise de tazminat hukukunun ve ona ilişkin (suç/ceza mahkemelerince yürütülen) özel şekli muhakemenin bir parçası da değildir. Bize göre mahsup infaz hukukuna ait bir kurumdur ve kişinin fiili infaz süresi üzerinde etki etmekte olan bir tazmin şeklidir.⁴⁰ İnfaz hukukunu geniş anlamda suç hukukunun ve maddi suç hukukunun bir parçası olarak gören görüş benimsendiğinde mahsup maddi suç hukukunun bir parçası kalmaya devam etmekte ve fakat yaptırım hukuku başlığı altında değil de infaz hukuku başlığı altında değerlendirilmektedir.⁴¹ İnfaz hukukunu bağımsız bir saha kabul eden görüş benimsendiğinde ise mahsubun maddi suç hukuku boyutundan söz edilememektedir. Mahsup kurumunu infaz hukukunun bir parçası olarak kabul ettiğimizden bu konudaki değişikliklerde 5275 sayılı Kanun'un 98. ve devamı maddeleri dikkate alınmalıdır. Zira lehe değişikliklerin infaz süreci üzerinde derhal dikkate alınması gerekmektedir. Bu sebeple mahsuba konu edilmeyen bir tedbir dolayısıyla geçirilmiş sürelerin, infaz sürecinde mahsuba konu edilmesi halinde derhal fiili infaz süresinden düşürülmesi ve duruma göre koşullu salıverilme değerlendirilmesinin yahut bihakkin tahliye değerlendirmesinin yapılması gerekir.

Mahsuba ilişkin teorilere gelince:

Mahsuba ilişkin bu teorilerin bir kısmı yaptırım teorisinden (maddi suç hukukundan) bağımsız olarak şekillenmiş ve bu anlamda dörtlü bir

⁴⁰ Meier, s. 209; NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 2; Johan David Michels, "Compensating Acquitted Defendants for Detention before International Criminal Courts", *Journal of International Criminal Justice*, 2010/8, s. (407) 420; Aynı yönde Alman mahkemesi kararı için bkz. BGHSt 7, 214.

⁴¹ İnfaz hukukunu geniş anlamda suç hukukunun bir parçası kabul eden görüşler için bkz. Rolf Schmidt, *Strafrecht AT*, 21. B. s. 8, kn. 15d; Claus Roxin, *Strafrecht AT*, 1. Band, 4. Aufl., § 1, kn. 8 vd.; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 34; Maddi şekli ceza hukuku ayırımını kabul etmemekle birlikte infaz hukukunun geniş anlamda ceza hukuku altında değerlendiren görüş için bkz. KUNTER, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, s. 16.; Maddi şekli ceza hukuku ayırımını kabul ve infaz hukukunun geniş anlamda ceza hukuku altında değerlendirmeyen görüş için bkz. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide /ÇAKMUT, Özlem *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 12 vd..

ayırım yapılmıştır.⁴² İlk teorilerden biri olan siyasal sisteme göre soruşturma ve veya kovuşturma evresinde kişi hürriyetini tahdit, müdahale yoğunlukları bakımından hükümlülükle eşdeğer tutulamayacağından mahsuba konu yapılamaz. Bir diğer teori olan ampirik sisteme göre kişi hürriyetini kısıtlayan bu sürenin hangi evrede geçirildiğine bakılmaksızın hâkime hiç veya kısmen mahsup edip etmeme konusunda takdir hakkı tanınmalıdır.⁴³ Bu takdirin kullanımı kimi ülke uygulamalarında kişinin ikrar vermesi yahut ikrar vermemekte direnmesi ile bir dönem bağlantılandırılarak kullanılmış ve ikrar veren için mahsup, ikrar vermeyen için ise mahsup etmeme uygulamasına sebebiyet vermiştir.⁴⁴ Anılan bu iki sistemle bağlantılı olarak karma sistem ileri sürülmüş ve soruşturma evresinin başlatılmasına sebebiyet veren kişinin bu çerçevede hürriyet kısıtlamalarına maruz kalması kendi kusurundan kaynaklıdır ve mahsuba konu edilemez.⁴⁵ Ancak kovuşturma evresi artık ilgilinin elinde olmadığından bu süre içindeki kişi hürriyeti kısıtlamaları mahsuba konu edilmelidir.

Çağdaş ceza hukukunda evreler arası ayırım, yoğunluk dereceleri ve hiç hesaba katılmaması hususları bertaraf edilmiş ve zorunlu mahsup görüşüne üstünlük tanınmıştır.⁴⁶ Zira infazda da kişiye bedensel bir ceza çektirilmemekte, aksine kişinin yalnızca hürriyeti kısıtlanmaktadır. O halde bu hürriyeti kısıtlamanın kesin hükümden önce olması onun

⁴² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SİNAR, Hasan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, Onikilevha, İstanbul, 2016, s. 375; Theune, LK, § 51, Vorwort, s. 1218.

⁴³ Hâkime ilgili tutuklama süresini kısmen yahut tamamen mahsup etme takdiri veren düzenleme ACK'nın 1975 yılına kadar yürürlükte kalan 60. maddesinin birinci fıkrasıydı (Bkz. <https://lexetius.com/StGB/60,2> 28.03.2022). Bu görüşe ilişkin eski Alman düzenlemesi ve tarihçesi hakkında bilgi için bkz. Theune, LK, § 51, Vorwort, s. 1218; Gabriele Kett-Straub, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017, § 51, Rn. 1.

⁴⁴ 1950'li yıllardaki Alman uygulamasının bu yöndeki kararları için bkz. WÜRTEMBERGER, Thomas, "Die Anrechnung der Untersuchungshaft", Juristen Zeitung, 7. Jahrgang, Nr. 18, 1952, s. (545), 546.

⁴⁵ Benzer yönde eyalet mahkemesi kararı ve bunu destekleyen yüksek mahkeme kararı için bkz. OGHSt 2, 219; BGHSt 1, 105.w

⁴⁶ Alman uygulamasında mahsup değerlendirmesi ve oranı hâkimin takdirinde olsa da özellikle tutuklulukta geçen sürenin zorunlu ve tam haliyle mahsup edilmesi gerektiği fikri azımsanmayacak derecede savunulmaktadır. Burada hukuki nitelemenin ne olduğunun (önceden çektirilen ceza yahut tutukluluktaki elemin denkleştirilmesi olsun) öneminden çok mahsubun olması gerektiği vurgulanmaktadır. Dreher tarafından savunulan bu görüş için bkz. Hentschel, s. 49.

hürriyetinin kısıtlanmadığı anlamına gelmez ve mahsup edilmemesi için bir sebep yoktur. Bu son görüş modern ceza hukuku düşüncesiyle örtüşmektedir. Ancak infaz ile arzulanan sonuçlara hüküm öncesi hürriyeti kısıtlama ile ulaşmak tamamıyla mümkün olmadığından⁴⁷ bu sürelerin mümkün merteye kısa tutulması gerekir.⁴⁸ Zira tutuklama ve benzeri hürriyet kısıtlamalarında ıslah, topluma yeniden kazandırma gibi infaz politikalarını icra etmek sorunlu olduğundan infazda bu politikaları yerine getirmek için yeterli zamanı mahsup sonrasında tesis etmek gerekir. Aksi durumda süreler infazla amaçlanana vermekte yetersiz kalabilecektir.

Maddi suç hukuku anlamında gerekçelendirmeler ise mahsubun sonuçları ile ilişkilendirilerek yapılmıştır.⁴⁹ Bir görüşe göre kesin hüküm öncesi sürelerin mahsup edilmesi cezada indirim sebebidir; cezaların hafifletilmesi görüşü şeklinde anılan bu görüşe katılmak mevzu hukukumuz açısından mümkün değildir. Zira bu süreler kişi hakkında hükmedilen cezanın miktarını değiştirmemekte, yalnızca infaz edilecek kısmında etki doğurmaktadır. Kesin hüküm öncesi kişi hürriyeti kısıtlamalarının mahsup edilmesi, bir başka görüşe göre bu kısıtlamaların önceden çekilmiş ceza (şarta bağlı ceza / bedingte Strafe) olmasından kaynaklanmaktadır.⁵⁰ Bu görüşe katılmak da mümkün değildir.⁵¹ Zira kesin hükümden önce kişi hürriyetinin ceza olarak kısıtlanması modern hukuk anlayışıyla örtüşmemektedir.⁵² Kaldı ki ceza muhakemesi bağlamında başvuru bu kısıtlamalarla kişiye bir ceza verilmesi amaçlanmamakta, aksine

⁴⁷ Hüküm öncesi hürriyeti kısıtlama tedbirlerinin her ne kadar ceza karakterini yansıtmaları da ve muhakemenin sürdürülebilirliğine hizmet etseler de kişi üzerinde ceza ile aynı etkiler doğurmaktalar; hatta ceza ile amaçlanan neticelerin bir kısmı (maksat bu olmasa da) bu süreçte kısmen vuku bulabilir. Würtenberger, s. 545; aynı yönde BGHSt 6, 215.

⁴⁸ Aynı yönde BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 05. Dezember 2005 - 2 BvR 1964/05 -Rn. 80.

⁴⁹ Görüşler için bkz. Sınar, s. 375 vd.

⁵⁰ Bu yönde Alman mahkeme kararları için bkz. "angerechnete Strafe ist die verbüßte Strafe im Sinne des § 26 StGB / mahsup edilen ceza Alman Ceza Kanunu (ACK) m. 26 bağlamında (koşullu salıverilme bağlamında cezaevinde) geçirilmiş süredir" BGHSt, 6, 215 in NJW 1954, 1208; RGSt 52, 191; Görüş savunucuları için bkz. Meier, s. 130; Hentschel, s. 47'den naklen Eduard Dreher, "Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB", in MDR 1970, s. 965 vd.; Aynı yönde Hentschel, s. 140; Aksi yönde NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 23.

⁵¹ Aynı yönde Hentschel, s. 49.

⁵² Sınar, s. 375.

muhakemeyi sürdürülebilir kılma, hükmü infaz edilebilir kılma vs. neticeler arzulanmaktadır.⁵³ Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre mahsup edilen süreler özel af niteliğindedir. Ancak mevzu hukukumuz açısından bu fikre iştirak etmek mümkün değildir. Bu konuda Alman öğretisinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre koruma tedbirlerine başvurulduğu sürece (tutuklulukta geçen sürelerde) kişinin hürriyeti kamunun (muhakemeyi sürdürme ve sonlandırma) menfaatlerine kurban/feda edilmektedir (Aufopferungstheorie).⁵⁴ Bu kurban edilme de bir şekilde tazmin edilmeyi gerektirir. Kişi suçlu bulunur ve cezaya mahkûm edilirse bu mahsup hürriyeti bağlayıcı cezadan indirim yapılması yahut adli para cezasından düşürülme şeklinde gerçekleşmekte, beraat ederse bir miktar paranın ödenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu hallerde gerçekleşen denkleştirmeye hakkaniyete uygun denkleştirme (Billigkeitsgrundsatz)⁵⁵ denilmektedir. Tutuklama tedbiri bağlamında öne sürülen bu teori ve çözüm şeklini tüm koruma tedbirleri bağlamında değerlendirdiğimizde şu sonuca varmamız gerekmektedir: Kanun koyucu temel hak ve hürriyetlere koruma tedbirleri bağlamında müdahale etmeyi kanuni düzenleme haline getirmekle birlikte bu müdahalelerle kişinin (koruma tedbirine maruz kalan kişinin) temel hak ve hürriyetlerini feda etmeyi (kurban etmeyi) kabullenmekte ve bu çerçevede bir denkleştirmeyi (mahsubu ve veya tazmini) en baştan itibaren kabul etmektedir. Böylece yalnızca hürriyeti kısıtlama sonucu doğuran koruma tedbirlerini mahsuba konu etmeyi değil, diğer tüm temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi de mahsuba konu edeceğini kabullenmektedir. Anılan bu sebeple bize göre mevzu

⁵³ "Because (...) the sentence starts only after conviction, some courts hold that time spent in jail prior to conviction and sentencing is not punishment, but merely precautionary detention to assure the defendant's presence at trial" Anonym Article "Credit for Time Served between Arrest and Sentencing", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 121, N. 5, May-1973, s. (1148) 1151; Tutuklama nedenlerinin içinde cezalandırmaya başlamanın da yer aldığı fikri 18. yüzyılın sonlarına kadar savunulmuş ancak günümüzde terk edilmiştir. Alman hukukunda failin benzer suçları işleme tehlikesi de bir tutuklama sebebi olarak kabul edilmektedir. Şekli ceza hukukunun amaçlarıyla örtüşmeyen bu tutuklamanın toplumun benzer suçlardan korunması amaçlı güvenlik tutuklaması (Sicherungshaft) olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ancak bize göre önleyici ceza hukuku niteliğinde olan bu düzenleme (ACK m. 112a) şekli suç hukuku içinde yer almamalıdır. Urs, Kindhäuser / H. Kay, Schumann, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2019, s. 136.

⁵⁴ Dencker tarafından ortaya atılan ve Hentschel tarafından savunulan bu görüş için bkz. Hentschel, s. 50 vd.; Aynı yönde NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 2.

⁵⁵ Meier, s. 209; Hentschel, s. 47.

hukukumuzdaki mahsup düzenlemelerini koruma tedbirleri bağlamında yeniden düşünmenin zamanı gelmiştir.

Mevzu hukukumuz ve çağdaş ceza hukuku açısından bu sürelerin mahsup edilmesinin teorilerle açıklanmaya çalışılmasının gereksiz olduğu da savunulmuştur.⁵⁶ Zira bu sürelerin (tutuklulukta geçen süreler özelinde) mahsup edilmesi adaletin ve hakkaniyetin sağlanabilmesinin bir gereğidir (aslında bu da Billigkeitsgrundsatz/-theorie olarak kabul edilen bir ilkedir/teoridir). Ancak bize göre teorik temelli açıklamalar hürriyeti sınırlayan kurumların içselleştirilmesine hizmet edeceği gibi maddi suç hukuku açısından da açıklanabilir olmayı tesis etmesi açısından önem arz etmektedir. Zira TCK m. 61/10 düzenlemesine göre “kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir”. O halde infazdan düşürme sonucunu doğuran mahsup konusunda da bu kanuni zeminin ve meşru bir gerekçenin bulunması şarttır. Mevzu hukukumuz açısından kişi hürriyetini kısıtlayan sürelerin mahsup edilmesi ceza yaptırımının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.⁵⁷ O sebeple temel cezanın belirlenmesinde olduğu gibi sonuç cezanın belirlenmesinde de dikkate alınmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında mahsubun bir yaptırım hukuku (maddi suç hukuku) kurumu olmaktan çok bir infaz hukuku kurumu olduğu söylenmelidir. Zira burada infazın hesaplanması gibi bir durum söz konusu olmakta ve belirli süreler sonuç cezadan çıkarılmaktadır. Diğer yandan bu kurumun yaptırım hukukuna ait olduğu ve yaptırımın bireyselleştirilmesinden önce devreye girdiği de söylenebilir. Zira kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar açısından değerlendirildiğinde seçenek yaptırımlara dönüştürülmeden önce mahsup durumunun gerçekleştirilmesi ve ardından

⁵⁶ Sınar, s. 375.

⁵⁷ Alman hukukunda düzenlenme yeri açısından cezanın belirlenmesi kurumu olarak kabul edilen zaman dilimi ve mevzuat için bkz. Hentschel, s. 45 vd.; 1950’li yıllara kadar Alman Ceza Kanunu düzenlemelerine rağmen bu kurumun cezanın belirlenmesi alanında devreye giren bir süreç olmadığı baskın görüş olarak savunulmuştur. 1950’li yıllara kadar bu görüşün baskın olduğuna dair tespit ve diğer yazar bilgileri için bkz. Würtenberger, s. 545; Ancak Alman öğretisindeki bu baskın görüşe rağmen Alman yüksek mahkemeleri mahsubun cezanın belirlenmesinin bir parçası olduğunu o dönemde savunmaya devam etmişlerdir (Kararlar için bkz. BGHSt, 1, 105). Uygulamadaki bu görüşle paralel olarak 1950’li yıllarda mahsubun cezanın belirlenmesinin bir parçası olduğu öğretilde de baskın görüş halini almıştır (Würtenberger de bu görüştedir). Bu görüşün savunulmasının sebebi mahsubun uygulanıp uygulanmamasının ve tam yahut kısmi uygulanmasının mahkemenin takdirinde olması olmuştur. Dönemin baskın görüşü için bkz. Würtenberger, s. 545.

bireyselleştirilmenin yapılması gerekmektedir. Burada seçenek yaptırımlar asıl mahkumiyete dönüştüğünden (TCK m. 50/5) yaptırımın bireyselleştirilmesinden söz edilmelidir. Benzer durum infazın bireyselleştirilmesi aracı olarak kabul edilen hapis cezasının ertelenmesi kurumu işletilmesinde de söz konusudur. Hapis cezası erteletilmeden önce ilgili mahsubun yapılması gerekmektedir.⁵⁸ Diğer yandan ertelenebilir cezanın hesabı (erteleme ve veya kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara dönüştürme koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirmesi) mahsuptan önceki süre üzerinde yapılmaktadır. Mahsup öncesi ceza ertelenebilir cezanın üst sınırını aşmaktaysa erteleme mahsup sonrası yapılamamaktadır.⁵⁹ Aynı şekilde mahsup öncesi ceza kısa süreli ceza niteliğinde değilse ve mahsup sonrası (TCK m. 49/2) kısa süreliye dönüşse de seçenek yaptırımlara dönüştürülmesi mümkün değildir.

Ceza yaptırımının kefaret boyutunun olduğu kabulünde kesin hükümden önceki hürriyet kısıtlamalarının da bu elem ve acı neticesini doğurduğunu, modern anlamıyla hürriyeti tahdit sonucunu doğurduğunu ve bu sebeple mahsup edilmesinin yaptırım ve infaz hukuku açısından meşru olduğu söylenebilir.⁶⁰ Böylece salt kefaretçi anlayışla bu hususu açıklamak mümkün hale gelmektedir. Fakat geçmişe bir karşılık verme anlayışını tamamen reddeden bir anlayışla hareket ettiğimizde kesin hüküm öncesi bu sürelerin mahsup edilmemesi ancak bu süreleri geçirmiş kişinin fiili durumunu dikkate alarak ceza yaptırımının belirlenmesi gerekir, denilmelidir. Bu halde mahsuptan söz edilmeyecek, mahsuba konu hürriyet kısıtlamalarının kişinin ıslahı ve resosyalizasyonu üzerindeki etki dikkate alınarak temel ve sonuç ceza belirlenecektir.⁶¹ Kişi bu hürriyeti kısıtlama sürecinde gelişme göstermişse normal şartlarda alacağı cezadan az bir ceza alacakken, gelişme göstermemişse geçirmiş olduğu süreler cezanın azalması neticesini doğurmamış olacaktır. Bu hallerde mahsup zorunluluğundan söz edilemeyecektir. Mevzu hukukumuz karma bir

⁵⁸ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 1031; TÖNGÜR, Ali Rıza/ÇETİNTÜRK, Ekrem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, Ankara, 2020, s. 831.

⁵⁹ Özgenç, s. 831.

⁶⁰ Aynı yönde Hentschel, s. 47, ayrıca bkz. s. 52.

⁶¹ Buna gerekçe olarak şu gösterilmektedir: "İnfazdan beklenen, hüküm öncesi hürriyeti kısıtlama (tutuklama özelinde) ile kısmen elde edilmiş olduğundan cezadan mahsup edilmektedir". Hentschel, s. 47; Würtenberger, s. 545.

görüş benimsediği gibi mahsup konusunu da zorunlu tuttuğundan bu açıklamalarımız teorik düzeyde kalmaktadır.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki mevzu hukukumuz açısından mahsup, yaptırım hukukunun ve maddi suç hukukunun bir kurumu olmaktan çok infaz hukukunun bir kurumu niteliğine bürünmüştür. Koruma tedbirleri çerçevesinde geçirilen süreleri failin cezasından mahsup etme de temel hak ve hürriyetlere müdahalenin kanuna dayansa da eşitler arasındaki eşitliği bozmaya ilişkin sakıncalarını giderme amaçlıdır. Bu giderim normal şartlarda tazmin şeklinde olmaktadır ceza mahkumiyeti durumunda ceza miktarından mahsup şeklinde vuku bulmaktadır. Fiilleri ve fiil esnasındaki kusurları aynı olan iki kişiden birinin hürriyetinin yalnızca kesin hüküm sonrası kısıtlanması, diğersinin ise kesin hüküm öncesi ve sonrası kısıtlanması ve hüküm öncesi sürenin hesaba katılmaması eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir. Bundan ibaret olmasa da bu sebeple de bir çeşit tazmin şekli olan mahsup kurumuna koruma tedbirleri açısından da yer verilmiş görünmektedir.

B. Mahsubun Koşulları

Mahsup edilebilir bir süreden söz edebilmek için bu konuda kararın alınmış olması yeterli olmayıp, kişinin hürriyetinin bu çerçevede fiilen kısıtlanmış olması da gerekir. Misal tutuklama kararının verilmiş olması değil, kişinin bu karar dolayısıyla fiilen hürriyetinden yoksun kaldığı süreler mahsup edilir.⁶² Koruma tedbirleri bağlamında değerlendirdiğimizde, olması gereken hukuk bağlamında bu hürriyet kısıtlamasını yalnızca kişi hürriyetinin kısıtlanması şeklinde algılamak gerekir. Gerçekten kimi koruma tedbirlerinde olduğu gibi seyahat hürriyeti, kişi dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi temel hak ve hürriyetlerin de birey üzerinde önemli etkiler bıraktığı ve bir şekilde denkleştirilmesi gerektiği açıktır. Bize göre bu sebeple mahsuba konu edilebilir hale getirilmelidir.⁶³ Öyle ki aynı temel hak ve hürriyete hüküm öncesi müdahale

⁶² Mevzu hukukumuz açısından tutuklama kararının huzurda verilmesi asıl olduğundan (istisna gıyabi tutuklama düzenlemeleri sınırlıdır) tutuklama kararının verildiği tarih ile kişi hürriyetinin fiilen sınırlandığı tarih aynı tarih olduğundan pratikte bir farkı olmayacaktır. Ancak buna rağmen Yargıtay'ın birçok kararında ilgili tutukevine yazılması ve fiili tutukluluk sürelerinin öğrenilerek mahsup edilmesinin önerildiği görülmektedir. Mahsubun fiili duruma göre yapılacağı yönünde Theune, LK, § 51, Rn. 8, s. 1222; NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 9.

⁶³ Öyle ki kişi hürriyetini kısıtlama sonucu doğurmayan kimi hallerin de infaz süresinden mahsup sonucu doğurması gerektiği Alman hukukunda 2008 yılından bu yana kabul edilmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH-Grosse Strafsenat)

etmekle hüküm sonrası müdahale etmek arasında da bir değer/etki farkının olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucu doğuran tutukluluk sürelerinin, hükmedilen mahkumiyetten bire bir şekilde değil de daha fazla bir oranda düşürülmesi gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.⁶⁴

Maddi suç hukukunun bir parçası olan yaptırım hukukunda yaptırımın belirlenmesi belli kıstaslar çerçevesinde ilerlemektedir. Bu kıstaslara göre belirlenen ceza yaptırımını bazı durumlarda olduğu gibi uygulanmamakta, failin belli şartlar altında geçirmiş olduğu hürriyeti sınırlayıcı durumlara ilişkin süreler ilgili toplam ceza yaptırımının infaz edilebilir kısmından çıkarılmaktadır. Mahsup olarak nitelendirilen bu çıkarma işlemi bazen TCK m. 16'da düzenlendiği gibi yabancı ülkede geçirilmiş sürelerle ilişkin olabileceği gibi bazen de yurt içinde geçirilmiş sürelerle ilişkin olabilir. TCK m. 16 düzenlemesine göre suçun işlendiği yerin Türkiye ülkesi yahut Türkiye ülkesi dışı olmasına bakılmaksızın “yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye’de verilecek cezadan mahsup (...)” edilecektir. İlgili sürelerin Türkiye içinde geçirilmiş olması halinde de mahsuba konu olacağı açıktır. Bu sürelerin hükümlülükte geçeni hariç tutulduğunda koruma tedbirleri bağlamında geçirilen süreler olduğu görülmektedir. Ancak bu koruma tedbirleri de sınırlı şekilde sayılmış görünmektedirler. Dolayısıyla yurt dışında geçirilmiş başkaca hürriyeti sınırlayıcı yahut kısıtlayıcı süreler TCK m. 16 çerçevesinde mahsuba konu olamayacaklardır.⁶⁵

Aynı şekilde TCK m. 63 düzenlemesi de -bize göre yine suçun işlendiği yerin neresi olduğuna ve kişi hürriyetini sınırlama işleminin

2008 yılında uzun süren yargılamaların da mahsuba konu olabilecekleri ve bu sayede cezanın bir kısmının infaz edilmiş sayılacağına karar vermiştir. BeckRS 2008, 02102 (BGH (Große Senat), Beschluss vom 17.01.2008 – GSSt 1/07).

⁶⁴ *Paeffgen* şüpheli (Beschuldigte) ile hükümlünün hürriyetinin kısıtlanması aynı şeyler değildir. Bu sebeple şüphelinin tutuklanması çerçevesinde geçen süre her durumda (mahsup edilse de) ayrıca tazminata konu olmalı ve bir ödeme yapılmalıdır, demektedir. *Paeffgen*’e ait bu görüş için bkz. Hentschel, s 54.

⁶⁵ Aynı fiilden kaynaklı olmasına rağmen TCK m. 16 düzenlemesi aynı suçla sınırlı bir mahsup öngördüğünden bu durumu özel olarak mahsuba konu eden özel düzenlemeler bulunmaktadır. TCK m. 188/2 bunlardan biridir.

yapıldığı yerin neresi olduğuna bakılmaksızın⁶⁶ hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşen ve kişisel özgürlüğü sınırlama sonucu doğuran bütün hallerin mahsuba konu olacağını düzenleme altına almaktadır.⁶⁷ Burada kanun koyucunun mahsup sebepleri konusunda bir sınırlama getirmediği görülmektedir. “Şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller”⁶⁸ bu kapsamda mahsuba konu olabilecektir. Koruma tedbirlerinin şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün halleri de bu kapsamda mahsuba konu olabilecektir.⁶⁹ Ancak kanun koyucu adli kontrol tedbirlerine yer verdiği ilk andan itibaren (bkz. 01.06.2005 yürürlük tarihli CMK m. 109/5 düzenlemesi) adli kontrol çerçevesinde şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran yükümlülüklerin ceza yaptırımından mahsup edilemeyeceğini düzenleme altına aldığından TCK m. 63 düzenlemesinden yola çıkarak bir mahsup yapmak mümkün olmamıştır. Kanun koyucu ilk düzenleme ile birlikte CMK m. 109/3-e düzenlemesi çerçevesinde geçirilen sürelerin mahsuba konu olabileceğini belirtmek suretiyle bu

⁶⁶ Aynı yönde ÖZTÜRK, Bahri /ERDEM, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 569; Theune, LK, § 51, Rn. 2, s. 1220.

⁶⁷ Bir görüşe göre “sanığın tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce işlemiş olduğu diğer bir suç nedeniyle de tutuklu kalınan sürenin mahsubu olanaklıdır.” Bu yorumla adli kontrol tedbirinin mahsubunun da adli kontrol tedbirine hükmetmede esas alınan suça/fiile ilişkin cezadan olması gerekmemektedir, denilebilir. Görüş için bkz. HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 711; Aynı yönde Özgenç, s. 1031; Töngür/ Çetintürk s.461; Theune, LK, § 51, Rn. 9, s. 1222; Ancak CMK m. 144/1-a düzenlemesinin 2014 yılında yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte koruma tedbirlerinin ilişkili olmadığı fiiller/suçlar dolayısıyla mahsuba konu olamayacağı yalnızca tazminata konu olabilecekleri şeklinde görüş de savunulmaktadır. Hükümlünün/sanığın aleyhine bir durum olsa da suç genel teorisiyle paralel olan bu görüş benimsendiğinde adli kontrol tedbirlerinin mahsuba konu olanları da başka suçlardan indirim sonucu doğuramayacaklardır. Görüş için bkz. Öztürk/Erdem, s. 570; CMK m. 144/1-a düzenlemesinin mahsup durumuna etki etmeyeceği ancak bu halde mahsuba rağmen kişiye hakkaniyet çerçevesinde bir tazminat da verilmesi gerektiği yönünde Yargıtay kararı da mevcuttur. Bkz. Y. 12. CD, 15.12.2015, E. 2015/13906, K. 2015/19250.

⁶⁸ Alman hukukunda disiplin hapsi (Disiplinararrest / tazyik hapsi) gibi hürriyeti bağlayan sürelerin de cezadan mahsup edilmesi gerektiği genel kabul görmektedir. Bkz. Theune, LK, § 51, Rn. 7, s. 1221.

⁶⁹ TCK m. 63 düzenlemesi mahsuba konu süreleri hükmün kesinleşmesinden önceki sürelerle sınırlı tuttuğundan, hükmün kesinleşmesinden sonra yargılamanın yenilenmesi halinde mahsup bu çerçevede yahut TCK m. 16 çerçevesinde yapılamayacaktır. Ancak CMK m. 317 düzenlemesi bu olağanüstü kanun yolunu olağan kanun yollarıyla eşdeğer addettiğinden burada da bir mahsup söz konusu olabilir.

konuda ilk istisnasına yer vermiştir. Daha sonra 2012 yılında “konutunu terk etmemek” şeklinde adli kontrol tedbirini türüne yer verilmiş ancak bu halin mahsuba konu olacağı düzenlenmemiştir.⁷⁰ Böylece konutunu terk etmeme tedbirini TCK m. 63 bağlamında bir kişi hürriyetini sınırlama olsa da CMK m. 109/5 (eski düzenlemesinde yer verilen) mahsup yasağı nedeniyle hükmedilen cezadan mahsup edilememiştir.⁷¹ Nihayet 2021 yılında 7331 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle yapılan değişiklikte birlikte konutunu terk etmeme yükümlülüğü çerçevesinde geçirilen sürelerin de (her iki gün, cezanın mahsubunda bir gün olarak da olsa) mahsuba konu olmasının yolu açılmış olmaktadır.⁷²

C. Adli Kontrol Tedbirleri Nedeniyle Mahsup

CMK’nın 109. maddesinin altıncı fıkra düzenlemesi çerçevesinde aynı maddenin üçüncü fıkrasının (e) ve (j) bentlerinde belirtilen adli kontrol tedbirleri kapsamında geçirilen sürelerin mahsup edilmesi mümkün hale gelmiştir. CMK m. 109/6 düzenlemesinde yer verilen mahsup yasağı söz konusu olmasaydı ilgili sürelerin TCK m. 63 kapsamında mahsuba konu olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre ise adli kontrol altında geçirilen ve kişi özgürlüğünü kısıtlama sonucu doğurmayan yükümlülük uygulamaları halinde de ceza yaptırımından mahsup düşünülmelidir.⁷³ Gerçekten sadece bir kimsenin bir yerden başka bir yere gitme hürriyetinin kısıtlanmasının öngörülen ceza yaptırımından mahsup edilmesi, diğer temel hak ve hürriyetlere müdahalenin mahsuba konu olamaması adil olmayabilir. Bu sebeple orantılı bir mahsubun bu tedbirler için de düşünülmesi gerektiği fikrine katılmaktayız.

Nitekim Alman hukukunda yargılamanın makul sürede sonlandırılmaması uzun yıllar boyunca cezanın belirlenmesi (Strafzumessung) bağlamında dikkate alınmış ve özel kanuni indirim sebebi sayılarak (§ 49 StGB) sonuç cezanın üzerinden son bir indirim yapılarak hüküm tesis edilmeye çalışılmıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Büyük

⁷⁰ 02.07.2012 tarih, 6352 sayılı Kanun, m.98.

⁷¹ Eleştiri için bkz. UMUDUM, C. Erdem, Denetimli Serbestlik Bağlamında Elektronik İzleme, Onikilevha, İstanbul, 2021, s. 133 vd.

⁷² Koca/Üzülmez, s. 728.

⁷³ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2021, s. 409; Aynı yönde, KAYA GÖÇMEN, Özen, “Adli Kontrol Koruma Tedbirlerinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi”, AÜHFHD, 65 (4) ,2016, s1749-1814, s.1772.

Ceza (Genel) Kurulu (BGH-Großer Senat für Strafsachen) 2008 yılında bu konuda köklü bir içtihat değişikliğine gitmiş ve mahsuba ilişkin düzenlemelerin kıyasen devreye gireceği ve ilgili durumun hakkaniyete uygun bir oranda infaz edilecek cezadan indirilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁴ Böylece şimdiye kadar cezanın belirlenmesi sürecinde dikkate alınan uzun yargılama süreçleri mahsuba konu edilmiş ve yalnızca infaz edilecek ceza esnasında dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Bu da yalnızca cezanın bir kısmının infaz edilmiş sayılmasına hizmet etmektedir.⁷⁵ Alman hukukundaki bu değişimden yola çıkarak adli kontrol tedbirleri özelinde tazminata konu durumların kişi hürriyetini kısıtlama sonucu doğurmasalar da mahsuba konu olmaları gerektiğini düşünmekteyiz.⁷⁶ Ancak bu durumun kıyasen uygulanması yerine hukuki düzenleme ile gerçekleştirilmesi gerektiğini düşündüğümüzden kanun koyucu tarafından mevzuata konulması gerekmektedir.

IV. ADLİ KONTROL TEDBİRLERİ NEDENİYLE TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Hatlarıyla Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

Koruma tedbirleri nedeniyle mahsupta olduğu gibi bu tedbirler nedeniyle tazminat verilmesinin hukuki temellendirilmesi konusunda da fikir birliği mevcut değildir.⁷⁷ Suç/Ceza muhakemesi hukukuna ilişkin çalışmaların çoğunda bu tazminatın hukuka aykırılık (haksızlık) dolayısıyla verildiği belirtilmektedir.⁷⁸ Öyle ki tazminat gerektiren hallere ilişkin

⁷⁴ BeckRS 2008, 02102 (BGH (Große Senat), Beschluss vom 17.01.2008 – GSSt 1/07.

⁷⁵ Öğretide Vollstreckungsmodel yahut Anrechnungslösung olarak nitelendirilen bu sistem değişikliği hakkında bilgi için bkz. NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 48 vd.

⁷⁶ Bizdeki CMK m. 95/2, 107/3 çerçevesinde konsolosluk bildirimini yapılmaması CMK m. 141 bağlamında tazminata konu olabilmektedir. Alman hukukunda bu durumun mahsuba konu edildiği de Vollstreckungsmodel çerçevesinde görülmeye başlanmıştır. Kararlar için bkz. NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 48.

⁷⁷ Bilgi ve konuya ilişkin teoriler için bkz. KORKMAZ, Muzaffer, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Seçkin, Ankara, 2019, s. 60.

⁷⁸ "(...) tedbirlerine hukuka aykırı şekilde başvurulması halinde tazminat (...) ÖZBEK, Veli Özer, / DOĞAN, Koray / BACAĞIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 447; "Ceza soruşturması veya kovuşturması yapılırken şüpheli veya sanıklara hukuka aykırı olarak verilen zararların giderilmesi (...)" Yenisey/Nuhoğlu, s. 513; "Adli Kontrole Hukuka Aykırı Olarak Başvurulması" Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 500; "(...) Başlangıçta haklı görünen tedbirin, bilahare haksız olduğu ortaya çıkabilir ve bu haksız ya da hatta yerine göre hukuka aykırı

başlıklandırmalar da hukuka aykırılık yahut haksızlık odaklı yapılmaktadır.⁷⁹ Ancak bize göre koruma tedbirleri nedeniyle hükmedilen tazminatın sebebi başta (ex ante) hukuka uygun görünen müdahalenin daha sonra (ex post) geriye dönük olarak haksız/hukuka aykırı hale gelmesi değildir.⁸⁰ Nitekim kanun koyucu da koruma tedbirleri nedeniyle tazminat düzenlemesine yer verirken başlıklandırmayı “koruma tedbirlerine hukuka aykırı şekilde başvurma nedeniyle tazminat” şeklinde formüle etmemiştir. O halde tazminat talebi ve ödenmesi için koruma tedbirine hukuka aykırı başka bir ifade ile haksız şekilde başvurulmuş olması şart değildir. Ancak bu koruma tedbirlerine hukuka aykırı şekilde başvurma halinde tazminat istenemeyeceği anlamına gelmez. O durumda evleviyetle tazminat sorumluluğu doğacaktır. Örneğin kanuni gözaltı süresi dolmuş olmasına rağmen bilerek ilgili kişiyi tutuklamaya sevk etmeyen yahut serbest bırakmayan C. savcısının kanuni azami sürelerden sonraki kısıtlama fiilleri dolayısıyla gözaltı işleminin ondan sonraki uzatma kararları hukuka aykırı (haksız) işlemlerdir ve tazminatı gerektirdiği gibi akabinde de Devlete, ilgili işlemi yapana rücu hakkı vermektedir. Nitekim CMK m. 141 düzenlemesinde yer verilen bazı tazminat nedenlerinde koruma tedbirinin haksızlığına vurgu yapılmaktadır.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hakkının ilgili koruma tedbirine haksız başka bir ifadeyle hukuka aykırı olarak başvurulduğu için doğduğu savunulduğunda ilgili koruma tedbirine başvurmaya ilişkin

tedbirden zarar gören kimselerin bu zararları (...)” ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 477; “Hukuka aykırı bir şekilde kararlaştırılan veya uygulanan tedbirler nedeniyle zarar gören kişilerin, oluşan maddi ve manevi zararlarının hukuk devleti ilkesi gereği devlet tarafından karşılanması (...)” Korkmaz, s. 55; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş /ERDEM, M. Ruhan, Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 540.

⁷⁹ “Adli Kontrole Hukuka Aykırı Olarak Başvurulması” başlığı ve “CMK m. 141’de adli kontrol kararına hukuka aykırı olarak başvurulması durumunda ilgiliye tazminat ödeneceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır” ifadeleri için bkz. Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 500; Alman öğretisinde savunulan bir görüşe göre mahsup ile tazminat arasında ikili ayırım yapılmalı ve mahsup halinde ilgili tedbirin hem ex ante hem de ex post meşru/hukuka uygun olduğu, buna karşılık tazminat halinde ex ante hukuka uygun olan tedbirin ex post hukuka aykırı hale geldiği (Türk hukukundaki baskın görüşle aynı yönde) kabul edilmektedir. Bkz. Hentschel, s. 150.

⁸⁰ “Başlangıçta gözaltı ve tutuklama tedbirleri açısından herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu değildir. Kişinin mahkûm edildiği hapis cezasının daha az süreli olması, gözaltı ve tutuklulukta geçen süreyi sonradan hukuka aykırı hale getirmektedir.” Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 590.

işlemin daha sonra (baştan itibaren) hukuka aykırı hal aldığını söylememiz gerekir. Bu durumda ilgili koruma tedbirine işlem esnasında karşı çıkan ve onu orantılı şekilde defetmeye çalışan kişinin ise baştan itibaren haksız/hukuka aykırı bir müdahaleyi defettiğini ve bu sebeple meşru bir müdafaada bulunduğunu söylememiz gerekir ki bu maddi suç hukuku düzenlemeleriyle örtüşmeyecektir. Misal kanuni yakalama emri çerçevesinde yakalanan kişinin, kendini bu hürriyeti kısıtlayıcı işlemde kurtarmak için mukavemet göstermesi suç teşkil etmektedir (TCK m. 265)⁸¹. Ancak bu yakalama işlemi daha sonra CMK m. 141/1-e bendi çerçevesinde tazminata konu olduğunda ilgili yakalamanın hukuka aykırı olduğunu ve bu sebeple haksız olduğunu ve bu nedenle tazminat gerektirdiğini belirttiğimizde bu haksız yakalamaya direnen kişinin ise TCK m. 265 kapsamındaki suçu işlemediği sonucuna varmamız gerekir, ki bu bize göre kabul edilebilir değildir. Aynı şekilde CMK m. 141/1-i bendi çerçevesinde bir tazminata hükmedildiğinde bu arama işlemi baştan itibaren haksız bir arama işlemidir dediğimizde ilgili arama faaliyetini gerçekleştirmiş olan kamu görevlisini TCK m. 120⁸² çerçevesinde cezalandırmamız gerekecektir ki bu da vaki olmamıştır.

Anılan sebeplerle koruma tedbirlerine başvuru esnasında koşullar oluşmuş ve bu işlem görünüşte haklı olarak başlatılmışsa işlemler hukuka uygun başlamış ve devam etmiştir, demeliyiz. Daha sonra tazminat nedenlerinin ortaya çıkması da bu işlemleri geriye dönük olarak hukuka aykırı yahut haksız hale getirmeyecektir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, başvuru koruma tedbiri baştan itibaren hukuka aykırı ise bu durumda tazminat nedeni hukuka aykırılık ile temellendirilebilir. Örneğin tutuklama yasağının olduğu bir durumda çocuk hakkında tutuklama gerekçeli yakalama emri düzenlemek yahut tutuklama kararı vermek hukuka aykırı olacaktır. Zira bu işlem görünüşte de olsa haklı değildir. Hiçbir kanuni düzenleme bu işleme cevaz vermemektedir. Oysa beraat eden bir kimse hakkında ilk aşamalarda kuvvetli şüphe bulunması dolayısıyla bir tutuklama kararı verilmişse bu tutuklama kararı hukuka uygundur ve daha sonra hukuka aykırı hale gelmiş olmayacaktır. Hukuka uygun da olsa mesnetsiz kalmış / konusuz kalmış bir müdahale (temel hak ve

⁸¹ TCK 265: Görevi yaptırmamak için direnme: (1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

⁸² TCK 120: Haksız Arama “(1) Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”.

özgürlüklere ciddi derecede etki ettiğinden) hukuk devletince üstlenilmekte ve bu çerçevede hakkaniyet gereği (yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere feda/kurban etme anlamında gelen Aufopferungstheorie ve hakkaniyete uygunluk anlamında gelen Billigkeitsgrundsatz gereği) bir tazminat ödenmektedir.⁸³ Tazminatın ödenmesinin sebebi hukuk devletinin koruma tedbiri çerçevesinde temel hak ve hürriyetlere müdahale ederken bir riziko üstlenmesi (bu tedbire başvurmam mesnetsiz olabilir rizikosu) ve bu rizikonun gerçekleşmesi halinde (müdahalemin mesnetsiz olduğunun ortaya çıkması) bir tazminat ödemeyi hakkaniyet gereği (Billigkeitsgrundsatz)⁸⁴ kabul etmesinden ibarettir.⁸⁵ Ceza muhakemesindeki masumiyet karinesi ile ilişkilendirerek bu rizikoyu açıklamaya çalışan bir görüşe göre “daha sonra hüküm giyecek olan hakkındaki tutuklamada da suçsuzluk tahmini ile hareket edilmekte, ancak daha sonra bu tahminin yanlış olduğu ortaya çıkmaktadır.” “Ancak bu tahminin yanlış çıkması ilgili kişinin tutuklama koruma tedbiri altında eziyet çektiği gerçeğini değiştirmemektedir; bu sebeple de ilgili sürenin mahsup yoluyla tazmin edilmesi gerekmektedir”.⁸⁶

Hakkaniyete dayalı bu sorumluluk üstlenme objektif/kusursuz sorumluluk üstlenmesi şeklinde de addedilebilir.⁸⁷ Nitekim öğretide de tazminat kurumunun kendine özgü bir kurum olduğu belirtilmektedir.⁸⁸

⁸³ Yargıtay’ın da hakkaniyet sebepli başka bir deyişle hak ve nasafet/nesafet ilkeleri gereği tazminat verilmesine yönelik kararları mevcuttur. “(...) Uygulanan tedbirin ölçüsüz hale geldiğinin anlaşılması karşısında, davacı hakkında ilk kararın verildiği 15.04.2010 tarihinden sonra uygulanmaya devam edilen adli kontrol tedbiri nedeniyle davacı yararına (hak ve nesafet ilkelerine uygun) makul oranda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, davacı vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenle 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi uyarınca isteme aykırı olarak, BOZULMASINA, 16.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”. Y. 12. CD, 16.02.2015, E. 2014/13444, K. 2015/2705; Van BAM, 2. CD, 07.07.2020, E. 2020/655, K. 2020/721.

⁸⁴ Meier, s. 209; Hentschel, s. 47.

⁸⁵ “Haklarında uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle zarar gören kişilerin bu zararlarının tazmin edilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir”. Korkmaz, s. 13.

⁸⁶ Alıntı ve görüş savunucuları için bkz. Hentschel, s. 49.

⁸⁷ “Kusursuz sorumluluk, sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu biçiminde ayrı-ayrı tabi tutulduğu gibi, hakkaniyet sorumluluğu (...) olarak da ayrılmaktadır.” Korkmaz, s. 59.

⁸⁸ Centel/Zafer, s. 542.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da koruma tedbirleri bağlamında başvuru- lan tazminat durumunu “haksız fiil” benzeri olarak nitelendirmiş ve hu- kuka aykırı yahut haksız fiil şeklinde olmaları gerekmediğine vurgu yap- mıştır.⁸⁹ Nitekim Alman hukukunda da mahsup ve tazminat açısından “hukuka uygun müdahalelerde tazmin” gibi vurgulamaların yapıldığı görülmektedir.⁹⁰ Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki kural olarak ko- ruma tedbirleri nedeniyle tazminat bir özel hukuk yahut idare hukuku meselesidir; ancak müdahalenin sebebi maddi suç hukukunun amaçla- rına hizmet eden şekli suç hukuku tedbirleri olduğundan kanun koyucu özel ehemmiyet vermiş ve ilgili ihlaller açısından CMK’da düzenlemeye yer vermiş ve ceza mahkemelerini muhakeme açısından yetkili kılmıştır.⁹¹

B. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminatın Kapsamı

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun birinci kitabının koruma tedbirle- rine yer veren dördüncü kısmının, yedinci bölümünde “Koruma Tedbir- leri Nedeniyle Tazminat” başlığına yer verilmiş ve bu başlık altında ko- ruma tedbirlerinden kaynaklı tazminat taleplerinin koşulları düzenleme altına alınmıştır. Bölüm başlığından yola çıkarak kapsamlı bir düzenle- menin getirildiği izlenimi oluşmaktaysa da CMK m. 141 ve devamı mad- delerinde bu denli (tüm koruma tedbirlerini kapsayan) kapsayıcı bir dü- zenlemeye gidilmediği görülmektedir.⁹² Başta haksız yakalama ve tutuk- lamalar için öngörülmüş olan tazminat yolu, CMK düzenlemesiyle bir- likte diğer birçok koruma tedbirini de kapsayacak şekilde genişletilmiş- tir.⁹³ Yakalama, gözaltına alma, tutuklama, arama ve el koyma koruma tedbirleri ve birtakım diğer hakların ihlal edilmesi hali için öngörülen taz- minat yolu/hakkı adli kontrol tedbirleri için doğrudan zikredilmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda açıkça zikredilmemiş olan adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminatın CMK düzenlemeleri çerçevesinde isten- mesi tartışmalı olmakla birlikte bize göre tümüyle bu kapsamda kaldığını

⁸⁹ YCGK 23.11.2004, 177-203 sayılı karar içeriğine ulaşmak için bkz. Centel/Zafer, s. 542, dn. 418.

⁹⁰ “(...) Bei der Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe geht es um die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe des Staates in die Rechtsgüter des Einzelnen”. Hentschel, s. 49.

⁹¹ Benzer yönde Korkmaz, s. 55; Özel hukuktaki haksız fiil ile koruma tedbirleri nede- niyle başvuru tazminatın iki farklı kurum olduğu ve ortak ve farklı yönlerinin olduğu görüşü için bkz. UNGAN, Abdulkadir, Haksız Fiil Tazminatı İle Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat, Seçkin, Ankara, 2017, s. 119.

⁹² Aynı yönde Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 447.

⁹³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 446.

iddia etmek mümkün görünmemektedir. Bu sebeple kanun değişikliği ile kapsam içine alınmadığı sürece adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminat isteminin aşağıda yer verdiğimiz belli bir kısmının hukukun genel ilkeleri ve Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde yapılması gerekmektedir.⁹⁴ Öyle ki bu konuda olağan iç hukuk yollarının tüketilmesi neticesinde zararın giderimi tesis edilmemişse Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla (kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının veya başkaca bir anayasal hakkın ihlal edilmiş olduğu iddiasıyla) gidilebileceği gibi buradan da sonuç alınamaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruyu bile gündeme getirebilecektir.⁹⁵ Uygulamada Anayasa Mahkemesi müdahalenin devam edip etmemesine göre hareket ettiği ve müdahale sona ermişse kişinin öncelikle iç hukukta tanınmış olan tazminat yollarını, bilhassa CMK m. 141/3 düzenlemesi çerçevesinde tüketmiş olmasını aramaktadır.⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarından ve CMK'nın 141. maddesine 2014 yılında 6545 sayılı Kanun'la eklenen üçüncü fıkra düzenlemesinden yola çıkarak adli kontrol tedbirleri çerçevesinde açılacak tazminat hallerinin de CMK m. 141/3 kapsamında kalacağını savunan görüşler mevcuttur.⁹⁷ Bu sebeple Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurunun CMK m. 141 çerçevesinde dava yolu tüketilmeden yapılmasının kabul edilemezlikle sonuçlanacağı ileri sürülmekte; nitekim Anayasa Mahkemesi uygulaması da bu şekilde gelişim göstermektedir.⁹⁸ Ancak bize göre bu şekilde topyekûn bir genelleme yapılması doğru olmayacaktır. Ayrıntısına aşağıda yer verdiğimiz üzere bazı koruma tedbirleri nedeniyle tazminat için CMK m. 141'in birinci fıkrasına yahut üçüncü fıkrasına gidilemeyeceği açıktır. Bu halde genel hükümlere göre tazminat isteminin sonuçsuz kalmış olması iç hukuk yollarının tüketilmiş olması anlamında yeterli kabul edilmeli ayrıca CMK m. 141 bağlamında bir muhakemenin yapılması bireysel başvuru için aranmamalıdır.

⁹⁴ Öztürk, (Edt.), CMH, 15. B., s. 582.

⁹⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 447; Korkmaz, s. 14.

⁹⁶ (M.Y., B. No: 2014/7149, 22/11/2017, § 50); (H.Ö., B. No: 2017/34332, 12/12/2018, § 41); Korkmaz, s. 14.

⁹⁷ Korkmaz, s. 147 vd.

⁹⁸ (M.Y., B. No: 2014/7149, 22/11/2017, § 50); (H.Ö., B. No: 2017/34332, 12/12/2018, § 41); Korkmaz, s. 147 vd.

C. Adli Kontrol Tedbirleri Nedeniyle Tazminat

Koruma tedbirleri nedeniyle CMK m. 141/1 düzenlemesinde öngörülen tazminat istenebilecek haller sınırlı sayıda olduklarından ve şekli suç hukukunda sınırlı sayıda anılan hallerde kıyas mümkün olmadığından (kıyas yasağı) adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminat uygulamada bazı kararlara konu olduğunun aksine CMK m. 141/1 çerçevesinde istenemez.⁹⁹ Bu durum CMK m. 141/3 düzenlemesi çerçevesinde adli kontrol tedbiri bağlantılı tazminat taleplerine engel teşkil etmez.¹⁰⁰ Nitekim Yargıtay'ın birçok kararında adli kontrol tedbirleri nedeniyle tazminat taleplerinin CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.¹⁰¹ Yargıtay'ın son dönemde vermiş olduğu kararlarda ikili ayırıma gittiği ve ilk başlardaki bu çizgisini halen korumakta olduğu görülmektedir. Karara konu olayda şüpheli hakkında 2 ay 11 gün boyunca her hafta pazar-tesi günü kolluk biriminde imza atması şeklinde adli kontrol tedbirine hükmedilmiş. Akabinde beraat hükmü verilmiştir. Kesinleşme sonrası CMK m. 141 çerçevesinde maddi ve manevi tazminat talep edilmiş. Ancak bu talep "adli kontrol tedbiri uygulamasının CMK'nın 141. maddesinde tazminat sebebi olarak düzenlenmediği ve CMK'nın 141/3. maddesi gereğince de hâkim ve Cumhuriyet savcısının sorumluluğunu gerektirecek bir neden bulunmadığı gerekçesiyle" reddedilmiş ve bu ret kararı Yargıtay'ın ilgili dairesince yerinde bulunmuştur.¹⁰² Burada her ne kadar beraat kararı verilmiş olsa ve başvuru tedbir mesnetsiz kalmış olsa da Yargıtay'ın bu hallere ilişkin görüşüne göre tazminat verilmesini gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Zira CMK m. 141/3 bağlamında bir kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk halleri söz konusu değildir. Aynı yönde bir başka kararında da "amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ve kamusal nitelik taşıyan ceza mahkemesinde, bazı koruyucu tedbirlere başvurulması gerekebilir. Bu tedbirler, muhakemenin yapılabilmesi açısından, delillerin karartılmasını önlemeye yönelik olabileceği gibi şüpheli ya da sanığın hazır bulundurulmasını veya ilerde verilecek hükmün yerine getirilmesini sağlamak

⁹⁹ Aynı yönde Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 448; CANOĞLU, Veysel Candan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara, 2017, s. 197.

¹⁰⁰ Aksi yönde Sümer, s. 1287.

¹⁰¹ Y. 12. CD, 16.02.2015, E. 2014/13444, K. 2015/2705. Kararı daha önce zikreden (Korkmaz, s. 146, dn. 434).

¹⁰² Alıntı ve karar için bkz. Y. 12. CD, 29.11.2021, E. 2020/1747, K. 2021/8300; Aynı yönde Y. 12. CD, 01.03.2021, E. 2019/2337, K. 2021/2077.

amacını da taşıyabilir. Koruma tedbirleri kavramı içinde yakalama, gözaltına alma, tutuklama, arama ve el koyma, adli kontrol, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme ve telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi konuları yer almaktadır. 466 sayılı Kanunda bu koruma tedbirlerinden yakalama, gözaltı ve tutuklama, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141. ve devamı maddelerinde ise yakalama, gözaltı, tutuklama, arama ve el koyma işleminden kaynaklanan maddi ve manevi zararların tazmininin düzenlendiği dikkate alındığında, davacı hakkında uygulanan ve 5271 sayılı CMK'nın 109/3-j. maddesinde düzenlenen konutunu terk etmemek şeklindeki adli kontrol tedbiri nedeniyle tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerektiği ancak davacı hakkında aynı dosyada bir gün gözaltına alınması nedeniyle sadece CMK'nın 141/1-e maddesi gereğince gözaltı nedeniyle maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesini,¹⁰³ bozma sebebi yaparak bu görüşünü devam ettirmiştir.

Yargıtay'ın bu görüşü kendi içinde tutarlıdır. Zira CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirilmediği sürece adli kontrol tedbirinin türüne bakmaksızın tazminat taleplerini reddetmektedir. İkili ayırımın ikinci ayağında ise adli kontrol tedbirleri çerçevesinde talep edilen tazminatların CMK m. 141/3 bağlamında gerekçelendirilebildiği hallerdir. Yargıtay bu hallerde ilgili tazminat talebini yerinde bulmakta ve CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin 22.02.2021 tarih, 2019/13827 Esas, 2021/1802 Karar sayılı 12. Ceza Dairesi ilamında Yargıtay'ın konutunu terk etmeme adli kontrol tedbirinin usulsüz devam ettirilmesini CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirdiği ve tazminata hükmedilmesini yerinde bulduğu görülmektedir.¹⁰⁴ Konudan uzaklaşmadan şu konuya açıklık getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz: İlgili karar mahsup düzenlemesinden önce verilmiş olduğundan (7331 sayılı Kanun ile birlikte 08.07.2021 tarihinde ilk kez konutunu terk etmeme kapsamındaki

¹⁰³ Y. 12. CD, 21.12.2020, E. 2019/1929, K. 2020/7258.

¹⁰⁴ "Buna göre; davacı hakkında uygulanan adli kontrol tedbiri nedeniyle oluştuğu anlaşılan zararın CMK'nın 141/1. maddesi kapsamında açıkça lafi olarak belirtilmediği, ancak 18.06.2014 tarih ve 6546 sayılı Kanunun 70. maddesiyle CMK'nın 141. maddesine eklenen 3. fıkradaki "Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir" şeklindeki düzenleme nazara alındığında, davacı hakkında kaldırılmış olmasına rağmen uygulanmaya devam edilen adli kontrol tedbiri nedeniyle davacı yararına (hak ve nasafet ilkelerine uygun) makul oranda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş (...)." Y. 12. CD, 22.02.2021, E. 2019/13827, K. 2021/1802.

sürelerin mahsup çerçevesinde yarı oranında dikkate alınacağı düzenlenmiş bulunmaktadır) mahsup değerlendirilmesi Yargıtay tarafından yapılmamış ancak tazminata konu olabileceği kabul edilmiştir. Bize göre mahsup infaza ilişkin bir düzenleme olduğundan ve ceza hükmünün tesis edilmesi ve kesinleşmiş olması durumunda mahsubun daha sonra dikkate alınması mümkün olduğundan meşru zeminde kalan konutu terk etmeme sürelerinin öncelikli olarak mahsuba konu olması gerekmektedir. Derdest bir dosyada mahsuba karar mahkemesi yer vermeliyken, kesinleşmiş bir dosyada bu konuda infazdan sorumlu Cumhuriyet savcısının yahut infaz hakimliğinin yetkili olduğunu belirtmek gerekir.¹⁰⁵ Sorun arz eden kısım kişinin hukuka aykırı şekilde konutunu terk edemediği sürelerin mahsup edilip edilemeyeceğidir. Bize göre diğer hürriyeti kısıtlama hallerinde olduğu gibi burada da öncelikle mahsubun yapılması gerektiğini belirtmek gerekir. Bize göre bu halde bir de tazminat yolunun açık olduğu ve hakkaniyete uygun bir tazminatın verilmesi gerektiği söylenmelidir.

Fakat Yargıtay'ın aynı Ceza Dairesinin yakın tarihli bir kararında ise bu ayırma sadık kalmadığı görülmektedir. İlgili kararda Ceza Dairesinin yurt dışına çıkamamak şeklindeki adli kontrol tedbiri çerçevesinde hükmedilen tazminat miktarına (CMK m. 141/3 kapsamında kalmamasına rağmen) itiraz etmediği ancak bu yönde talebin davacı tarafından ileri sürülmemiş olmasına rağmen hükmedilmesini HMK m. 26'da yer verilen talebe bağlılık kuralına aykırı görerek reddettiği görülmektedir.¹⁰⁶

Yargıtay'ın bu ikili ayırımına genel itibariyle sadık kalması yukarıda belirttiğimiz üzere kendi içinde tutarlıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin adli kontrol taleplerine ilişkin bireysel başvuruları CMK m. 141 çerçevesinde iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle reddetmesi ve CMK m. 141/1 ve 141/3 çerçevesi dışında kalan ancak verilen

¹⁰⁵ 5275 s. Kanun'un 20. maddesinin dördüncü fıkrası ile 101. maddesi bu konuda bir yükümlülük yüklemektedir; Aynı yönde Meier, s. 209; "Mahsup normunun muhatabı infazdan sorumlu kimsedir" NK-StGB/Gabriele Kett-Straub StGB § 51 Rn. 2.

¹⁰⁶ "Davacı tarafca dava dilekçesinde adli kontrol tedbiri hakkında tazminat talep edilmemiş olmasına rağmen yurt dışına çıkış yasağı şeklinde uygulan adli kontrol kararı için manevi tazminat hükmedilmesi suretiyle HMK'nın 26. maddesindeki "talepe bağlılık" kuralına aykırı davranılması temyiz edenin sıfatına göre bozma nedeni yapılmamış tebliğnamedeki bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir." Y. 12. CD, 19.04.2021, E. 2020/1873, K. 2021/3650; Burada tazminat talebine ilişkin davanın ağır ceza mahkemesinde açıldığı görülmekte ancak talebe bağlılık kuralı için ise tazminat hukuku ile bağlantılı olarak HMK m. 26'ya atıf yapıldığı görülmektedir.

beraat veya kovuşturmayaya yer olmadığı kararları çerçevesinde mesnetsiz kalan adli kontrol tedbirlerinin doğurmuş olduğu zararların giderilememesi sorunlu bir hal almıştır. Yargıtay'ın bu ayırımı karşısında CMK m. 141/3 kapsamında değerlendirilemeyecek adli kontrol tedbirlerine ilişkin durumlar için ağır ceza mahkemesine tazminat talebiyle gitmenin bir anlamı kalmamış olmaktadır. Bu sebeple ilgili kanun yolunun tüketilmemesi bir engel kabul edilmemelidir. Ancak bize göre bu hallerde CMK m. 141/1 ve 141/3 kapsamında zaten olmayan ancak hakkaniyet ilkesi gereği tazmini istenebilecek olan adli kontrol tedbir uygulamalarında ağır ceza mahkemesi önünde dava açılabilir (özellik arz ettiğinden hukuk mahkemeleri yahut idare mahkemeleri önünde dava açılmaması gerektiği fikrindeyiz).¹⁰⁷ Burada ilgili mahkeme ya CMK m. 141/3 çerçevesinde ve “diğer sorumluluk halleri” altında bu durumları değerlendirecek ve CMK m. 141/3 çerçevesinde hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedecektir ya da HMK çerçevesinde durumu değerlendirip bir tazminata hükmedecektir. Bu son halde ceza mahkemesinin tazminat hukukunu (HMK düzenlemelerini) uygulaması gibi bir garip durum ortaya çıkmış olacaktır. Ancak aynı gariplik hukuk mahkemelerinin koruma tedbirleri bağlamında verecekleri tazminat hükümleri açısından da ortaya çıkacağından bu durumun ceza mahkemeleri uhdesinde kalması daha uygun olacaktır.

D. Adli Kontrol Tedbirleri Nedeniyle Tazminat İsteminde Mercii ve Süreler

CMK m. 141 ila 144. maddeleri kapsamına giren tazminat hallerinde yetkili merci 142. maddeye göre “zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi, o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesi” olacaktır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere bu kapsama girmeyen hallerde tazminat talebinin hangi merci önüne getirileceği açık değildir.

142. maddenin 1. fıkrasına göre “karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve herhâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir”.

¹⁰⁷ Bir görüşe göre CMK m. 141/3 bağlamında açılacak davaların tam yargı davası şeklinde idare mahkemesi önünde açılması gerekmektedir. Aksi fikir için madde gerekçesinde ekleme yapılmalıdır. Katılmadığımız bu görüş için bkz. Sümer, s. 1287.

SONUÇ

Adli kontrol düzenlemesinin ilk halinde yalnızca “özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığında arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek” bağlamında yapılan hürriyet kısıtlamaları mahsuba konu olurken ve 2012 ile 2021 yılları arasında konutunu terk etmemek tedbiri altında geçen süreler (02.07.2012 t. 6352 s. K. m.98) mahsuba konu olamamaktayken, 2021 yılında yapılan değişiklikle birlikte (08.07.2021 t. 7331 s. K. m.15) konutu terk etmeme şeklindeki tedbir altında geçen sürelerin de mahsup edileceği kabul edilmeye başlanmıştır. Bu da adli kontrol tedbiri türlerinin mahsuba konu olanlarının sayısının giderek artacağını göstermektedir. Mahsup bize göre cezada indirim şeklinde vuku bulan tazminat olduğundan, mahsuba konu olan bu durumların doğrudan tazminata da konu olabilmesi gerekmektedir. Mahsuba konu olan bu iki adli kontrol tedbiri türünün CMK m. 141/1 düzenlemesi kapsamında doğrudan değerlendirilemediği açıktır. Kişisel kusurun, haksız fiilin veya diğer sorumluluk hallerinin söz konusu olmadığı hallerde mahsuba konu bu hallerin CMK m. 141/3 çerçevesinde tazminata konu olamayacağı da açıktır. CMK m. 141/3 düzenlemesinde yer verilen “diğer sorumluluk halleri” kavramı muğlak olduğundan bazı durumlarda bu çerçevede tazmin mümkün hale gelebilecektir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere adli kontrol tedbirleri (CMK m. 109/3-e ve j bentleri) nedeniyle tazmin gerektiren hususların mutlaka CMK m. 141/3 kapsamında kalması gerektiği gibi muğlak olan “veya diğer sorumluluk halleri” içinde değerlendirilmeleri de mümkün olmayabilecektir. O halde hem mahsuba konu olabilen adli kontrol koruma tedbirler çerçevesindeki müdahale hallerinin bir kısmında hem de düzenleme yokluğu dolayısıyla (ve CMK m. 109/6 düzenlemesindeki yasak dolayısıyla) mahsuba konu olamayan adli kontrol tedbirleri çerçevesindeki müdahalelerde tazmin sorunu CMK m. 141 düzenlemesi ile çözümlenememektedir. Bu sebeple ilgili konuların 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na alınması ve uygun düştüğü ölçüde mahsup veya tazmin edilmesi şarttır. Kanun düzenlemesince açıkça yer verilmediği sürece ve CMK m. 109/6’daki yasak olduğu sürece diğer adli kontrol tedbirleri çerçevesinde geçirilen sürelerin makul oranda mahsuba konu olması mümkün değildir. Ancak bu durum tazminata konu olmalarına engel değildir. Zira bu sınırlama mahsup konusuna ilişkindir. CMK m. 141 kapsamında kalmayan temel hak ve hürriyetlere sebepsiz (mesnetsiz) müdahalelerin hukukun genel ilkeleri

çerçevesinde tazmin edilebilmesinin yolu görünüşte açık olsa da bu sahanın da ehemmiyeti gereği açıkça düzenlenmesi ve ceza mahkemelerinin muhakeme sahasının içine alınması gerekmektedir.

Diğer adli kontrol koruma tedbirlerine gelince; nasıl ki tedavi ve muayene tedbiri ve konutu terk etmeme tedbiri hürriyetin kısıtlanması açısından hapis cezasının infazıyla karşılaştırılmakta ve fiili ve hukuki benzerlikleri dolayısıyla mahsuba ve veya tazminata konu olabilmekte, diğer koruma tedbirlerinin de özellikle seyahat hürriyetini kısıtlayan tedbirlerde bu benzerlik dikkate alınmalı ve mahsuba ve veya tazminata konu edilmelidirler. Mevzu hukukumuz buna imkân vermediğinden kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. Bu mahsup veya tazminatın hakkaniyete uygun olması gerekmele birlikte hapis cezasının infazıyla eşdeğer tutulması şart değildir.

Son olarak koruma tedbirleri ile ilgili tazminat durumlarının tümüyle CMK m. 141 ve devamı maddelerince kapsama alınabilecek hale getirilmesi ve bu konuda yetkili mahkemenin ceza mahkemeleri olması için düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKLAR

- ALDEMİR, Hüsnü, *Hürriyeti Kısıtlayan Koruma Tedbirleri*, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.
- CANOĞLU, Veysel Candan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*, Seçkin, Ankara, 2017.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- DREHER, Eduard, "Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB", in MDR 1970, s. 965-971.
- HACIOĞLU, B. Caner, "5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Koruma Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme", AÜEHFD, C. 9, S. 1-2, Y. 2005, s. 167-192.
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.
- HENTSCHEL, Ve, *Untersuchungshaft – eine bedingte Strafe?*, Diss. Jura – FU, Berlin 2011 (https://refubium.fu-berlin.de/bitstream/handle/fub188/10690/Dissertation_2012_06_03.pdf;jsessionid=32CB34648388312F1EEBC4A9D3ECC6AA?sequence=1 28.03.2022).
- KAYA GÖÇMEN, Özen, "Adli Kontrol Koruma Tedbirlerinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi", AÜEHFD, 65 (4) 2016, s. 1749-1814.
- KETT-STRAUB, Gabriele, § 51 StGB, (Hrsg.) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017.
- KINDHÄUSER, Urs / SCHUMANN, H. Kay, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2019.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- KORKMAZ, Muzaffer, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin, Ankara, 2019.
- KREY, Volker / HEINRICH, Manfred, *Deutsches Strafrechtsverfahrensrecht*, 2. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2019.

- KUNTER, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1986.
- MAIER, Stefan, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrsg. von Volker Erb, Jürgen Schäfer, Band 2, 4. Auflage, § 46, Verlag C.H. Beck, München 2020.
- MEIER, Bernd-Dieter, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg 2006.
- MICHELS, Johan David, "Compensating Acquitted Defendants for Detention before International Criminal Courts", *Journal of International Criminal Justice*, 2010/8, s. 407-424.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 447.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri / EKER KAZANCI, Behiye / SOYER GÜLEÇ, Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 4. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VİLLEMİN, Derya / TOK, M. Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, M. Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALTINOK ÇALIŞKAN, Elif / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / GÜZEL, İdris / KÖKER, Nilüfer / ALTINOK VİLLEMİN, Derya / TOK, M. Can, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- ROXİN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I., Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2006.
- SCHMIDT, Rolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 21. Aufl., Rolf Schmidt Yayınevi, Hamburg, 2015.
- SCHULTHEIS, Ullrich, "Übersicht über die Rechtsprechung in Untersuchungssachen", *NStZ* 2013, s. 87-97.

- SINAR, Hasan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, Onikilevha, İstanbul, 2016.
- SÜMER, Seda Yağmur, “Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 16.02.2015 Tarih, 2014/13444 E. 2015/2705 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi – Karar İncelemesi”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 1267-1291.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- THEUNE, Werner, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 12. Auflage, Zweiter Band (§§ 32 bis 52), (Bearbeiter von § 51 StGB), De Gruyter Recht, Berlin, 2006.
- TÖNGÜR, Ali Rıza / ÇETİNTÜRK, Ekrem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2020.
- UMUDUM, C. Erdem, *Denetimli Serbestlik Bağlamında Elektronik İzleme*, Onikilevha, İstanbul, 2021.
- UNGAN, Abdulkadir, *Haksız Fiil Tazminatı ile Koruma Tedbirlerine Aykırılıktan Doğan Tazminat*, Seçkin, Ankara, 2017.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.
- WÜRTEMBERGER, Thomas, “Die Anrechnung der Untersuchungshaft”, *Juristen Zeitung*, 7. Jahrgang, Nr. 18, 1952, s. 545-549.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2021.
- YÜCE, Turhan Tufan, “Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 1, S. 1, Y. 1980, s. 67-96.



ULUSLARARASI ADALET DİVANİ DANIŞMA GÖRÜŞLERİNDE YETKİ VE DEVLETİN SORUMLULUĞU TARTIŞMASI

Dr. Öğretim Üyesi Ali Osman KARAOĞLU*

Öz

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) 2019 tarihli Chagos danışma görüşünde doğrudan devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin tespitlerde bulunması danışma görüşüne ilişkin yargı yetkisinin sınırlarını yeniden tartışmaya açmıştır. Nitekim Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) tarafından reddedilen Doğu Karelia danışma görüşü talebinden bu yana danışma görüşlerinin çekişmeli yargı için aranan “rıza”yı dolanmak amacıyla kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Öte yandan Divan, danışma görüşlerinde, geçmişten bugüne artan bir şekilde, iki devlet arasındaki uyuşmazlıkların BM organları ve diğer devletlere siyaset eden boyutlarına değinerek devletlerin ve BM’nin uluslararası sorumluluğuna daha fazla değinmektedir. Uluslararası sorumluluk tespiti ise sorumluluğa ilişkin hukuki sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışma UAD’nin danışma görüşlerinde giderek artan sorumluluk hukuku tespitlerini ve bu çerçevede gündeme gelen yetki tartışmalarını analiz etmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

• Uluslararası Hukuk • Uluslararası Adalet Divanı • Birleşmiş Milletler • Danışma Görüşü Verme Yetkisi • Uluslararası Sorumluluk

* Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye | Asst. Prof., Yalova University Faculty of Law, Public International Law Department, Yalova, Türkiye.

✉ ali.karaoglu@yalova.edu.tr • ORCID 0000-0003-2979-7001

- ✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KARAOĞLU Ali Osman, “Uluslararası Adalet Divanı Danışma Görüşlerinde Yetki ve Devletin Sorumluluğu Tartışması”, SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 1409-1441.
- ✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



THE CONTROVERSY ON JURISDICTION AND STATE RESPONSIBILITY IN THE ADVISORY OPINIONS OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Abstract

The International Court of Justice's (ICJ) Chagos advisory opinion of 2019, which directly engages the international responsibility of states, has reopened the discussion on limits of the advisory jurisdiction. As a matter of fact, since Eastern Carelia advisory opinion was rejected by the Permanent Court of International Justice (PCIJ), it has been argued that the advisory opinions should not be used to circumvent the "consent" principle necessary for the contentious jurisdiction. Furthermore, the Court, in advisory opinions, increasingly focuses on the international responsibility of the states and the UN organs, emphasizing the repercussions of the disputes between two states on UN bodies and other states. Determination of international responsibility triggers to deal with its legal consequences as well. This study aims to analyze the increasing focus of law on international responsibility in the advisory opinions of the ICJ and the controversy on advisory jurisdiction raised thereto.

Key Words

• International Law • International Court of Justice • United Nations • Advisory Jurisdiction • International Responsibility

GİRİŞ

Devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl yoldan çözülmesine hizmet eden en önemli mahkeme ve Birleşmiş Milletler'in (BM) ana organlarından biri olan Uluslararası Adalet Divanı (UAD) uluslararası hukuka iki yönden katkıda bulunmaktadır. Birincisi devletler arasında yaşanan çekişmeli uyuşmazlıkları çözmek (contentious cases), ikincisi ise BM organları ve uzmanlık kuruluşlarının talebiyle¹ danışma görüşü (advisory opinion) vermek.² Her iki durumda da UAD hem uluslararası

¹ Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD) sisteminde ise danışma görüşü talep etme yetkisi sadece Milletler Cemiyeti Konseyi ve Milletler Cemiyeti Genel Kurulu'na verilmişti. Covenant of the League of Nations, 28 April 1919, 108 LNTS 188, art. 14.

² BM Andlaşması'nın 96. Maddesinde göre Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi esas yetkili olup herhangi bir hukuki meselede danışma görüşü talep edebilir. Diğer BM organları (UN Organs) ve uzmanlık kuruluşları (Specialized Agencies) ise Genel Kurul tarafından yetkilendirilebilecektir. Charter of the United Nations (adopted on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945) 1 UNTS 16, art. 96. Bugüne kadar yetkilendirilmiş BM organları ve uzmanlık kuruluşları şunlardır:

hukukun gelişimine büyük katkılar sunmakta hem de yeni uluslararası hukuk problemleri hakkında önemli tespitlerde bulunmaktadır.³ Ancak UAD'nin uluslararası hukuka yaptığı katkılar aynı zamanda çeşitli tartışmalara da neden olmuştur. Bu anlamda UAD'nin yetkisinin sınırları, danışma görüşlerinin etkisi, uluslararası hukuka ilişkin yaptığı tespitlerin hukuki değeri gibi birtakım tartışmalar UAD'nin kurulduğu günden beri var olagelmıştır.⁴

UAD'nin danışma görüşleri temel olarak bağlayıcı karar mekanizmasından farklı işlemektedir. Bu anlamda danışma görüşlerinin tavsiye niteliğinde olduğu bilinmekte ise de içerik olarak Divan'ın ortaya koyduğu görüşlerden hangi hukuki sonuçların doğacağıının da tespit edilmesi önem arz etmektedir. Nitekim *BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini, Namibya, Duvar* ve en önemlisi *Chagos* danışma görüşleri devletlerin sorumluluğuna ilişkin tespitler arz etmekte ve ilgili devletler bağlayıcı bir uyuşmazlık çözüm yolunu da kabul etmediğinden danışma görüşlerinde ortaya konan tespitlerin uluslararası toplum açısından önemi artmaktadır. Bu açıdan bakıldığında danışma görüşü çerçevesinde devletin sorumluluğunun tespiti halinde bazı sorular gündeme gelmektedir: 1) uluslararası hukuka aykırı eylemin UAD tarafından tespit edilmesi ve

UN Organs: General Assembly, Security Council, Economic and Social Council, Trusteeship Council, Interim Committee of the General Assembly.

Specialized Agencies: International Labour Organization (ILO), Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), World Health Organization (WHO), International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), International Finance Corporation (IFC), International Development Association (IDA), International Monetary Fund (IMF), International Civil Aviation Organization (ICAO), International Telecommunication Union (ITU), International Fund for Agricultural Development (IFAD), World Meteorological Organization (WMO), International Maritime Organization (IMO), World Intellectual Property Organization (WIPO), United Nations Industrial Development Organization (UNIDO).

Related Organization(s): International Atomic Energy Agency (IAEA). Bakınız: Organs and agencies authorized to request advisory opinions, ICJ Website, <https://www.icj-cij.org/en/organs-agencies-authorized> (erişim tarihi 02.03.2022).

³ SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice*, (Chapter VI, Resolutions and Political Texts), RCADI, Vol.178, 1982, p. 117.

⁴ BERMAN, Franklin, *The International Court of Justice as an 'Agent' of Legal Development?*, in TAMS, Christian J. & SLOAN, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013, pp.7-20.

devletin yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varılması halinde diğer devletlerin hukuka aykırı durumu “tanımama” (non-recognition) yükümlülüğü de doğacak mıdır? 2) İhlal edilen uluslararası hukuk kuralının self determinasyon gibi uluslararası toplum açısından çok önemli bir hak olması halinde diğer devletlerin ihlali sonlandırma yükümlülüğü doğar mı, diğer devletler bu ihlali sonlandırmak için ne gibi önlemler alabilir?⁵ Bu çalışma UAD’nin danışma görüşlerinden, her ne kadar tavsiye niteliğinde olsa da, devletin sorumluluğuna ilişkin bazı neticelerin çıkarılabileceğini iddia etmektedir. Bu amaçla çalışma öncelikle UAD danışma görüşlerinde yetkiye ilişkin tartışmaları ve danışma görüşlerinden uluslararası hukukta nasıl istifade edilebileceğini geçmiş örnekler ışığında inceleyecek, daha sonra ise danışma görüşlerinde geçen devletin sorumluluğuna ilişkin tespitlerin dolaylı yoldan sorumluluk hukuku çerçevesinde işletilip işletilemeyeceğini tartışacaktır.

I. DANIŞMA GÖRÜŞLERİNDE YETKİ PROBLEMİ: TAVSİYE VE UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE MÜDAHALE ÇATIŞMASI

UAD’nin devletlerin sorumluluğuna ilişkin tespit yapması Divan’ın yetkisinin sınırlarını yeniden tartışmaya açmıştır. UAD’nin talep üzere danışma görüşü verebilme yetkisi esasen UAD’nin selevi olan Uluslararası Sürekli Adalet Divanı’na da (USAD) tanınmıştı.⁶ İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra kurulan BM bünyesinde USAD’a benzer bir yapı olan UAD kurulmuş ancak bu defa örgütün ana organlarından biri olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda UAD BM’nin ana organlarından biri olduğundan esas itibarıyla danışma görüşü isteme yetkisi de BM organları ve BM uzmanlık kuruluşlarına tanınmıştı. Bu yolla BM organları ve uzmanlık

⁵ TALMON, Stefan, ‘The Duty Not to ‘Recognize as Lawful’ a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?’ in TOMUSCHAT, Christian & THOUVENIN, Jean-Marc (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens And Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.99.

⁶ Milletler Cemiyeti Misakı’nın 14. maddesi şu hükmü haizdi: “Konsey, bir Uluslararası Sürekli Adalet Divanı tasarısı hazırlamakla ve bu tasarımı Cemiyet Üyelerine sunmakla görevlendirilmiştir. Bu Divan, Tarafların kendisine sunacakları uluslararası nitelikte her türlü anlaşmazlıklara bakacaktır. Divan, Konseyin ya da Genel Kurulun kendisine göndereceği her türlü anlaşmazlık ya da sorun üzerinde danışma görüşleri [istişari mütalaalar] de verecektir”. *Covenant of the League of Nations*, 28 April 1919, 108 LNTS 188, art. 14. Çeviri: DENK, Erdem, Bakınız: <http://www.erdemdenk.com/mcmisaki.doc> (erişim tarihi 25.02.2022).

kuruluşları arasında bir ahenk oluşturulmuştu.⁷ Bu durum Divan'ın bağımsız bir uluslararası hukuk mahkemesi olması ile BM organı olması arasındaki dengeyi de tartışmaya açmıştır.⁸ Ancak, kanaatimizce, her ne kadar UAD danışma görüşleri tavsiye niteliğinde ise de danışma görüşlerinin içerdiği tespitler devletlerin uluslararası hukuk yükümlülükleri için büyük önem arz etmektedir. Öte yandan UAD'nin danışma görüşü verme işlevi beklenenin aksine BM organlarınca çok az kullanılmaktadır.⁹ Oysa UAD'nin danışma görüşü devletler arasındaki uluslararası hukuk tartışmasına netlik kazandırmak açısından son derece faydalı olabilir. Her ne kadar UAD'nin çekişmeli dava (contentious cases) için yargı yetkisini kabul etmeyen devletlerin danışma görüşlerinde tespit edilen yükümlülüklerinden de kaçınacağı kuvvetle muhtemel ise de UAD'nin tespiti diğer devletler açısından gerekli tedbirlerin alınması ve yaptırımların uygulanması için gerekli hukuki zemini sunabilir. Ayrıca UAD andlaşmaların yorumundan self determinasyon hakkına, uluslararası örgütlerin kişiliğinden dekolonizasyona kadar birçok hususu danışma görüşleri yoluyla açıklığa kavuşturmuştur. Bu nedenle esasen danışma görüşlerinin tarih içerisindeki rolü ve uluslararası hukukun gelişimine olan katkısı beklenenden çok daha büyük olmuştur.

UAD danışma görüşleri uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesinde etkili bir araç olarak da kullanılabilir.¹⁰ Örneğin, koruma sorumluluğu doktrinine göre uluslararası toplum (başta Güvenlik Konseyi) ağır insan hakları ihlallerini ve insani krizi önleme sorumluluğu (responsibility to prevent) altındadır. Bu anlamda devletler arasındaki ancak uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren bir uyuşmazlık hakkında UAD'den danışma görüşü talep edilebilir ve verdiği görüş çerçevesinde uyuşmazlığı barışçıl yollardan çözmek için diplomatik girişimlerde bulunabilir. Bu anlamda uluslararası uyuşmazlık çözümünü sadece UAD veya başkaca bir uluslararası mahkemenin bağlayıcı kararlarına indirgememek gerekir.

⁷ BM Andlaşması'nın 92. Maddesine göre Divan BM'nin asli organlarından biridir ve Divan'ın kurucu statüsü BM Andlaşmasının ayrılmaz bir parçasıdır.

⁸ PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 29.

⁹ SCHWEBEL, Stephen M., *Widening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice without Amending Its Statute*, *Catholic University Law Review*, Vol.33, Issue 2, 1984, p.358.

¹⁰ BEDJAOUI, Mohammed, *The Contribution of the International Court of Justice Towards Keeping and Restoring Peace*, in *Conflict Resolution: New Approaches and Methods*, UNESCO Publishing, 2000, p. 13.

UAD'nin danışma görüşleri yol gösterici nitelikte olabilir ve uyuşmazlığın çözümü başka bir mecrada gerçekleşebilir.¹¹ Kanaatimizce danışma görüşü çerçevesinde de olsa UAD tarafından mevcut uluslararası hukuk sorununun tespit edilmiş olması devletler arasındaki müzakerelerin daha az tartışmalı geçmesine katkıda bulunabilecektir.

UAD danışma görüşlerinin yol gösterici işlevini yerine getirirken devletlerarası uyuşmazlıklara müdahil olduğu iddia edilmiştir. Bu anlamda danışma görüşleri hakkında önemli tartışmalardan bir tanesi de iki devlet arasında var olan bir uyuşmazlığa ilişkin danışma görüşü verilip verilemeyeceği sorununa ilişkindir.¹² Nitekim UAD statüsünün 36. maddesine göre UAD devletler arasındaki bir çekişmeli uyuşmazlığı ancak ilgili devletler UAD'nin yetkisine rıza gösterirse ele alabilir.¹³ Aksi halde yetkisizlik kararı vermek zorundadır.¹⁴ Danışma görüşlerinin "ihtiyarilik" prensibini dolanacağını düşünen devletler buna itiraz etmişlerdir. Nitekim 2017 yılında BM Genel Kurulu Chagos takımadalarının Mauritius'tan ayrılmasının hukuki sonuçlarına ilişkin UAD'den bir danışma görüşü talep etmiş¹⁵ ancak Birleşik Krallık konunun iki devlet arasında uyuşmazlık konusu olduğunu ve danışma görüşünün yetkiye rıza ilkesini dolanacağını iddia etmiştir. Birleşik Krallık tarafından ileri sürülen gerekçe uluslararası hukuk literatüründe *Doğu Carelia İlkesi* (Eastern Carelia Principle) olarak bilinmektedir. Rusya ve Finlandiya arasında yer alan Doğu Karelia bölgesinin yönetimi iki devlet arasında uyuşmazlık konusu olmuştur. Uyuşmazlık çıktığında Rusya ne Milletler Cemiyeti üyesiydi ne de USAD statüsüne taraftı. Bu nedenle Finlandiya Milletler Cemiyeti Konseyi'nin USAD'dan danışma görüşü talep etmesini istemiştir.

¹¹ AUST, Anthony, *Advisory Opinions*, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, Issue 1, 2010, p.123.

¹² BERNABEL, Giulia, *The Law-Making Effect of ICJ Advisory Opinions A Survey of the Chagos Opinion*, in TELES, Patrícia Galvão & RIBEIRO, Manuel Almeida (eds.), *Case-Law and the Development of International Law: Contributions by International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff, 2021, p.127 vd.

¹³ Statute of the International Court of Justice, 24 October 1945, 33 UNTS 993, art.36. UAD'nin yetkisi 4 şekilde mümkün olabilir: Özel bir tahkimname, andlaşmalara konan bir tahkim kaydı, tek taraflı bildirim ve forum prorogatum.

¹⁴ Ancak UAD kendi yetkisinin var olup olmadığını kendisi belirler (*competence de la competence*).

¹⁵ Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, UNGA Res 71/292 (22 June 2017) UN Doc A/RES/71/292.

Milletler Cemiyeti Konseyi USAD'dan danışma görüşü talep etmiş ancak USAD Rusya'nın Konsey'in böyle bir danışma görüşü talep etmesine rızasının olmadığını belirterek yetkisizlik kararı vermiştir. Divan'a göre Milletler Cemiyeti Misakı'nın 17. Maddesi Konsey'in üye olmayan bir devlet hakkında karar verebilmesinin ilgili devletin rızasını gerektirdiğini düzenlemektedir. Divan bu anlamda Rusya'nın rızasının olmadığını ve danışma görüşü veremeyeceğine hükmetmiştir. Zira her ne kadar Divan'ın vereceği karar danışma görüşü ise de somut durumda taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında karar vermiş gibi olacaktır.¹⁶

Chagos danışma görüşünde ise UAD, Doğu Karelia prensibini zikretmemiş ancak Birleşik Krallık'ın bu yöndeki iddiasına da cevap vermiştir.¹⁷ Buna göre; Divan, Genel Kurul tarafından kendisine yöneltilen soruların Mauritius'un dekolonizasyonu ile ilgili olduğunu vurgulamıştır. Genel Kurul, iki Devlet arasındaki ülke uyuşmazlığını çözmek için Divan'ın görüşünü talep etmemiştir. Talebin amacı Genel Kurul'un Mauritius'un dekolonizasyonu ile ilgili görevlerini yerine getirmesine rehberlik edebilecek şekilde Divan'ın yardımını almaktır. Ayrıca Divan, danışma görüşleri söz konusu olduğunda hukuki meselelere ilişkin görüş farklılıkları olabileceğini yadsımamaktadır. Ancak Divan'ın, Mauritius ve Birleşik Krallık tarafından karşıt görüşlerin ifade edildiği hukuki meseleler hakkında karar vermek zorunda kalması, iki taraflı bir ihtilafı ele aldığı anlamına gelmemektedir. Bu anlamda Divan, talep edilen görüşün verilmesinin, bir Devletin başka bir Devletle olan uyuşmazlığının görülmesi için tarafların rızasının alınması ilkesini ortadan kaldırmayacağı kanaatinde-dir.¹⁸

Öte yandan Doğu Karelia uyuşmazlığında esas sorun Rusya'nın Milletler Cemiyeti üyesi olmamasıydı. Bu anlamda USAD, Rusya'nın üyesi olmadığı bir kuruluş tarafından kendisinin taraf olduğu bir uyuşmazlığı çözmesi için girişimde bulunmasına yetki vermediği kanaatine varmıştır. Oysa Birleşik Krallık için aynı durum söz konusu değildir. Hem BM Andlaşmasına taraf hem de BM Andlaşmasının ayrılmaz bir

¹⁶ The Status of Eastern Carelia, advisory opinion, PCIJ Series B, No. 5, para.27-28-29.

¹⁷ PUMA, Giuseppe, Preliminary Questions in the ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, ZaöRV, Vol.79, 2019, pp.865-877.

¹⁸ Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, ICJ GL No 169, ICGJ 534 (ICJ 2019), 25th February 2019, para.83-91.

parçası olan UAD Statüsüne taraftır. BM Andlaşmasına ve UAD statüsüne taraf olmak her ne kadar doğrudan çekişmeli uyuşmazlıklara yetki verildiği anlamına gelmemekte ise de Danışma görüşleri bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Devletler BM Andlaşması ve UAD Statüsünü kabul ederek UAD'nin danışma görüşü verebilmesine de peşinen rıza göstermiştir. Lauterpacht'ın da vurguladığı gibi Devletleri rıza gösterdikleri kuruluşların prosedürlerinden korumak söz konusu olamaz.¹⁹ Üstelik *Chagos* danışma görüşüne konu olayın mutlak olarak iki tarafı ilgilendiren bir uyuşmazlık olduğunu söylemek de günümüz uluslararası hukuk anlayışı çerçevesinde mümkün değildir. Zira dekolonizasyon süreci ile bağlantılı olarak self determinasyon hakkı artık uluslararası toplumu ilgilendiren *erga omnes* nitelikte bir haktır. Nitekim UAD de *Doğu Timor* davasında self determinasyon hakkının *erga omnes* niteliğini vurgulamıştır.²⁰ Dekolonizasyon sürecine ilişkin uyuşmazlıklar aynı zamanda Genel Kurul'un yetkisi dahilinde olup²¹ Genel Kurul'un bu hususta danışma görüşü talep etmesi doğal kabul edilmelidir.

Barış Andlaşmaları danışma görüşünde UAD 1947 tarihinde Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile yapılan barış andlaşmalarını incelemiştir. Üç devlet Divan'ın temel hak ve özgürlükler konusunu ele alamayacağını, bu hususların münhasır iç hukuk meseleleri olduğunu ve dolayısıyla danışma görüşü vermenin uygun olmadığını iddia etmiştir. Divan önündeki danışma görüşü talebi, 1947 tarihli Barış Antlaşmalarını imzalayan Devletler (bir yanda Bulgaristan, Macaristan, Romanya ve diğer yanda Müttefik Devletler) arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak benimsenecek usulle ilgilidir. Divan bu anlamda uygulanacak usule ilişkin her üç devletle yapılan andlaşmaların ilgili maddelerinin yorumlanmasının iç hukuk meselesi değil uluslararası hukuk meselesi olduğunu ve dolayısıyla Divan'ın yetkisi dahilinde olduğunu vurgulamıştır.²²

¹⁹ LAUTERPACHT, Hersch, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens & Sons Ltd., 1958, pp. 355-358.

²⁰ *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, 30 June 1995, I.C.J. 90, 102, para. 29.

²¹ Nitekim 1960 tarihli ve 1514 sayılı Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri [UNGA Res. 1514 (XV) (14 December 1960)] de bir Genel Kurul kararı çerçevesinde ortaya çıkmıştır.

²² *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania; First Phase, Advisory Opinion*, International Court of Justice (ICJ), I.C.J. Reports 1950, 30 March 1950, para.70-71.

Benzer şekilde *Soykırım Sözleşmesine Konan Çekinceler* davasında Filipinler, konunun Filipinler ile Avustralya arasında uyuşmazlık konusu olduğunu ve bu nedenle danışma görüşü talep edilemeyeceğini iddia etmiştir. Divan ise Genel Kurul'un Soykırım Sözleşmesinin tüm süreçlerinde etkin rol oynadığını ve bu anlamda çekincelerin etkisine ilişkin danışma görüşü talep etmeye yetkili olduğunu vurgulamıştır.²³ 2004 tarihli *Duvar* danışma görüşünde ise İsrail, Filistin ile arasında birçok hususu kapsayan uyuşmazlığın kendi rızası alınmadan danışma görüşüne konu edilemeyeceğini, konu hakkında İsrail ile Filistin'in farklı görüşlere sahip olduğunu, İsrail'in bu anlamda konuyu herhangi bir uluslararası merciye taşımadığını iddia etmiştir.²⁴ Divan ise danışma görüşlerinin neredeyse tamamında genel olarak iki farklı görüşün olabileceğini ancak bu hususun danışma görüşü verme yetkisini ortadan kaldırmadığını vurgulamıştır. Ayrıca Divan'a göre Genel Kurul'un da dünya barış ve güvenliğini korumayı amaçlayan yetkileri söz konusudur. Bu anlamda *Duvar* meselesinin sadece iki tarafı değil ayrıca BM'yi de ilgilendirdiğini unutmamak gerekir.²⁵

Öte yandan UAD'nin danışma görüşü verebilme fonksiyonunu düzenleyen BM Andlaşmasınının 96. maddesi ile UAD Statüsü'nin 65. maddesi devletlerin rızasının alınması gerektiğinden bahsetmemiştir. Bu durumun da *Doğu Karelia* danışma görüşünde USAD'ın tereddütte kaldığı durumun UAD'nin devletlerin rızasından bağımsız olarak hareket etmesini sağladığı şeklinde yorumlanmıştır.²⁶ Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi devletler BM Andlaşması ve UAD Statüsüne taraf olarak rızalarını önceden beyan etmişlerdir. Esasen böyle bir durum söz konusu olmasaydı dahi kanaatimizce BM Andlaşması 96. madde ile UAD Statüsü 65. maddede devletlerin rızasının alınması gerektiği düzenlenmediğinden yine aynı sonucun ortaya çıkması gerekirdi.

UAD danışma görüşlerini verirken yetki konusunu talepten bağımsız olarak kendisi ele almakta belirlemektedir. Bu anlamda danışma

²³ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, [1951] ICJ Rep 15, 28th May 1951, pp-19-20.

²⁴ TASHJIAN, Joel S., Contentious Matters and the Advisory Power: The ICJ and Israel's Wall, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1, 2005, p.428.

²⁵ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 19 July 2004 I.C.J. 136, 171, para. 46-50.

²⁶ ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, The Hague; London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 989.

görüşleri özelinde kişi bakımından yetki (*ratione personae*) ve konu bakımından yetki (*ratione materiae*) gündeme gelmektedir. Zira kişi bakımından sadece BM organları²⁷ ve uzmanlık kuruluşları danışma görüşü talep edebilmekte ve ayrıca danışma görüşünün konu bakımından “hukuki bir soruya” ilişkin olması ve talep eden organın veya kuruluşun danışma görüşü istemeye faaliyetleri bakımından uygun olması gerekir. Nitekim *Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi'nin 273 Sayılı Kararının İncelenmesi İçin Başvuru* kararında Divan, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul dışında danışma görüşü talep eden kuruluşların ancak faaliyet alanları çerçevesinde Divan'a bir soru yöneltebileceğini vurgulamıştır.²⁸ Benzer şekilde UAD *Nükleer Silâhların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğuna Dair Danışma Görüşü*'nde Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul'un herhangi bir hukuki sorun hakkında danışma görüşü talep edebileceğinin altını çizmiştir.²⁹ Nitekim UAD 1993 yılında Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ) talep ettiği danışma görüşünü vermeyi reddetmiş ve DSÖ'nün yetkisini aşarak (*ultra vires*) nükleer silahların hukukiliğine ilişkin bir danışma görüşü talep edemeyeceğini, nükleer silahların sağlığa olan etkileri ile hukukiliğinin farklı konular olduğunu ve hukukiliğe ilişkin bir sorunun DSÖ'nün faaliyet alanına girmediğini belirtmiştir.³⁰ Bu anlamda bu defa Genel Kurul nükleer silahların kullanımının veya tehdidinin hukuka uygunluğuna ilişkin Divan'a soru yönelmiş ve Divan 1996 tarihli danışma görüşünü vermiştir. Belirtmek gerekir ki tüm şartların sağlanmasına rağmen UAD

²⁷ Belirtmek gerekir ki BM organları içerisinde sadece Sekreterlik'e danışma görüşü talep etme yetkisi verilmemiştir. Bu anlamda birtakım yazarlar Sekreterlik'e yetki verilmesi halinde, faaliyet alanı düşünüldüğünde, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi ile yarışabileceğini düşünmektedir. BEDJAOUİ, Mohammed, *The New World Order and the Security Council: Testing the Legality of Its Acts*, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 78. Diğer birtakım yazarlar ise Sekreterlik'in yetkisini geniş bir şekilde kullanacağını ispat edilmemiş bir iddiadan ibaret olduğunu ileri sürmektedir. SCHWEBEL, Stephen, *Authorizing the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions of the International Court of Justice*, *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, p. 876-878.

²⁸ *Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal*, *Advisory Opinion*, 20 July 1982, I.C.J. Rep. 325, para.21.

²⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, *Advisory Opinion*, ICJ GL No 95, [1996] ICJ Rep 226, 8th July 1996, para.11.

³⁰ AKANDE, Dapo, *The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice*, *European Journal of International Law*, Vol 9, 1998, p.439.

yine de danışma görüşü vermek zorunda değildir.³¹ Nitekim UAD statüsü 65. madde de İngilizce metninde *shall* yerine *may* ibaresini kullanarak nihai kararı UAD'ye bırakmıştır. Bu anlamda Divan'ın *Batı Sahra* danışma görüşünde de vurguladığı üzere Divan isterse danışma görüşü vermekten kaçınabilir.³²

Öte yandan Divan'ın danışma görüşleri ancak hukuki bir soru veya soruna ilişkin ise verilebilir. Tamamen siyasi bir konuda Divan danışma görüşü verme yetkisine sahip değildir.³³ Ancak uluslararası hukukun mutlak olarak politikadan arındırılmayacağı gerçeğini Divan da tespit etmiş ve politik öğeler içerse dahi temel olarak hukuki bir karaktere sahip ve hukuki argümantasyon kullanılarak şekillendirilmiş soruları cevaplamaktan kaçınmamıştır. Divan *Duvar* danışma görüşünde, başvurunun dilinde ve tavsifinde bir belirsizliğin olması durumunda bunun Divan tarafından düzeltileceğini ve sırf bu nedenden dolayı danışma görüşü vermekten kaçınmayacağını belirtmiştir.³⁴ Bu anlamda Divan önüne gelen sorunun hukuki olarak ifade edilmese dahi hukuki bir sorun içerdiğini tespit ederse danışma görüşü vermekten kaçınmaz. Belirsizliği kendisi giderir.³⁵ Öte yandan Divan'a yöneltilen soru olgusal (factual) durumların tespitini de içerebilir. Bu açıdan Divan *Namibya* danışma görüşünde hukuki sorunların olgusal hususları içerebileceğini ve bu durumun Divan'ın danışma görüşü verme yetkisini ortadan kaldırmayacağını vurgulamıştır.³⁶ Nitekim Divan'ın, şimdiye kadar, olgusal olduğu gerekçesiyle geri çevirdiği bir danışma görüşü talebi söz konusu değildir.

II. DANIŞMA GÖRÜŞLERİ VE YARGISAL DENETİM

³¹ BOWETT, Derek W., *The Court's Role in Relation to International Organizations*, in LOWE, Vaughan & FITZMAURICE, Malgosia (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Grotius Publications, 1996, p. 186.

³² *Western Sahara*, 1975 I.C.J. 4, at 41, Advisory Opinion of 16 October 1975, para. 21.

³³ POMERANCE, Michla, *The ICJ's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial*, *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, pp.34-40.

³⁴ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 19 July 2004 I.C.J. 136, 171, para. 38.

³⁵ *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal Case*, ICJ Rep., 1982, para. 46.

³⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, 21 June 1971 I.C.J. 16, 55, para. 40.

UAD tarafından bir örgütün kararının hukukiliği hakkında verilen danışma görüşlerinin uygulamada yargısal denetim (judicial review) görevi göreceğine ilişkin bir tartışma vardır.³⁷ Zira Divan'ın bir örgüt kararını hukuka aykırı sayması onu iptal etmesi (annulment) gibi bir netice doğuracaktır ki tavsiye niteliğinde olan danışma görüşleri açısından böyle bir fonksiyonun mevcut olmadığı aşıkardır. Nitekim böyle bir netice danışma görüşü talep eden örgütün de istemeyeceği bir durumdur. Ancak böyle bir riskin varlığı ile birlikte üzerinde hukuki tartışma olan örgüt kararları hususunda net bir neticenin ortaya çıkması bakımından danışma görüşleri önemli bir rol üstlenmektedir. Esasen bir BM organı olan Divan'ın kendisine başvuran BM organları ve uzmanlık kuruluşlarının ahenk içerisinde çalışmasına yardımcı olma işlevi düşünüldüğünde bu durumun ortaya çıkması son derece normaldir. Nitekim Divan'ın danışma görüşü kendiliğinden bir hukuki netice yaratmamakta ancak tavsiyesi doğrultusunda hareket edildiğinde pratik bir etkiye neden olmaktadır.³⁸ Ancak kanaatimizce bu durum dahi tartışmaya açıktır. Örneğin, Divan'ın bir örgüt kararının hukuka uygun olmadığını tespit etmesi ve örgütün de, tavsiye niteliğinde olduğu gerekçesiyle, Divan'ın tespitini yerine getirmediği bir durumda yine de mevcut örgüt kararının hukuka uygun olduğunu söylemek mümkün müdür? Bu sorunun yanıtını aramadan önce Divan'ın yargısal denetimi çerçevesinde tartışılan bazı danışma görüşlerinden bahsetmek gerekir.

1962 tarihli *BM'nin Belirli Harcamaları* danışma görüşünde Divan'a, BM'nin Kongo ve Ortadoğu barış gücü operasyonlarına ayrılan harcamanın "örgüt giderleri" arasında kabul edilip edilemeyeceği sorulmuştur. 20 Aralık 1961'de Genel Kurul, Birleşmiş Milletler'in Kongo'daki operasyonları ve Birleşmiş Milletler Ortadoğu Acil Durum Gücü'nün (UNEF) operasyonları ile ilgili olarak kendisi tarafından belirlenen harcamaların "örgüt harcamaları" oluşturup oluşturmadığı konusunda danışma görüşü talep eden bir karar kabul etmiştir. Bilindiği üzere Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 17. maddesinin 2. fıkrası şu hükmü haizdir: "Örgütün masrafları, Genel Kurul tarafından paylaştırıldığı şekliyle, Üyeler tarafından karşılanacaktır.". BM Andlaşması çerçevesinde verilen 20 Temmuz

³⁷ RAMCHARAN, Bertrand, *Modernizing the Role of the International Court of Justice* (Chapter: A Judicial Review Role for the ICJ), TMC Asser Press, 2022, pp 113-120.

³⁸ RAO, Pemmaraju Sreenivasa, *The United Nations and International Peace and Security-An Indian Perspective*, in, TOMUSCHAT, Christian (eds.), *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective*, Kluwer Law International, 1995, p. 179;

1962 tarihli danışma görüşünde, bu harcamaların Birleşmiş Milletler'in harcamaları olduğu yönünde karar verilmiştir. Divan, Andlaşma'nın 17. maddesinin 2. paragrafına göre, "örgütün giderleri"nin, Örgüt'ün amaçlarını yerine getirme maliyetlerini karşılamak için ödenen tutarlar olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, söz konusu harcamalara izin veren kararları inceledikten sonra, bu tür harcamalara karşı ileri sürülen argümanları temelsiz bulmuştur.³⁹ *Namibya* danışma görüşünde⁴⁰ ise Divan, ayrıca yetkilendirilmedikçe yargısal denetim veya temyiz mercii görevi üstlenmediğini ve diğer BM organları üzerinde böyle bir yetkiye sahip olmadığını vurgulamıştır. Ancak buna rağmen Divan'ın tespitleri yine de yargısal denetimi andırmaktadır. Zira hem Genel Kurul hem de Güvenlik Konseyi kararlarının geçerliliğini tartışmıştır.⁴¹ Ancak yine de teknik açıdan Divan'ın örgüt kararlarını iptal etme yetkisi olmadığından örgüt kararlarının geçersizliğini iddia etmek mümkün gözükmemektedir. Bu durumda ortada usulen geçerli ancak içerik olarak hukuka aykırı bir karardan bahsetmek mümkündür.

Thirlway'e göre Divan'ın danışma görüşlerinin tavsiye niteliğinde olduğu ve bağlayıcı olmadığı açıktır. Ancak teorik olarak doğru olan bu durum Divan'ın bir yükümlülük tespiti yapması durumunda pratikte farklı etkilere sahip olmaktadır. Zira Divan'ın ortada bir uluslararası yükümlülüğün var olduğunu tespit etmesinden sonra yükümlülüğe uyması beklenen devletin artık Divan'ın kararının tavsiye niteliğinde olduğu ve tespitinin bir anlam ifade etmediğini iddia etmesi zor gözükmemektedir. Böyle bir durumun ilgili devleti açıkça zayıf konumda bırakacağına şüphe bulunmamaktadır.⁴² Gerçekten de UAD Statüsü'nün 38. maddesi üzerine fikir yürüten yazarlar temel olarak ikincil kaynaklardan biri kabul edilen yargı kararlarının hukuk belirleyici (law determining) bir role

³⁹ Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2 of the Charter), Advisory Opinion, [1962] ICJ Rep 151, ICGJ 221 (ICJ 1962), 20th July 1962, para.157.

⁴⁰ *Namibya* danışma görüşü aşağıda daha detaylı olarak ve sorumluluk hukuku açısından ele alınmıştır.

⁴¹ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21 June 1971 I.C.J. 16, 55, para 116. BUTCHER, Goler T., The Consonance of U.S. Positions with the International Court's Advisory Opinions, in DAMROSCH, Lori F. (eds.), *The International Court of Justice at a Crossroads*, New York, Transnational Publishers Inc., 1987, p. 436.

⁴² THIRLWAY, Hugh, *The International Court of Justice*, in EVANS, Malcolm D. (eds.), *International Law*, Oxford University Press, 2003, p. 582.

sahip olacağını kabul etmektedirler.⁴³ Daha açık ifadeyle uluslararası hukukta her ne kadar emsal karar doktrini (doctrine of precedent) kabul edilmese de UAD kararlarının uluslararası hukuku ve uluslararası hukuk yükümlülüklerini tespit edebileceğinde şüphe yoktur. Bu kararlara danışma görüşü çerçevesinde verilen kararlar da dahildir. Zira danışma görüşlerinde uygulanacak hukuk da, tahdidi olmamakla birlikte, UAD statüsünün 38. maddesinde yer alan kaynaklar çerçevesinde şekillenmektedir. Ayrıca uygulamada Divan'ın daha önceki kararlarına uymaya özen göstermesi Divan'ın kararları çerçevesinde birçok kuralın muhkem hale gelmesi neticesini doğurmuştur. Bu nedenle pratik olarak Divan'ın danışma görüşlerinde yaptığı tespitlerin etkisi klasik tavsiye niteliğinin ötesine taşınmaktadır. Bu durum Divan'ın uluslararası sorumluluk hukukuna ilişkin yaptığı tespitlerde görülebilmektedir.

III. DANIŞMA GÖRÜŞLERİNİN ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNA ETKİSİ

UAD danışma görüşleri birçok yönden uluslararası sorumluluk hukukunun gelişimine önemli katkılarda bulunmuştur. Hatta bazı katkılar dönemi itibarıyla o kadar yeni olmuştur ki Divan'ın hukuk tespit etmenin (determination of law) ötesine geçerek hukuk yarattığı (creation of law) yönünde yorumlara neden olmuştur.⁴⁴ Divan'ın çeşitli danışma görüşlerinde sorumluluk tartışması gözlemlenebilmektedir. Bu anlamda *BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini, Güney Batı Afrika'nın Statüsü, Duvar ve Chagos* danışma görüşlerinde Divan'ın artan bir şekilde uluslararası sorumluluk hukuku tespitleri ele alınacak daha sonra ise *Chagos* kararı ile birlikte uluslararası hukuk açısından genel bir değerlendirme yapılacaktır.

A. BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Tazmini Danışma Görüşü

İsveç vatandaşı olan Folke Bernadotte ve diğer bazı kişiler 1948 Arap-İsrail savaşından sonra taraflar arasında arabuluculuk yapmak

⁴³ SCHWARZENBERGER, Georg, *International Law*, London: Stevens and Sons, vol. 1, pp. 26-27. WALDOCK, Humphrey, *General Course on Public International Law*, RCADI, Vol.106, 1962, (Chapter 6, Subsidiary and Derivative Sources of International Law), p. 88. BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2003, p. 5.

⁴⁴ MAYR, Teresa F. & MAYR-SINGER, Jelka, *Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law*, *ZaöRV*, Vol.76, 2016, pp.431-435.

üzere BM görevlisi olarak Kudüs'e gönderilmişlerdir. Bernadotte'nin Filistin tarafının haklarına ve Kudüs'ün statüsüne ilişkin fikirleri İsraili bir takım radikal grupların Bernadotte ve arkadaşlarına karşı cephe almasıyla neticelenmiş ve neticede Bernadotte ve arkadaşları bu çetelerce düzenlenen bir suikaste hayatını kaybetmiştir.⁴⁵ Bunun üzerine Genel Kurul Divan'a iki soru yönelterek danışma görüşü talep etmiştir: 1) Birleşmiş Milletlerin bir temsilcisinin görevini yerine getirirken, bir Devletin sorumluluğunu içerecek şekilde zarara uğraması durumunda, Birleşmiş Milletler, bir Örgüt olarak, sorumlu *de facto* veya *de jure* hükümete karşı, (a) Birleşmiş Milletlere veya (b) mağdura ve hak sahiplerine verilen zararı gidermek amacıyla uluslararası bir talepte bulunma kapasitesine sahip midir? 2) Birinci sorunun (b) kısmına olumlu bir yanıt verilmesi durumunda, Birleşmiş Milletler'in alacağı önlemler, mağdurun vatandaşı olduğu Devletin sahip olabileceği haklar ile nasıl bağdaştırılabilir?⁴⁶

Divan, 11 Nisan 1949 tarihli danışma görüşünde, BM'nin ancak geniş ölçüde uluslararası kişiliğe sahip olma ve uluslararası düzlemde faaliyet gösterme kapasitesi ile mümkün olabilecek işlev ve hakları yerine getirmeyi amaçladığına karar vermiştir. Bu anlamda Divan BM'nin, kendisine verilen zararın tazmini için bir talepte bulunma ve uluslararası bir eylem başlatma kapasitesine sahip olduğunu tespit etmiştir. Öte yandan Divan BM'nin yalnızca kendisine verilen zararlar için değil, mağdurun veya hak sahibi olan kişilerin uğradığı zararlar bakımından da tazminat talep edebileceğini beyan etmiştir. Bu anlamda geleneksel diplomatik himaye kurallarının yanında BM'nin de kendi hizmetinde çalışan kimseler için koruma işlevi gerçekleştirebileceğini kabul etmek gerekir. Özellikle Dünyanın sorunlu bölgelerinde çalışan BM personelinin BM'den uygun destek ve koruma görmeleri önemlidir. Bu nedenle Divan, BM'nin, mağdurun veya hak sahibi kişilerin uğradığı zararlar için uygun tazminat talep etme kapasitesine sahip olduğunu tespit etmiştir. Ancak Divan'a göre BM ile mağdurun uyrukluk devleti arasındaki olası çatışma ya genel bir andlaşma yoluyla ya da herhangi bir somut olayda özel bir sözleşme yoluyla ortadan kaldırılabilir.⁴⁷ Görüldüğü üzere Divan açık bir şekilde kurucu andlaşmada yazmasa dahi örgütün görevlerini yerine getirmesi için

⁴⁵ LIANG, Yuen-Li, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, The American Journal of International Law, Vol. 43, No. 3, 1949, p. 461.

⁴⁶ UNGA Res. 258 (III), 3 December 1948.

⁴⁷ Reparation for injuries suffered in the service of the Nations, Advisory Opinion, [1949] ICJ Rep 174, 11th April 1949, pp.187-188.

gerekli olan yetkilerin zımni bir şekilde (implied powers) varlığını kabul etmiştir.⁴⁸ Divan'ın tespiti esasen uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliğini ve yetkilerini ortaya koymada kullanılan en önemli araçlardan biridir. Sadece BM'nin değil tüm uluslararası örgütlerin (hükümetlerarası örgütler) uluslararası hukuk kişiliğinin varlığı hususunda bir delil olarak kullanılmaktadır. Ancak bazı yazarlar uluslararası örgütün kurucu andlaşmasında uluslararası hukuk kişiliğine ilişkin açık bir hükmün bulunmaması durumunda konunun tartışmalı olduğunu ifade etmişlerdir. Buna göre bazı yazarlar devletlerin iradesine bakmak gerektiğini vurgularken diğer bazı yazarlar ise ortaya çıkan objektif koşullara bakmak gerektiğini savunmaktadır.⁴⁹ Öte yandan bakıldığında esasen Divan'ın odaklandığı husus BM'nin sorumluluk ileri sürme yetkisi ve uluslararası hukuk kişiliğidir. Ancak Divan dolaylı olarak İsrail'in uluslararası sorumluluğuna da değinmiştir. Bu anlamda Divan'ın danışma görüşlerinde uluslararası sorumluluğa ilişkin tespitleri artan bir ivmeye sahiptir. Bu durum Divan'ın sonraki bazı danışma görüşlerinde gözlemlenebilmektedir.

B. Güney Batı Afrika'nın (Namibya) Statüsü'ne ilişkin Danışma Görüşleri

Güney Batı Afrika'nın Uluslararası Statüsü danışma görüşünde Divan hem BM'nin Milletler Cemiyeti ile ilişkisini hem de Güney Afrika Birliği'nin (Union of South Africa)⁵⁰ bölgenin statüsüne ilişkin uluslararası yükümlülüklerini değerlendirmiştir. Eski bir Alman sömürgesi olan Güney Batı Afrika, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Milletler Cemiyeti

⁴⁸ Reparation for Injuries case, p.182-183. MAKARCZYK, Jerzy, The International Court of Justice on the Implied Powers of International Organizations, in MAKARCZYK, Jerzy (eds.), Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 506.

⁴⁹ RAMA-MONTALDO, Manuel, International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations, British Yearbook of International Law, Vol.44, 1970, p. 112. KLABBERS, Jan, An Introduction to International Organizations Law, Cambridge University Press, 2015, pp.46-47. Uluslararası örgütlerin kişiliği ve yetkileri üzerine tartışmalar için genel olarak bakınız: EMİR, Nergiz, Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları, Yetkin Yayınları, 2021, s.98-121.

⁵⁰ Şimdiki adı Güney Afrika Cumhuriyeti (Republic of South Africa).

Misakı'nın 22. maddesi uyarınca mandater sıfatıyla Güney Afrika Birliği'nin mandasına (mandate) verilmişti. Bu anlamda Mandaterin Milletler Cemiyeti'ne yıllık rapor sunması gerekmektedir. Ancak 1946 yılında Milletler Cemiyeti Örgütü'nün hukuki kişiliği, bizatihi örgütün kendi kararıyla, sonlandırılmıştır. Milletler Cemiyeti feshedilirken Manda altındaki bölgelerin akıbetine ilişkin bir hususa değinilmemiştir. Benzer şekilde BM kurulurken de Manda altında yer alan bölgelerin kendiliğinden BM şemsiyesi altına girdiğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu anlamda Güney Afrika Birliği Manda'nın sona erdiğini ve BM'ye rapor sunma yükümlülüğünün olmadığını iddia etmiştir. Bunun üzerine Genel Kurul, Güney Afrika Birliği'nin Manda statüsünden kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerinin olup olmadığını ve varsa bu yükümlülüklerin ne olduğuna ilişkin Divan'a sorular yöneltmiş ve danışma görüşü talep etmiştir.⁵¹

Divan, Milletler Cemiyeti'nin ve onun denetim mekanizmasının feshedilmesinin, Manda'nın sona ermesi sonucunu doğurmadığına ve Mandaterin, bölgedeki idaresi hakkında, Birleşmiş Milletler'e hesap verme yükümlülüğü altında olduğuna karar vermiştir. Divan'a göre BM daha önce Milletler Cemiyeti tarafından icra edilen denetleme görevlerini yerine getirme kapasitesine sahiptir. Öte yandan, BM tarafından uygulanacak denetim derecesi, Manda sistemi kapsamında uygulanan denetimi aşmamalı ve bu hususta Milletler Cemiyeti Konseyi tarafından izlenen usule mümkün olduğu kadar uygun olmalıdır. Ayrıca Mandaterin, Güney Batı Afrika'nın uluslararası statüsünü tek taraflı olarak değiştirme yetkisi yoktur. Divan Güney Afrika Birliği'nin, BM bünyesinde kurulan Vesayet Konseyi'ne (Trusteeship Council) raporlama yapmaya devam etmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁵² Belirtmek gerekir ki Divan'ın BM'nin raporlama mekanizması olduğuna ilişkin yorumu temel olarak Milletler Cemiyeti ve BM arasında halefiyet ilişkisinin varlığına bir delil sayılmıştır.⁵³

Benzer şekilde *Namibya* danışma görüşüne konu olayda Genel Kurul, 27 Ekim 1966 tarihli 2145 sayılı kararıyla, Güney Batı Afrika Mandaasının sona erdirildiğine ve Güney Afrika'nın artık bölgeyi yönetme hakkı

⁵¹ UNGA Res. 338 (IV), 6 December 1949.

⁵² International status of South-West Africa, Advisory Opinion, [1950] ICJ Rep 128, 11th July 1950, p.133-137.

⁵³ CHIU, Hungdah, Succession in International Organisations, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 14, No. 1, 1965, p. 83 vd.

olmadığına karar verdi.⁵⁴ 1969'da Güvenlik Konseyi, 264 sayılı kararıyla, Güney Afrika'ya bölgeden geri çekilme çağrısında bulundu⁵⁵ ve 30 Ocak 1970'de, 276 sayılı kararıyla, Güney Afrikalı yetkililerin Namibya'daki varlığının devam etmesinin yasa dışı olduğunu ve Güney Afrika Hükümeti tarafından bölge adına alınan tüm kararların yasadışı olduğunu ilan etti.⁵⁶ Konsey ayrıca tüm üye devletleri Güney Afrika Hükümeti ile, mevzu bahis kararlarla bağdaşmayan, herhangi bir andlaşma yapmaktan kaçınmaya çağırdı. Ayrıca Güvenlik Konseyi, 29 Temmuz 1970'te, 284 sayılı kararıyla, Güney Afrika'nın Namibya'da varlığını sürdürmesinin Devletler açısından hukuki sonuçları hakkında Divan'dan bir danışma görüşü talep etti.⁵⁷ Divan, 21 Haziran 1971 tarihli *Namibya* danışma görüşünde, Güney Afrika'nın Namibya'daki varlığının devam etmesinin uluslararası hukuka aykırı olduğunu ve Güney Afrika'nın yönetimini derhal kaldırma ve geri çekme yükümlülüğü altında olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca Divan, BM üye devletlerinin Güney Afrika'nın Namibya'daki varlığını tanınamama yükümlülüğü altında olduğunu ve BM'nin Namibya ile ilgili faaliyetlerinde BM'ye yardımcı olması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁸ Görüldüğü üzere Divan hem Güney Afrika'nın uluslararası yükümlülüklerine uymamaktan sorumlu olduğunu tespit etmiş hem de diğer devletlerin de uluslararası hukuka aykırılığı tanınamama yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. *Duvar* danışma görüşünde Divan bu hususlarda daha detaylı bir karara imza atmıştır.

C. Duvar Danışma Görüşü

İsrail'in işgal ettiği Filistin topraklarında güvenlik gerekçesi ileri sürerek inşa ettiği duvar hakkında verilen danışma görüşü devletin sorumluluğu hakkında önemli bir karardır. 8 Aralık 2003'te acil toplantı yapan (emergency special session)⁵⁹ BM Genel Kurulu Divan'a şu soruyu

⁵⁴ UNGA Res. No. 2145 (XXI), 27 October 1966.

⁵⁵ UNSC Res. No. 264, 20 March 1969.

⁵⁶ UNSC Res. No. 276, 30 January 1970.

⁵⁷ UNSC Res. No. 284, 29 July 1970.

⁵⁸ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21 June 1971 I.C.J. 16, 55, para. 88 vd.

⁵⁹ BM Acil Toplantıları temel olarak Kore uyuşmazlığı esnasında alınan 377(A) Barış İçin Birlik (Uniting for Peace) kararına dayanmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: BAYRAK, Muhammed Enes, Barış İçin Birlik Kararı: Uluslararası Barış ve

yönelterek danışma görüşü talep etmiştir: 1949 tarihli Dördüncü Cenevre Sözleşmesi, Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararları dahil olmak üzere uluslararası hukuk kural ve ilkeleri dikkate alındığında, işgalci güç İsrail'in Doğu Kudüs ve çevresi dahil olmak üzere İşgal Altındaki Filistin Toprakları'nda, Genel Sekreter'in Raporu'nda açıklandığı şekliyle, ördüğü duvarın hukuki sonuçları nelerdir?⁶⁰ Divan öncelikle İsrail'in 1967 savaşında Yeşil Hattın (Green Line) ötesine geçerek Filistin topraklarını işgal ettiğini ve bu topraklarda işgalci güç (occupying power) olarak varlığını sürdürdüğünü vurgulamıştır. Daha sonra Divan 2625 sayılı Dostane İlişkiler Bildirisi, 1949 Cenevre Konvansiyonları ve Self Determinasyon hakkı gibi uluslararası hukuk kurallarının işgal altındaki Filistin topraklarına uygulanabileceğini tespit etmiş ve Duvar inşasının uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde analizini yapmıştır.⁶¹ Divan'a göre İsrail'in bir oldu bitti (*fait accompli*) neticesinde işgal ettiği topraklarda ördüğü Duvar *de facto* ilhak anlamına gelmekte ve İsrail ile Filistin arasında gelecekte çizilecek sınırın belirsizleşmesine neden olmaktadır. Ayrıca 1949 Cenevre Konvansiyonlarına ve Güvenlik Konseyi kararlarına aykırı olarak kurulan illegal yerleşimlerle birlikte düşünüldüğünde Duvar inşası Filistin halkının self determinasyon hakkını ihlal etmektedir.⁶² Divan'a göre İsrail'in güvenlik gerekçesi sebebiyle Duvar inşasını sürdürdüğü ve Duvar'ın gerekli olduğu savunması ise temelden yoksun olup İsrail'in insancıl hukuk ve insan hakları yükümlülüklerini ihlal ettiği gerçeğini değiştirmemektedir.⁶³

Divan daha sonra Duvar inşasından kaynaklanan hukuki sonuçları ve sorumluluğu tespit etmiştir. Divan'a göre; İsrail Filistin halkının self determinasyon hakkına saygı gösterme yükümlülüğü ile insancıl hukuk ve insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülüklerine uymamaktan sorumludur. İsrail duvar inşa çalışmalarını durdurmalı ve Duvar'ın İşgal Altındaki Filistin Toprakları'nda bulunan kısımlarını sökerek uluslararası

Güvenliğin Sürdürülmesinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Sorumluluğu, Onikilevha Yayıncılık, 2022, s.57 vd.

⁶⁰ UNGA Res. ES-10/14, 8 December 2003.

⁶¹ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 19 July 2004 I.C.J. 136, 171, para. 86-113.

⁶² Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 115-122.

⁶³ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 138-141.

hukuk ihlaline derhal son vermelidir. Ayrıca İsrail, duvarın inşasından etkilenen gerçek veya tüzel kişilerin uğradığı tüm zararları tazmin etmelidir.⁶⁴ Divan, Duvar inşasının diğer devletler açısından sonuçlarına da değinmiş ve tüm Devletlerin, duvarın inşasından kaynaklanan hukuka aykırı durumu tanımama ve bu inşaatın yarattığı durumun sürdürülmesine yardım etmeme yükümlülüğü altında olduğuna karar vermiştir. Tüm devletler, duvarın inşasından kaynaklanan herhangi bir engel dahil olmak üzere, Filistin halkının self determinasyon hakkını kullanmasının önündeki tüm engelleri ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Benzer şekilde Dördüncü Cenevre Sözleşmesine taraf olan tüm devletler İsrail'in uluslararası insancıl hukuka uymasını sağlamakla yükümlüdür.⁶⁵ Son olarak Divan, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinin, mevcut danışma görüşünü dikkate alarak, söz konusu hukuka aykırı duruma son vermek için başka ne gibi adımlar atılması gerektiğini değerlendirmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir.⁶⁶ Görüldüğü üzere Divan İsrail'in uluslararası hukuka aykırı eyleminden ve sorumluluğundan bahsetmektedir.⁶⁷ Chagos danışma görüşünde ise Divan bir adım ileriye giderek doğrudan Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından hazırlanan "Devletin Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğuna Dair Taslak Maddeler" in 1. maddesini alıntılacak ve "bir devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur" diyecektir.⁶⁸

D. Chagos Danışma Görüşü

Devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin bir inceleme *Chagos* danışma görüşünde de yapılmıştır. Mauritius 1814'ten 1965'e kadar Birleşik Krallık sömürgesi altında kalmıştır. Chagos takımadaları da esasen

⁶⁴ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 149-154.

⁶⁵ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 154-159.

⁶⁶ SCOBIE, Iain, Unchart(er)ed Waters?: Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine, European Journal of International Law, Vol. 16, Issue 5, 2005, p.941 vd. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, para. 160.

⁶⁷ BARRIE, GN, The Neglected Aspects of the International Court Of Justice's "Wall Opinion" on the Consequences of Internationally Wrongful Acts, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 47, No. 1, 2014, p. 129.

⁶⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC 2001, UN Doc. A/56/49(Vol.1)/Corr.4, art. 1.

Mauritius'un bir parçası olarak idare edilmiştir. 14 Aralık 1960'ta Genel Kurul 1514 sayılı "Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri"yi kabul etmiş ve sömürge topraklarının self determinasyon hakkı çerçevesinde bağımsızlığına kavuşturulmasını istemiştir. Bu kapsama Mauritius'un bağımsızlığı da dahildi. 1964 yılına gelindiğinde ABD ile Birleşik Krallık arasında Chagos takımadaları içerisinde yer alan Diego Garcia adasına bir üs kurulmasına ilişkin görüşmeler başlamıştır.⁶⁹ Birleşik Krallık konuyu Mauritius temsilcileri ile de görüşmüş, temsilciler daha sonradan takımadaların Mauritius'a iade edileceği inancıyla üs fikrini kabul etmiştir. 1965 yılında ise Birleşik Krallık Chagos takımadalarını Mauritius'tan ayırarak farklı bir koloni kurmuştur. 1968 yılında Mauritius bağımsızlığına kavuşmuş ve BM üyesi olmuştur. Genel Kurul ve Afrika Birliği, Chagos takımadalarının Mauritius'a verilmesi ve dekolonizasyon sürecinin tamamlanması gerektiğine ilişkin çeşitli bildirimler yayınlamıştır.⁷⁰

23 Haziran 2017 tarihinde ise Genel Kurul 71/292 sayılı kararı ile UAD'den danışma görüşü talep etmiş ve Divan'a şu soruları yöneltmiştir: (a) 14 Aralık 1960 tarihli 1514 (XV), 16 Aralık 1965 tarihli 2066 (XX), 20 Aralık 1966 tarihli 2232 (XXI) ve 19 Aralık 1967 tarihli 2357 (XXII) Genel Kurul kararlarında yansıtılan yükümlülükler de dahil olmak üzere uluslararası hukuk kuralları dikkate alındığında, Chagos Takımadaları'nın Mauritius'tan ayrılmasının ardından 1968'de Mauritius'a bağımsızlık verildiğinde, Mauritius'un dekolonizasyon süreci hukuki olarak tamamlanmış mıydı? (b) yukarıda belirtilen kararlarda yansıtılan yükümlülükler de dahil olmak üzere, uluslararası hukuk açısından, Chagos Takımadaları'nın idaresinin Birleşik Krallık tarafından devam ettirilmesinden kaynaklanan, Mauritius vatandaşlarının, özellikle de Chagos kökenli olanların, Chagos Takımadaları'na yeniden yerleştirilmesi için bir program yürütmemesi de dahil olmak üzere, sonuçları nelerdir?⁷¹

Divan, öncelikle, Mauritius'un dekolonizasyon sürecine uygulanabilir bir uluslararası hukuk kuralı olan self determinasyon hakkının

⁶⁹ ALLEN, Stephen, Self-Determination, The Chagos Advisory Opinion and The Chagossians, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, Issue 1, 2020, pp. 2-4.

⁷⁰ Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, *Advisory Opinion*, ICGJ 534 (ICJ 2019), 25th February 2019, para.25-53.

⁷¹ UNGA Res. 71/292, 23 June 2017.

niteliğine, içeriğine ve kapsamına değinmiştir.⁷² Divan'a göre BM Andlaşması, Birleşmiş Milletler'in amaçlarından biri olan self determinasyon ilkesinin hayata geçmesini ve halkların eşit haklara sahip olmasını sağlayarak, kendi kendini yönetemeyen bölgelerin (non-self governing territories) nihayetinde kendilerini yönetmesine olanak sağlayacak hükümler öngörmüştür. Ayrıca Divan, 1514 sayılı kararın kabul edilmesinin, dekolonizasyona ilişkin devlet pratiğinin (state practice) konsolidasyonunda belirleyici bir anı temsil ettiğini ve bu pratiğin *opinio juris* ile desteklendiğini kaydetmiştir. Böylece kendi kendini yönetemeyen bölgelerin ülkesel bütünlüğü ve self determinasyon hakkı teyit edilmiştir. Divan, Birleşik Krallık'ın iddia ettiği gibi 1970 tarihli Dostane İlişkiler Bildirisi ile değil 1514 sayılı karar ile self determinasyon hakkının uluslararası teamül hukuku kuralı haline geldiğini tespit etmiştir. Divan, kendi kendini yönetmeyen toprakların halklarının, bir bütün olarak topraklarının bütünlüğünü talep etme ve self determinasyon hakkını kullanma hakkına sahip olduğunu ve sömürgeci devletin buna saygı duyması gerektiğini vurgulamıştır.⁷³

Genel Kurul'un dekolonizasyon meselelerindeki işlevlerini ve kararlarını inceledikten sonra Divan, Genel Kurul'un BM Andlaşması çerçevesinde kendisine verilen görevler kapsamında hareket ettiğini belirtmiş, Birleşik Krallık'ı Mauritius'un dekolonizasyon sürecini tamamlama konusundaki uluslararası yükümlülüklerine uymaya davet etmiştir.⁷⁴ Mauritius yetkililerinin Chagos Takımadaları'nın ayrılmasını prensipte kabul ettiği koşulları hatırlattıktan sonra Divan, bu rızanın ilgili insanların özgür ve gerçek iradesine dayanmadığına karar vermiştir. Sömürgeci güç Birleşik Krallık, uluslararası hukuktan doğan ve Mauritius'un dekolonizasyonu sürecinde Genel Kurul tarafından kabul edilen kararlara yansıyan yükümlülüklerine uymalı ve Chagos da dahil olmak üzere, Mauritius'un toprak bütünlüğüne saygı göstermelidir. Nitekim takımadalar Mauritius'tan hukuka aykırı olarak ayrılmış ve yeni bir koloni

⁷² KATTAN, Victor, The Chagos Advisory Opinion and the Law of Self-Determination, Asian Journal of International Law, Vol.10, Issue 1, 2019, p.7.

⁷³ Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, para.140-162.

⁷⁴ MINAS, Stephen, Why the ICJ's Chagos Archipelago Advisory Opinion Matters for Global Justice and for 'Global Britain', Transnational Legal Theory, Vol.10, Issue 1, 2019, pp.129-133.

oluşturulmuştur. Bu nedenle 1968'de Mauritius bağımsızlığını kazandığında dekolonizasyon süreci hukuken tamamlanmamıştır.⁷⁵

Divan, Mauritius'un dekolonizasyon sürecinin 1968'de hukuken tamamlanmadığını tespit ettikten sonra, Birleşik Krallık tarafından devam ettirilen Chagos Takımadaları'nın yönetiminden kaynaklanan sonuçları uluslararası hukuk açısından incelemiştir. Divan, Birleşik Krallık'ın Chagos Takımadaları'nın yönetmeye devam etmesinin "bu devletin uluslararası sorumluluğunu doğuran haksız bir fiil teşkil ettiği" sonucuna varmış ve Birleşik Krallık'ın "Chagos Takımadaları yönetimine son vermekle yükümlü olduğu"na hükmetmiştir.⁷⁶ Birleşik Krallık mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde takımadaları iade etmeli ve tüm BM üyesi Devletler Mauritius'un dekolonizasyonunu tamamlamak için Birleşmiş Milletler ile iş birliği yapmalıdır. Divan, self determinasyon hakkına saygının *erga omnes* bir yükümlülük olmasından dolayı, tüm Devletlerin bu hakkın korunmasında hukuki bir menfaati olduğuna karar vermiştir. Divan, ayrıca, yerlerinden edilen Chagos kökenliler için Genel Kurul'un gerekli önlemleri alması gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁷

Chagos danışma görüşünde Divan'ın devletin sorumluluğuna ilişkin tespitleri bizatihi Divan üyeleri tarafından ayrıık görüşlerde tartışılmıştır. Yargıç Gevorgian'a göre Divan'ın devletin sorumluluğuna ilişkin tespiti danışma görüşleri ile çekişmeli yargı yetkisi arasındaki ince çizgiyi aşmıştır. Yargıç'a göre Chagos danışma görüşünü Namibya ve Duvar danışma görüşlerinden bu anlamda ayırmak gerekir. Zira diğer ikisinde Güvenlik Konseyi zaten Namibya'da bulunmanın veya Duvar inşasının hukuka aykırı (unlawful) olduğunu tespit etmişti. Oysa Chagos uyuşmazlığında böyle bir Güvenlik Konseyi kararı yoktur.⁷⁸ Yargıç Tomka ise danışma görüşünün devletin sorumluluğunun tespiti için yanlış bir mecra olduğunu savunmuştur. Yargıç'a göre asıl amaç Genel Kurul'a görevini yerine getirmesi için yardımcı olmak ise BM Andlaşması'nda yer alan

⁷⁵ Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, para.163-174.

⁷⁶ RRECAJ, Besfort T., Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (ICJ Advisory Opinion, 25 February 2019, General List No. 169), Utrecht Journal of International and European Law, Vol.35, 2020, p.54.

⁷⁷ Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, para.175-182.

⁷⁸ Declaration of Judge GEVORGIAN para.5-6.

yükümlülükler çerçevesinde bir inceleme yapılması yeterlidir.⁷⁹ Esasen Divan'ın devletin sorumluluğu hususundaki tespitleri Genel Kurul'un sorduğu sorulardan kaynaklanmaktadır. Zira Genel Kurul, sadece Mauritius'un dekolonizasyon sürecinin tamamlanıp tamamlanmadığını değil aynı zamanda bunun hukuki sonuçlarını da sormuştur.⁸⁰

Öte yandan, kanaatimizce, Divan'ın devletin sorumluluğunu veya bir eylemin uluslararası hukuka aykırılığını tespit etmesi için Namibya veya Duvar danışma görüşlerinde olduğu gibi Güvenlik Konseyi kararına ihtiyacı yoktur. Böyle bir yükümlülük ne uluslararası hukuk kuraları ne de Divan'ın kendi içtihadı ile desteklenmektedir. Kaldı ki Namibya ve Duvar ile ilgili uluslararası hukuka aykırı eylemler Güvenlik Konseyi daimi üyesi olmayan devletlerce işlenmiş eylemlerdi. Chagos kararında ise Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olan Birleşik Krallık tarafından devam ettirilen bir uluslararası hukuka aykırı eylem söz konusudur. Güvenlik Konseyi kararlarının tarihine bakıldığında daimi üyelerin menfaati ile çatışan konularda veto hakkını kullanmaktan çekinmediği gözlemlenebilmektedir. Bu anlamda Güvenlik Konseyi'ndeki daimi üyelik ve veto yetkisini hesaba katmadan hukuki tavsif veya yorum yapmak isabetsiz sonuçlara götürebilecektir.

Danışma görüşlerine uyulup uyulmaması ya da uyum düzeyi Divan'ın dikkate alması gereken bir husus değildir. Aynı şekilde Divan danışma görüşü talep eden organın (ör. Genel Kurul) danışma görüşü neticesinde atması gereken adımları da belirlemek zorunda değildir. *Bati Sahra* danışma görüşünde de belirtildiği üzere Divan'ın görevi kendisine sorulan soruları yanıtlamak ve hukuki temele dayanan bir danışma görüşü vermektir.⁸¹ Ancak, kanaatimizce, danışma görüşleri en azından bir gerçeği araştırma (fact finding) raporundan daha fazla etkili olmalıdır. Danışma görüşü neticesinde hem danışma görüşünü talep eden organ ya da uzmanlık kuruluşu hem de diğer devletler gerekli önlemleri almalıdır. Aksi halde danışma görüşlerinde tespit edilen devletlerin sorumluluğu, aleyhine sorumluluk tespiti yapılan devletle uyumsuzluk halinde olan

⁷⁹ Declaration of Judge TOMKA, para.8.

⁸⁰ BORDIN, Fernando Lusa, State Responsibility in Advisory Proceedings: Thoughts on Judicial Propriety and Multilateralism in the Chagos Opinion, in BURRI, Thomas and TRINIDAD; Jamie (eds.), The International Court of Justice and Decolonisation: New Directions from the Chagos Advisory Opinion, Cambridge University Press, 2021, p.100.

⁸¹ Western Sahara, 1975 I.C.J. 4, at 41, Advisory Opinion of 16 October 1975, para. 73.

karşı devletin hukuki dayanaklarını güçlendirmekten başka bir işe yaramayacaktır. Oysa Divan'ın danışma görüşlerinde yaptığı uluslararası sorumluluk tespitleri tüm uluslararası toplumu ilgilendirdiği için yapılmaktadır. Aksi halde Divan'ın yetkisini aştığı ve sadece iki devlet arasında uyuşmazlık konusu bir konuyu ele aldığı söylenebilirdi. Öte yandan devletlerin uluslararası hukuka aykırı eyleminden sorumluluğu için UAD'nin bağlayıcı kararı kurucu unsur değildir. Devletler uluslararası hukuk yükümlülüklerine uymak zorundadır. Bu anlamda UAD devletleri uluslararası hukuka uydurmak için tek seçenek değildir. BM organları ve devletler çeşitli tek taraflı ya da kolektif yaptırımlar uygulayabilir veya karşı önlemlere başvurabilir. Nitekim Divan'ın kendisi *Duvar* ve *Chagos* kararlarında Genel Kurul'u ve tüm devletleri uluslararası hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak önlemler almaya davet etmektedir. Divan bir açıdan danışma görüşü verme yetkisini aşmamak adına uluslararası hukuka aykırılığı kaldırmak için alınacak önlemleri tek tek ifade etmekte, bunu BM Organlarına ve devletlere bırakmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında Divan'ın danışma görüşleri teknik açıdan tavsiye niteliğinde olmakla birlikte kanaatimizce belirli bir uluslararası hukuk tartışmasını nihayete erdirmektedir. Danışma görüşünün sorumluluk tespiti uluslararası toplumun gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü ortaya çıkarmaktadır. Divan'ın hem devletleri hem de uluslararası toplumu ilgilendiren bir konuda açık seçik bir şekilde sorumluluk tespiti yapması ile (ör. chagos) nizalı bir davada tespit yapması arasında sorumluluğun varlığı açısından bir fark bulunmamaktadır. Her ikisinde de devletler ve uluslararası toplum uluslararası hukuk yükümlülüğünü yerine getirmek zorundadır. Divan'ın danışma görüşünün sorumluluk tespiti yapmasına rağmen salt bir tespit olarak tarihte yerini alması kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir. Üstelik Divan'ın tespitine konu olan sorumluluk bir BMGK daimi üyesi ile ilgili ise konu daha da büyük önem arz etmektedir. Zira BMGK'da bir daimi üyeye karşı yaptırım kararı alınması imkansız gibidir. Bu durumda sorumluluk Genel Kurul'a düşmektedir. Genel Kurul'un Divan'dan danışma görüşü talep edip Divan'ın sorumluluk tespitine rağmen sorumlu devlete yaptırımı tavsiye eden bir karar almaması sorumlu devletin cezadan muafiyeti (impunity) gibi bir netice çıkarmaktadır. Kanaatimizce *Chagos* gibi bir devletin açık bir şekilde uluslararası hukuku ihlal ettiği ve bu ihlalden sorumlu olduğuna dair tespit içeren bir Divan kararından sonra Genel Kurul hem BM organlarını hem de üye devletleri önlem almaya çağırın bir karar almalı ve bireysel ya da

kollektif yaptırımları teşvik etmelidir. Her ne kadar Genel Kurul kararları tavsiye niteliğinde ise de böyle bir karar hem devletlerin tek taraflı yaptırımlarının önünü açacak hem de sorumlu devleti uluslararası hukuka uymaya zorlayacaktır.

SONUÇ

Uluslararası Adalet Divanı uluslararası hukukun gelişimine en önemli katkıları yapmış olan uluslararası mahkemedir. Temel olarak çekişmeli yargı kararları ile danışma görüşleri arasında bağlayıcılık farkı olsa da aslında ikisi farklı amaçlara hizmet etmek için kurgulanmıştır. Çekişmeli yargı devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçıl yolla çözülmesini amaçlarken danışma görüşleri ise BM organları ve uzmanlık kuruluşlarının işleyişi açısından rehberlik etmek amacını gütmektedir. Ancak 1945'ten bugüne geçen zaman içerisinde Dünya sistemi büyük oranda değişmiş, sömürge imparatorlukları dağılmış ve BM üye sayısı 193'e çıkmıştır. Aynı zamanda BM'nin ve uzmanlık kuruluşlarının da faaliyet alanları genişlemiş ve birçok konu faaliyet alanları kapsamına alınmıştır. Öte yandan devletler arasında bağımlılık ve iş birliği ilişkileri de artmış ve iki devlet arasındaki uyuşmazlık çoğu zaman uluslararası toplumu da ilgilendiren uyuşmazlıklar olarak ortaya çıkmıştır. Bu anlamda artık devletler arasındaki uyuşmazlıkların neredeyse tamamında hem iki tarafı ilgilendiren hem de diğer devletleri ilgilendiren bir boyut söz konusudur. Diğer devletlerin ilgisi dolaylı yoldan BM ve uzmanlık kuruluşlarının konuya olan ilgisinden de kaynaklanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında USAD'ın *Doğu Karelia* kararında ortaya koyduğu ilkenin sürdürülebilmesi mümkün değildir. Nitekim UAD de Dünya Sağlık Örgütü'nün nükleer silahlar hakkında talep ettiği danışma görüşü hariç hiçbir talebi reddetmemiştir. Nitekim bu durumda dahi Genel Kurul devreye girerek nükleer silahlar ile ilgili danışma görüşü talep etmiş ve UAD danışma görüşünü vermiştir. Bu anlamda yetki problemini klasik çerçevede düşünmemek, devletler arasındaki uyuşmazlıkların uluslararası topluma yönelik neticeleri olabileceğini de hesaba katmak gerekmektedir.

Devletler arasındaki uyuşmazlıkların uluslararası topluma yansıyan tarafı Divan'ı da uluslararası sorumluluk hukukuna ilişkin daha fazla tespit yapmaya itmiştir. Bu anlamda Divan sadece iki devleti ilgilendirmediği danışma görüşü vermeye yetkili olduğunu her kararında uzun bir şekilde izah etmektedir. Nitekim Divan yetkisizlik kararı olan DSÖ danışma görüşü talebinde içerik olarak değil talep eden kuruluş açısından yetkisizlik kararı vermiştir. Sadece iki devleti ilgilendirdiği veya

çekişmeli yargı yetkisinde aranan rızayı dolandığı gerekçesiyle reddettiği bir danışma görüşü talebi söz konusu olmamıştır. Divan önüne gelen birçok danışma görüşü talebinde konunun uluslararası toplumu veya BM'yi ilgilendiren boyutlarını dikkate olarak uluslararası sorumluluk tespiti yapmış ve hem BM'nin hem de diğer devletlerin yükümlülüklerini tespit etmiştir. Tarihsel olarak bakıldığında Divan 1949 tarihli *BM Nezdinde Uğranılan Zararların Tazmini* kararında dolaylı yoldan sorumluluk tespiti yapmış, *Güney Batı Afrika* ve *Duvar* kararlarında doğrudan devletlerin yükümlülüklerinden bahsetmiş, *Chagos* kararında ise 2001 tarihli UHK taslak maddelerinde yer alan "bir devletin uluslararası hukuka aykırı eylemi o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur" tespitini yapmıştır. Divan'ın sorumluluk tespitleri her ne kadar tartışmalara neden olsa da kanaatimizce devletlerarası uyuşmazlıkların uluslararası toplumu ilgilendiren yönü nedeniyle isabetli bir yaklaşımdır. Hatta Divan'ın tespitleri üzerine diğer devletler ve BM organları gerekli önlemleri almalıdır. Bu hem BM (özellikle Genel Kurul) hem de diğer devletler üzerinde bir yükümlülüktür. Divan'ın kararlarının tavsiye niteliğinde olması bu yükümlülüğün bağımsız olarak varlığına etki etmemekte ve devletleri sorumluluktan kurtarmamaktadır. Uluslararası hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması ve sorumluluğun yerine getirilmesi için BM organları ve özellikle Divan'a soru soran Genel Kurulun gerekli tedbirleri içeren karar almaktan kaçınmaması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- AKANDE, Dapo, The Competence of International Organizations and the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice, *European Journal of International Law*, Vol 9, 1998, p.439.
- ALLEN, Stephen, Self-Determination, The Chagos Advisory Opinion and The Chagossians, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, Issue 1, 2020, pp. 2-4.
- AUST, Anthony, Advisory Opinions, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1, Issue 1, 2010, p.123.
- BARRIE, GN, The Neglected Aspects of the International Court Of Justice's "Wall Opinion" on the Consequences of Internationally Wrongful Acts, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 47, No. 1, 2014, p. 129.
- BAYRAK, Muhammed Enes, Barış İçin Birlik Kararı: Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sürdürülmesinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Sorumluluğu, *Onikilevha Yayıncılık*, 2022, s.57 vd.
- BEDJAOUİ, Mohammed, The Contribution of the International Court of Justice Towards Keeping and Restoring Peace, in *Conflict Resolution: New Approaches and Methods*, UNESCO Publishing, 2000, p. 13.
- BEDJAOUİ, Mohammed, The New World Order and the Security Council: Testing the Legality of Its Acts, *Martinus Nijhoff Publishers*, 1994, p. 78.
- BERMAN, Franklin, The International Court of Justice as an 'Agent' of Legal Development?, in TAMS, Christian J. & SLOAN, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013, pp.7-20.
- BERNABEL, Giulia, The Law-Making Effect of ICJ Advisory Opinions A Survey of the Chagos Opinion, in TELES, Patrícia Galvão & RIBEIRO, Manuel Almeida (eds.), *Case-Law and the Development of International Law: Contributions by International Courts and Tribunals*, Brill Nijhoff, 2021, p.127 vd.
- BORDIN, Fernando Lusa, State Responsibility in Advisory Proceedings: Thoughts on Judicial Propriety and Multilateralism in the Chagos Opinion, in BURRI, Thomas and TRINIDAD; Jamie (eds.), *The International Court of Justice and Decolonisation: New*

Directions from the Chagos Advisory Opinion, Cambridge University Press, 2021, p.100.

BOWETT, Derek W., The Court's Role in Relation to International Organizations, in LOWE, Vaughan & FITZMAURICE, Malgosia (eds.), Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings, Cambridge, Grotius Publications, 1996, p. 186.

BROWNLIE, Ian, Principles of Public International Law, Oxford University Press, 2003, p. 5.

BUTCHER, Goler T., The Consonance of U.S. Positions with the International Court's Advisory Opinions, in DAMROSCH, Lori F. (eds.), The International Court of Justice at a Crossroads, New York, Transnational Publishers Inc., 1987, p. 436.

CHIU, Hungdah, Succession in International Organisations, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 14, No. 1, 1965, p. 83 vd.

EMİR, Nergiz, Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları, Yetkin Yayınları, 2021, s.98-121.

KATTAN, Victor, The Chagos Advisory Opinion and the Law of Self-Determination, Asian Journal of International Law, Vol.10, Issue 1, 2019, p.7.

KLABBERS, Jan, An Introduction to International Organizations Law, Cambridge University Press, 2015, pp.46-47.

LAUTERPACHT, Hersch, The Development of International Law by the International Court, Stevens & Sons Ltd., 1958, pp. 355-358.

LIANG, Yuen-Li, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, The American Journal of International Law, Vol. 43, No. 3, 1949, p. 461.

MAKARCZYK, Jerzy, The International Court of Justice on the Implied Powers of International Organizations, in MAKARCZYK, Jerzy (eds.), Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 506.

MAYR, Teresa F. & MAYR-SINGER, Jelka, Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International

- Court of Justice to the Development of International Law, *ZaöRV*, Vol.76, 2016, pp.431-435.
- MINAS, Stephen, Why the ICJ's Chagos Archipelago Advisory Opinion Matters for Global Justice and for 'Global Britain', *Transnational Legal Theory*, Vol.10, Issue 1, 2019, pp.129-133.
- PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 29.
- POMERANCE, Michla, The ICJ's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial, *The American Journal of International Law*, Vol. 99, No. 1, 2005, pp.34-40.
- PUMA, Giuseppe, Preliminary Questions in the ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, *ZaöRV*, Vol.79, 2019, pp.865-877.
- RAMA-MONTALDO, Manuel, International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations, *British Yearbook of International Law*, Vol.44, 1970, p. 112.
- RAMCHARAN, Bertrand, *Modernizing the Role of the International Court of Justice (Chapter: A Judicial Review Role for the ICJ)*, TMC Asser Press, 2022, pp 113-120.
- RAO, Pemmaraju Sreenivasa, *The United Nations and International Peace and Security-An Indian Perspective*, in, TOMUSCHAT, Christian (eds.), *The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective*, Kluwer Law International, 1995, p. 179;
- ROSENNE, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, The Hague; London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 989.
- RRECAJ, Besfort T., *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (ICJ Advisory Opinion, 25 February 2019, General List No. 169)*, *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol.35, 2020, p.54.
- SCHACHTER, Oscar, *International Law in Theory and Practice, (Chapter VI, Resolutions and Political Texts)*, *RCADI*, Vol.178, 1982, p. 117.

SCHWARZENBERGER, Georg, *International Law*, London: Stevens and Sons, vol. 1, pp. 26-27.

SCHWEBEL, Stephen M., *Widening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice without Amending Its Statute*, *Catholic University Law Review*, Vol.33, Issue 2, 1984, p.358.

SCHWEBEL, Stephen, *Authorizing the Secretary-General of the United Nations to Request Advisory Opinions of the International Court of Justice*, *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, p. 876-878.

SCOBBI, Iain, *Unchart(er)ed Waters?: Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine*, *European Journal of International Law*, Vol. 16, Issue 5, 2005, p.941 vd.

TALMON, Stefan, 'The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?' in TOMUSCHAT, Christian & THOUVENIN, Jean-Marc (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens And Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p.99.

TASHJIAN, Joel S., *Contentious Matters and the Advisory Power: The ICJ and Israel's Wall*, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 6, No. 1, 2005, p.428.

THIRLWAY, Hugh, *The International Court of Justice*, in EVANS, Malcolm D. (eds.), *International Law*, Oxford University Press, 2003, p. 582.

WALDOCK, Humphrey, *General Course on Public International Law*, RCADI, Vol.106, 1962, (Chapter 6, *Subsidiary and Derivative Sources of International Law*), p. 88.

Uluslararası Yargı ve Örgüt Kararları

1960 tarihli ve 1514 sayılı Sömürge İdaresi Altındaki Ülkelere ve Halklara Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildiri [UNGA Res. 1514 (XV) (14 December 1960)].

Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, *Advisory Opinion*, 20 July 1982, I.C.J. Rep. 325, para.21.

- Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2 of the Charter), Advisory Opinion, [1962] ICJ Rep 151, ICGJ 221 (ICJ 1962), 20th July 1962, para.157.
- Charter of the United Nations (adopted on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945) 1 UNTS 16, art. 96.
- Covenant of the League of Nations, 28 April 1919, 108 LNTS 188, art. 14.
Çeviri: DENK, Erdem, Bakınız: <http://www.erdemdenk.com/mcmi-saki.doc> (erişim tarihi 25.02.2022).
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, ILC 2001, UN Doc. A/56/49(Vol.1)/Corr.4, art. 1.
- East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, 30 June 1995, I.C.J. 90, 102, para. 29.
- ICJ Website, <https://www.icj-cij.org/en/organs-agencies-authorized> (erişim tarihi 02.03.2022).
- International status of South-West Africa, Advisory Opinion, [1950] ICJ Rep 128, 11th July 1950, p.133-137.
- Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania; First Phase, Advisory Opinion, International Court of Justice (ICJ), I.C.J. Reports 1950, 30 March 1950, para.70-71.
- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 21 June 1971 I.C.J. 16, 55, para. 40.
- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 19 July 2004 I.C.J. 136, 171, para. 46-50.
- Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, ICJ GL No 169, ICGJ 534 (ICJ 2019), 25th February 2019, para.83-91.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ GL No 95, [1996] ICJ Rep 226, 8th July 1996, para.11.
- Reparation for injuries suffered in the service of the Nations, Advisory Opinion, [1949] ICJ Rep 174, 11th April 1949, pp.187-188.
- Request for an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos

Archipelago from Mauritius in 1965, UNGA Res 71/292 (22 June 2017) UN Doc A/RES/71/292.

Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, [1951] ICJ Rep 15, 28th May 1951, pp-19-20.

Statute of the International Court of Justice, 24 October 1945, 33 UNTS 993, art.36.

The Status of Eastern Carelia, advisory opinion, PCIJ Series B, No. 5, para.27-28-29.

UNGA Res. 258 (III), 3 December 1948.

UNGA Res. 338 (IV), 6 December 1949.

UNGA Res. 71/292, 23 June 2017.

UNGA Res. ES-10/14, 8 December 2003.

UNGA Res. No. 2145 (XXI), 27 October 1966.

UNSC Res. No. 264, 20 March 1969.

UNSC Res. No. 276, 30 January 1970.

UNSC Res. No. 284, 29 July 1970.

Western Sahara, 1975 I.C.J. 4, at 41, Advisory Opinion of 16 October 1975, para. 21.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UYARLANMASI

Av. Gülistan AŞAN*

Öz

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yüklenicinin, arsa sahibinin arsası üzerinde yapı inşa ve teslim etmeyi, arsa sahibinin de buna karşılık arsasının belli paylarını veya bağımsız bölümlerini devretmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken yükleniciye devredilecek arsa payları başlangıçta kesin ve net olarak belirlendiği için bu durumda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 480 hükmünde yer alan götürü bedelin varlığı gündeme gelmektedir. Bu tip sözleşmelerde götürü bedel, sözleşme kuruluş aşamasında belirlendiği için kural olarak değiştirilemez. Ancak istisnai durumlarda TBK'nın 480/2. hükmünde düzenlenen şartların varlığı halinde yüklenicinin sözleşmeyi değişen koşullara uyarlanmasını talep etme hakkı doğmaktadır. Çalışmamızda, götürü bedelin riskini taşıyan yüklenicinin hangi şartlarda sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği, uyarlamada uyulması gereken usûl ve uyarlama talebinin sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

• Uyarlama • Götürü Bedel • Yüklenici • Arsa • Eser Sözleşmesi

* Doktora Öğrencisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | PHd Student, Istanbul Medeniyet University, Department of Private Law, Istanbul, Türkiye.

✉ gulistanasan1@gmail.com • ORCID 0000-0003-4530-1037

✎ **Atf Şekli** | Cite As: AŞAN Gülistan, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Uyarlanması", SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 1443-1480.

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ADAPTATION OF THE CONSTRUCTION CONTRACT IN RETURN FOR LAND SHARE

Abstract

A construction contract in return for a land share is a contract in which the contractor undertakes to construct and deliver the building on the landowner's land, and the landowner undertakes to transfer certain shares or independent parts of the land in return. Since the land shares to be transferred to the contractor are determined precisely and clearly at the beginning when the construction contract is drawn up in return for the land share, in this case, the existence of a lump-sum price included in the 480 provision of the Turkish Code of Obligations (TCO) numbered 6098 comes to the fore. In this type of contracts, the lump sum price cannot be changed as a rule, as it is determined at the establishment stage of the contract. However, in exceptional cases, Article 480/2 of the TCO. In case of existence of the conditions set forth in the provision, the contractor has the right to demand the adaptation of the contract to the changing conditions. In our study, the conditions under which the contractor, who bears the risk of the lump sum price, can demand the adaptation of the contract, the procedure to be followed in the adaptation and the results of the adaptation request are examined.

Key Words

• Adaptation • Fixed Price • Contractor • Land • Contract of Work and Services

GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat szleŐmesi, yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerinde yapı inşa ve teslim etmeyi, arsa sahibinin de buna karşılık arsasının belli paylarını veya bağımsız bölümlerini devretmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulurken yükleniciye devredilecek arsa payları baŐlangıŐta kesin ve net olarak belirlendiği işin bu durumda 6098 sayılı Türk BorÇlar Kanunu'nun (TBK) 480. hükmünde düzenlenen götürü bedelin varlığı söz konusu olur.

Götürü bedel, tarafların yapılacak işin bedelini önceden kesin ve net olarak belirledikleri bedel olup, kural olarak değiştirilemez. Ancak, tarafların sözleşme kurulurken öngöremedikleri veya öngörmelerine rağmen göz önünde bulundurmadıkları durumların ortaya Çıkması halinde, yüklenicinin söz konusu bedelle sözleşmeyi devam ettirmesi katlanılmaz bir hale gelebilir. Götürü bedelin riskini taşıyan kişi yklenicidir. Bu yüzden kanun koyucu götürü bedelin deđiŐtirilemezliđi kuralına istisna getirerek, katlanamayacağı bir duruma düşen yükleniciyi korumayı

amaçlamıştır. Buna göre, yüklenici şartları oluşmuşsa TBK m. 480/2 hükmüne dayanarak, tarafı olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kendisi açısından katlanılabilir hale gelmesi için sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir.

TBK m. 480/2 hükmü, esasen eser sözleşmesinde götürü bedelin uyarlanmasını düzenleyen bir hükümdür. Bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulanmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin de götürü bedelle kurulan sözleşmelerden olduğu kabul edilmektedir. Böylece tarafı olduğu sözleşme nedeniyle aşırı ifa güçlüğüne düşen yüklenici, şartlarının oluştuğu kanaatindeyse, sözleşmenin uyarlanmasını talep etme, bunun mümkün olmaması halinde ise sözleşmeyi, dönme veya fesih yoluyla sona erdirme hakkına sahiptir.

Özellikle COVID-19 pandemisi ve dövizdeki olağanüstü dalgalanmalar nedeniyle inşaat sektöründeki malzeme ve işçilik fiyatlarının aşırı derecede artması, şartların ne derece değişebileceğini göstermiştir. Sözleşmenin kurulması esnasındaki şartların nasıl değişebileceğini deneyimlediğimiz bu günlerde, sözleşmenin uyarlanmasının önemi açık bir şekilde görülmektedir. Bu sebeple arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması kurumu, yüklenici açısından oldukça önemli ve dikkatli bir şekilde incelenmesi gereken bir özelliğe sahiptir.

Çalışmamız kapsamında, öncelikle götürü bedel kavramı konu bakımından ele alınacaktır. Bunun yanı sıra, yüklenicinin TBK m. 480/2 hükmü kapsamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uyarlanmasını talep edebilmesi için gerekli olan şartlar, öğretilerdeki görüşlerden ve Yargıtay kararlarından yararlanılarak incelenecek ve bu hakkın kullanılmasının sonuçları değerlendirilecektir.

I. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UYARLANMASI

A. Götürü Bedel Kavramı

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerdir¹. 6098 sayılı Türk Borçlar

¹ TUNÇOMAÇ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku II. Cilt/ Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 953; YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 984; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 583-584; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI,

Kanunu'nun (TBK)² 470. maddesinde eser sözleşmesi, "yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme" Đeklinde tanımlanmıştır. TBK m. 470 hükmünün eser sözleşmesine ilişkin tanım dikkate alınarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, "bir tarafın (müteahhidin), diğer tarafın (arsa sahibinin) arsası üzerinde bağımsız bölümler inşa ve teslim etmeyi, buna karşılık arsa sahibin de arsasının belirli paylarının mülkiyetini, yükleniciye devretmeyi taahhüt etmesi" Đeklinde tanımlamak mmkndr³.

Hasan, Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 359; ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 463; BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 31; KURŞAT, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi Filiz Yayıncılık, İstanbül 2017, s. 6; KOCA-AĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 27; KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 43; GÜRPİNAR, Damla, Eser Sözleşmesinde cretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2006, s. 17; BAYGIN, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde cret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbül 1999, s. 3; BÜYÜKAY, Yusuf, "Götürü cretin Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde İŞ Sahibinin cretin İndirilmesini Talep Etme Hakkı", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt I, 1. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbül 2010, s. 663-664.

² RG, 04.02.2011, 27836.

³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1066; BAYGIN, s. 142; KURŞAT, s. 7; ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, Der Yayınları, 2010, s. 1; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 778; YENİOCAK, Umut, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 107; DURAK, Yasemin, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", İÜHFD, C. 1, 2015 (zel Sayı), s. 208; YHGK., E.2012/13592, K.2013/65, T.16.01.2013 sayılı kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin Şu Đekilde bir tanım yapmıştır: "...arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir." www.legalbank.net [13.12.2021]; Benzer yönde Y. 23. HD verdiği bir kararında: "...TBK'nın 470. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, iş sahibinin bir arsanın muayyen bir payının bedel olarak devri veya taahhüdü karşılığında, yüklenicinin bir inşa (yapı) eseri meydana getirmeyi taahhüt ettiği, iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, çift tipli bir karma sözleşmedir" Đeklinde tanım yapmıştır. Bkz. Y. 23. HD., E.2014/6839, K.2015/7863, T.03.12.2015 www.legalbank.net [13.12.2021]; Ğretide, Yargıtay'ın yapmış olduğu bu tanımın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hem hukukı niteliğini hem de tarafların aslı edim yükümlülüklerini içeren en kapsamlı tanımlardan bir tanesi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. KARADUMAN, Ece, Kentsel

Eser sözleşmesinde iş sahibi, eserin yapımı ve kendisine teslimi karşılığında ücret ödeme borcu altına girerken; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, inşa edilerek kendisine teslim edilecek bağımsız bölümlerin karşılığı olarak, arsasının belirli paylarının mülkiyetini yükleniciye devretme borcu altına girmektedir⁴.

Tarafların, ödenecek olan bedelin miktarını sözleşme kurulurken önceden ve kesin bir şekilde tespit etmeleri halinde, TBK m. 480 hükmüne göre götürü bedel üzerinden kurulmuş bir sözleşmenin varlığından söz edilir⁵.

Bedelin, götürü bedel olarak kabul edilebilmesi için, bu bedelin önceden belirlenmesi, sabit (kesin) olması ve kural olarak değiştirilememesi gerekir⁶. TBK m. 480/1 hükmünde bu şart açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bedelin götürü olarak belirlendiği hallerde yüklenicinin sözleşme konusu eseri belirlenen bedelle ortaya koyması gerekir. Eser, yüklenicinin öngördüğünden fazla emek ve masrafı gerektirse bile, yüklenici belirlenen bedelin artırılmasını kural olarak isteyemez⁷. Böylece taraflar arasında belirlenen bedel, bağlayıcı olup, kural olarak değiştirilemez.

Dönüşüm Mevzuatı Çerçevesinde İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 109.

- 4 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1088; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 778; ERMAN, Arsa Payı, s. 1; KURŞAT, s. 7; BAYGIN, s. 142.
- 5 TUNÇOMAÇ, s. 965; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1043-1044; EREN, Özel Hükümler s. 657; ARAL/AYRANCI, s. 415; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 537; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 768; BAYGIN, s. 30; KURŞAT, s. 94; KOCAAĞA, s. 174; ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmelerinde Beklenilmeyen Hal, İstanbul 1979, s. 63; ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 56; REMZİ, Mehmet/ AYDIN, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 277; ÖZER, Tolga, "Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel ve Bu Bedelin Uyarlanması", TAÜHFD, C. 1, S. 2, 2019, s. 186; ERGÜNE, Mehmet Serkan, "Eser Sözleşmesinde Götürü Bedele Bağlanan Sonuçların 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından İncelenmesi", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, Der, İstanbul 2015, s. 311.
- 6 EREN, Özel Hükümler, s. 657; KOCAAĞA, s. 174; ÖZER, s. 187-188.
- 7 YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1043-1044; EREN, Özel Hükümler, s. 657; ARAL/AYRANCI, s. 415; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 537; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 768; KOCAAĞA, s. 174; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 170; KURŞAT, s. 94; ÖZ, s. 56; GÖKYAYLA, K. Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat, İstanbul 2009, s. 217; BAYSAL, Başak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi", İÜHF, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 478.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin inşa edip teslim etmeyi üstlendiği bağımsız bölümlerin karşılığında, arsa sahibinin arsasının belirli paylarını devretmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin TBK m. 480 anlamında götürü bedelle kurulan sözleşme olduğunu gstermektedir⁸. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye devredilecek arsa payları sözleşme kurulurken kesin ve net bir Şekilde belirlendiği işin TBK m. 480 anlamında bir götürü bedelin varlığı söz konusu olur.

Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin götürü bedelle kurulan sözleşmelerden olduğunu belirtmektedir⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde götürü bedel, inşaatın gerÇek yapım masraflarından, iŐŐilik veya malzeme fiyatlarından bağımsızdır. InŐaat maliyetini oluşturan iŐŐilik ve malzeme masrafları sözleşmenin kurulmasında öngörülenden daha az veya daha fazla olsa bile, sözleşmede belirlenen bedel ifa edilir. Yüklenicinin götürü fiyat teklifi yaparken, inşaat maliyetlerinin hesabını ne Şekilde yaptđı veya dikkate aldığı hususların daha sonra deđiŐip deđiŐmemesi önemli değildir. Bu sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde götürü bedelin rizikosu TBK m. 480/1 hükmü uyarınca yükleniciye aittir¹⁰. Ancak ileride

⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1088; ERMAN, Arsa Payı, s. 213; BAYGIN, s. 143; ÖZER, s. 187; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 783; Z, 73-74.

⁹ YHGK., E.2014/718, K.2015/1433, T.27.05.2015 sayılı kararına göre, "Diğer taraftan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin götürü bedelli sözleşme olduğu tartışmasız bulunduğuna göre yükleniciye ait bir edimin, sözleşme ile dahi olsa arsa maliklerine devrine de yasal olanak bulunmamaktadır..." www.legalbank.net [13.12.2021]; "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri götürü bedelli sözleşmelerdir." Y. 23. HD., 29.11.2013 T., 2013/5450 E., 2013/7583 K. www.legalbank.net [13.12.2021]; "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa karşılıklı borÇ ykleven (synallagmatik) sözleşmelerden olup, bu sözleşme ile yüklenici, üzerinde taraflar arasında anlaŐılmıŐ bulunan vasıflarda ve imar mevzuatına uygun bir bina yapmayı üstlenirken arsa sahipleri de edim olarak, belirlenen arsa payının devrini gerŐekleŐtirmeyi üstlenir. Yapısı gereği bu sözleşme türü götürü bedelli olup, arsa maliklerinin arsa payı devretmekten başka borÇları bulunmamaktadır..." Y. 23 HD., 29.05.2018 T., 2015/5451 E., 2018/3389 K. www.legalbank.net [13.12.2021]; Benzer yönde Yargıtay kararı işin bkz. Y. 15. HD., 26.10.2010 T., 2007/4752 E., 2010/5757 K. www.legalbank.net [13.12.2021]; Y. 15. HD., 19.09.2019 T., 2018/4870 E., 2019/3557 K. www.legalbank.net [13.12.2021].

¹⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1088; EREN, zel Hükümler, s. 657; ARAL/AYRANCI, s. 415; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 537; KOCAAĞA, s. 176; KAPLAN, InŐaat Sözleşmeleri, s. 171; KURŞAT, s. 237; Z, s. 64; BÜYÜKAY, Eser Sözleşmesi, s. 164; GÖK-YAYLA, s. 217; ERGÜNE, s. 312; BAYGIN, s. 143; BÜYÜKAY, Götürü cret, s. 668;

açıklayacağımız üzere, kanun koyucu TBK m. 480/2 hükmü ile bu kurala istisna getirmiştir.

TBK m. 480/3 hükmüne göre, eserin tamamlanması, sözleşme ile öngörülenden daha az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, sözleşme ile belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür. Kanun koyucu, götürü bedelin rizikosunun yükleniciye ait olacağını belirttiikten sonra, taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanması amacıyla bu hükmü getirmiştir¹¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın belirlenen bedelden daha fazla emek ve masraf gerektirmesinin, yani daha pahalıya mal olmasının riskinin yükleniciye ait olduğunu belirtmiştik. Aynı şekilde, inşaat maliyetlerinin belirlenen bedelin altında kalmasından faydalanacak olan da yüklenicidir. Bu durumda arsa sahibi, inşaatın öngörülenden daha az masraf ve emekle tamamlandığı gerekçesiyle bedelin indirilmesini kural olarak isteyemeyecektir¹². Bu durum, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin bir sonucudur. Buna göre, taraflar aralarında bir götürü bedel belirlemişlerse, her iki tarafın buna uyması gerekir¹³. Zira hukuki

TOPUZ, Seçkin, Türk – İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin, Ankara 2009, s. 236; “Sözleşme konusu işlerin götürü bedelle yapılacağı yanlarca kararlaştırılmış olduğuna göre, yüklenici davacı işi kararlaştırılan fiyatla yapmak zorundadır; iş önceden tahmin edilen miktardan daha çok masrafı ve çok çalışmayı gerektirmiş olsa bile yüklenici, ücretin artırılmasını isteyemez.” Y. 15. HD., 08.02.2005 T., 2005/349 E., 2005/588 K. www.legalbank.net [13.12.2021].

¹¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1089; EREN, Özel Hükümler, s. 658; ARAL/AYRANCI, s. 415; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 537; KOCAAĞA, s. 174; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 171; GÖKYAYLA, s. 217; ERGÜNE, s. 313.

¹² KOCAAĞA, s. 177; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 171; GÜRPINAR, s. 113; “...Protokol içeriğinden sözleşme kapsamına dahil olan işlerin davacı yükleniciler tarafından 1.800.000.000 TL götürü bedelle üstlenildiği kesin olarak anlaşılmaktadır. Ücret götürü olarak belirlenmişse müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur. Yapılacak şey tahmin edilen miktardan daha az bir say ve masrafı mucip olsa bile, müteahhit bedelin artırılmasını isteyemeyeceği gibi; yapılacak şey evvelce tahmin edilen miktardan az bir say ile vücuda gelmiş olsa bile iş sahibi daha az bedel ödenmesini isteyemez, bedeli tamamen vermeye mecburdur.” Y. 15. HD., 19.03.1997 T., 1996/6881 E., 1997/1483 K. www.legalbank.net [13.12.2021].

¹³ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 544; ÖZ, s. 64; GÖKYAYLA, s. 217; BAYSAL, Değerlendirme, s. 478; BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 668; KOCAAĞA, s. 186-187; ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2006, s. 51; YENİOCAK, Umut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler: Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 167;

güvenliğin sağlanması için taraflar, kendi iradeleriyle belirledikleri şartlara uymak zorundadırlar¹⁴.

Götürü bedel, kural olarak sabit olup, değiştirilemez. Ancak bu kural mutlak olmayıp, bazı istisnaları bulunmaktadır. Kanun koyucu, bazı hallerde yükleniciye hâkimden bedelin artırılması talebinde bulunma, bunun mümkün olmaması durumunda ise sözleşmeden dönme ve sözleşmeyi feshetme hakkı tanımıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve hayatın olağan akışına göre öngörülemeyecek şekilde meydana gelen fiyat artışları, inşaatın belirlenen bedelle yapılmasını güçleştirebilir. Kanun koyucu, bedel konusunda ahde vefa ilkesinin sıkı bir şekilde uygulanmasının sebep olabileceği bu riskleri dikkate alarak, yüklenicinin sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesine imkân tanıyan bir hüküm getirmiştir. TBK'nın m. 480/2 hükmüne göre, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülmesine rağmen taraflarca dikkate alınmayan haller, eserin (inşaatın) kararlaştırılmış olan götürü bedelle yapılmasına engel olur ya da ifayı son derece güçleştirirse, yüklenici (müteahhit), hâkimden sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edebilir. Bunun mümkün olmaması durumunda ise yüklenici

DOĞAN, Gülmelahat, "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 26, S. 111, Mart 2014, s. 10; GÖNEN, Doruk, İnşaat Sözleşmelerinde Bedel, 1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2016, s. 66; AY-BAY, Memet Erdem, "Sözleşmenin Değişen Koşullara Göre Uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi)", MÜHFHAD Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3 (Özel Sayı), 2016, s. 332; AKINCI, Elif, "İnşaat Sözleşmelerinde Götürü Bedelin Uyarlanması", KTO KÜHFD, C. 3, S. 2, Temmuz 2018, s. 61; YÖRÜK, Işıl, Türk Hukukunda Sözleşmelerin Uyarlanması, 1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2021, s. 10; RESULOĞLU, Özenç, Aşırı İfa Güçlüğü ve Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s. 31.

¹⁴ ARAT, s. 51; TOPUZ, s. 64-65; AKINCI, Götürü Bedel, s. 62; KAYA, Ümmühan, "Sözleşmenin Uyarlanmasında Sonradan Değişen Şartlar ve Öngörülemezlik İlkesi", MÜHFHAD Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3 (Özel Sayı), 2016, s. 1570; TEZCAN, Mehmet, Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s. 5; "...Ahde vefa ilkesine göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık kuralı hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir..." YHGK., 30.05.2001 T., 2001/402 E., 2001/459 K. www.legalbank.net [13.12.2021].

sözleşmeden dönme ya da dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde fesih hakkını kullanabilir¹⁵.

TBK m. 480/2 hükmü, TBK m. 480/1 hükmünde yüklenici bakımından ele alınan ahde vefa ilkesine getirilmiş önemli bir istisnayı oluşturmaktadır¹⁶. Esasen TBK'nın "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 138. maddesinde sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin genel bir hüküm yer almaktadır. TBK m. 138 hükmü de ahde vefa ilkesine getirilmiş bir istisnadır¹⁷. Bu hüküm, aşırı ifa güçlüğü'nün ortaya çıktığı durumlarda, borçluya sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkı vermektedir. Ancak TBK m. 480/2 hükmünde, götürü bedelle kurulmuş olan eser sözleşmelerinin uyarlanmasına yönelik özel bir düzenleme bulunmaktadır. Özel hükmün, kural olarak genel hükümden önce uygulanması gerektiğinden, götürü bedelle kurulmuş eser sözleşmelerinde bedelin uyarlanmasına yönelik olarak TBK m. 480/2 hükmü, TBK m. 138 hükmü karşısında öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. TBK m. 480/2 hükmünün yetersiz kaldığı durumlarda TBK m. 138 uygulanmalıdır¹⁸.

¹⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1044; EREN, Özel Hükümler, s. 669; ARAL/AYRANCI, s. 416-417; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 538; GÖKYAYLA, s. 226; KURŞAT, s. 238; KOCAAĞA, s. 187; ÖZ, s. 64; ÖZER, s. 192; DURAK, s. 240.

¹⁶ ÖZ, s. 64; GÖNEN, Doruk, "İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanmasına İlişkin Sorunlar", İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Ed. Emrehan İnal/ Başak Baysal, 1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 338.

¹⁷ BAYSAL, Başak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 138 Hükmü Uyarınca Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanması", Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmeleri Çalıştayı, İstanbul 2015, s. 138.

¹⁸ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 542; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 208; ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 3, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 321; EREN, Özel Hükümler, s. 661; BAYSAL, Değerlendirme, s. 480; KURŞAT, s. 238-239; GÖNEN, Bedel, s. 67; ERCÜNE, s. 314; ÖZER, s. 192; AKINCI, Götürü Bedel, s. 68-69; AKINCI, Şahin, "COVID 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi", İTÜŞBD, Y. 19, S. 38, 2020/2 (Covid-19 Özel Ek), s. 98; GÜVENÇ, İpek, Eser Sözleşmesinde Götürü Bedelin Aşılması Sebebiyle Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021, 52-53; ACAR, Faruk, "Sözleşmelerin Uyarlanmasında Öngörülemez Olgu", Döviz İle Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, Ed. Murat Topuz, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 16; ÖZ, s. 65, yazara göre TBK m. 480/2 hükmü ile TBK m. 138 hükmü arasında ne şartları ne de sonuçları bakımından açık bir fark bulunmamaktadır. Yazar ayrıca TBK m. 138 hükmünün, iş sahibinin değişen beklenmedik koşullar

Öğretide ve Yargıtay kararlarında¹⁹, TBK m. 480/2 hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de uygulama alanı bulacağı kabul edilmiŐtir²⁰. Daha önce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, götürü bedelle kurulan sözleşmelerden olduğunu açıklamıŐtık. Bu durumda, götürü bedelle kurulan eser sözleşmelerinin uyarlanması koşullarını düzenleyen TBK m. 480/2 hükmünün, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de kıyasen uygulanması mümkündür.

B. Sözleşmenin Uyarlanmasının Şartları

Götürü bedelle kurulan arsa payı karşılığı inŐatta sözleşmelerinde, tespit edilen bedel kural olarak değiştirilemez. Bununla birlikte, kanun koyucu, TBK m. 480/2 hükmünde düzenlenen koşulların bulunması durumunda, sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin katı bir Şekilde uygulanmaması gerektiğini ve sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabileceğini kabul etmiştir. Bu hüküm sözleşmenin ifasını, Şartların deđiŐmemesi koşuluna bağlayan, temelini dürüstlük kuralından ve sözleşmeye bağlılık ilkesini gevŐeten, sözleşmenin yapıldığı zamanın Şartlarının

nedeniyle uyarlama bunun mümkün olmaması durumunda dönme talep ettiği halere de uygulanacağını ifade etmektedir.; "...TBK'nın 480/II. maddesine göre götürü bedelli eser sözleşmesinin uyarlanmasının istenmesi ve uyarlanması mümkün olup, götürü bedelli olmayan eser sözleşmeleri ve diğer sözleşmelerde işin özelliği ile koşulların gerçekleşmesi halinde genel kural niteliğinde olan TBK'nın 138. maddesine göre uyarlama talep edilmesi ve sözleşmenin uyarlanması mümkündür..." Y. 15. HD., 02.06.2020 T., 2019/3771 E., 2020/1216 K. www.legalbank.net [13.12.2021].

¹⁹ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında: "...Bu durumda mahkemece konusunda uzman bilirkişi kurulu marifetiyle gerekirse mahallinde keşif yapılmak ve aynı tarihlerde komşu parsellerle ilgili inceleme de yapılmak suretiyle sözleşme tarihinden sonra Belediyeye ait arsanın satın alınması zorunluluğunun ortaya cıkması ve imar değişikliği sonucu kat izninin düşürülmesinin sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren BK'nın 365/III. maddesinde belirtilen hallerden olup olmadığı, uyarlanma yapılmasını gerektiren hallerden olması durumunda da emsaller de incelenerek paylaşımın ne Şekilde yapılması ve sözleşmenin uyarlanması gerektiği hususlarında rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekirken eksik inceleme sonucu davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur." Şeklinde hüküm kurarak, TBK'nın 480/2. maddesinde aranan Şartların bulunması halinde sözleşmenin uyarlanabileceğini belirtmiştir. Bkz. Y. 15. HD., 26.10.2010 T., 2009/4752 E., 2010/5757 K. www.legalbank.net [13.12.2021].

²⁰ Z, s. 73-74; KURŞAT, s. 262-263; ERMAN, Arsa Payı, s. 212; AYDOĞDU/KAH-VECI, s. 783; BAYGIN, s. 143.

değişebileceği (clausula rebus sic stantibus)²¹ ilkesini yansıtan istisnai bir hükümdür²².

Bazı durumlarda yüklenicinin sözleşmede belirlenen bedel ile bağlı kalarak, edimini ifa etmesini beklemek hakkaniyete aykırı olabilir. Nitekim, sözleşmeye bağlılık kuralının sınırını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Değişen koşullar sebebiyle yüklenicinin borcunu ifa etmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaksa, edimler arasında denge sağlanması amacıyla sözleşmenin uyarlanması adil bir çözüm yolu olarak görünmektedir²³. Ancak, anılan kanun maddesinde yüklenicinin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmesi sıkı koşullara bağlanarak, değişen her koşulda uyarlama talep etmesinin önüne geçmek amaçlanmıştır²⁴.

1. Başlangıçta Öngörülemeyen veya Öngörülüp de Taraflarca Göz Önünde Bulundurulmayan Durumların Ortaya Çıkması

TBK m. 480/2 hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanması için gereken birinci koşul, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan bir durumunun ortaya

²¹ Her sözleşmenin, yalnızca sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olan koşulların varlığının devamı halinde geçerli olacağına ilişkin örtülü bir şarttır. Bkz. YÖRÜK, s. 13-15; "...Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılmayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK md.,4, 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık (Clausula Rebus Sic Stantibus- Beklenmeyen hal şartı- sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır..." Y. 3. HD., 30.05.2012 T., 2012/8973 E., 2012/13817 K. www.legalbank.net [13.12.2021].

²² TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 368; TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 239; EREN, Özel Hükümler, s. 660; ARAL/AYRANCI, s. 417; REMZİ/AYDIN, s. 278; ÖZ, s. 64; ARAT, s. 52 vd.; TOPUZ, s. 69 vd.; KOCAAĞA, s. 187; ERGÜNE, s. 313; BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 672; YILDIRIM, Sümeyye Hilal, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 222.

²³ SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 54.

²⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 544; GÖKYAYLA, s. 226; GÜVENÇ, s. 54.

çıkmasıdır²⁵. Esasen bu koşul kendi içerisinde iki farklı unsur barındırmaktadır. Buna göre, sözleşme kurulurken söz konusu durum taraflarca öngörülmemiş ya da öngörülmüş olmasına rağmen bu durumun gerçekleşmeyeceği kabul edilmiş olmalıdır²⁶. Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kurulması sırasında zaten mevcut olan, ancak tarafların bilgisizlikleri yüzünden göz önünde bulundurulmayan durumlara dayanılarak sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunulamaz. Örneğin, sözleşme yapıldığı esnada ithalat yasağı gelmiş ancak yüklenici bunu bilmeden sözleşmeyi imzalamışsa, bu halde koşulları oluşmuşsa TBK m. 30 vd. düzenlenen yapılma hükümlerine dayanabilir²⁷.

TBK m. 480/2 hükmünde açıkça yer almasa da, öğretide sözleşmenin uyarlanması bakımından, olağanüstü durumların varlığı şartı da aranmaktadır. Ancak olağanüstü sayılacak durumların mücbir sebep niteliğinde olması şart değildir. Nitekim tarafların öngörebilecekleri, ancak gerçekleşmeyeceğini kabul ettikleri olağanüstü durumların gerçekleşmesi de yükleniciye sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkı verebilir²⁸. Yargıtay'ın, öğretideki görüşü destekler nitelikte kararları bulunmaktadır²⁹.

²⁵ EREN, Özel Hükümler, s. 661; ARAL/AYRANCI, s. 417; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 544; REMZİ/AYDIN, s. 278; ÖZ, s. 65; GÖKYAYLA, s. 226; KOCAAĞA, s. 188; KURŞAT, s. 246; DURAK, s. 241; GÜVENÇ, s. 57.

²⁶ ÖZ, s. 65; KURŞAT, s. 246.

²⁷ ÖZ, s. 65, 67; GÖNEN, Bedel, s. 70; ACAR, s. 17.

²⁸ TANDOĞAN, s. 239; ARAL/AYRANCI, s. 417; KOCAAĞA, s. 188; BAYGIN, s. 66; GÜVENÇ, s. 57.

²⁹ TANDOĞAN, s. 239; EREN, Özel Hükümler, s. 661; ARAL/AYRANCI, s. 417; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 769; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 545; ACAR, s. 17; KURŞAT, s. 246-247; ÖZ, s. 65; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 203; KOCAAĞA, s. 188; GÖKYAYLA, s. 227; BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 676; GÜRPINAR, s. 138 vd.; BAYGIN, s. 66; ARAT, s. 95; ALDEMİR TOPRAK, İpek Betül, Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 215; "...Sözleşmenin edimler arasındaki dengeyi bozan olağanüstü haller, harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi; sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir..." Y. 13. HD., 06.04.1995 T., 1995/145 E., 1995/3339 K. www.legalbank.net [13.12.2021].; Belirtmek gerekir ki TBK'nın 138. maddesi, sözleşmenin uyarlanması için olağanüstü bir durumun ortaya çıkmasını açıkça aramaktadır. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için olağanüstü bir durumun varlığını aramayan görüş için bkz. BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, 2020, s. 228-234; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?",

Teknik kurallara uygun olarak yapılan inşaatın normal yapımını engelleyen, gerçekleşmesi imkânı olmayan herhangi bir neden, giderleri arttıran olağanüstü bir durum olarak kabul edilir³⁰. Olağanüstü durumlar, doğal olaylardan kaynaklanabileceği gibi, hukukî, ekonomik ve sosyal olaylardan da kaynaklanabilir. Deprem, yıldırım düşmesi, sel baskını, inşaat yapılacak arsa ya da arazinin jeolojik yapısının öngörülenden çok farklı olması gibi durumlar doğal olaylara³¹; savaş, grev, boykot, ithalat yasağı, para değerinde olağanüstü bir düşüş, işçi ücretlerinin veya malzeme fiyatlarının aşırı derecede artması gibi durumlar doğal olaylar dışındaki olaylara örnek olarak gösterilebilir³².

Sözleşmenin uyarlanması bakımından vurgulanması gereken en önemli husus, öngörülemezliktir. Bir durumun öngörülemez olup olmadığının belirlenmesinde, yüklenici dikkate alınmalıdır. Olağanüstü durum yalnızca somut durumdaki yükleniciyi değil, objektif ölçüye göre benzer alandaki işleri üstlenen basiretli her yükleniciyi etkiler nitelikte olmalıdır. Başka bir anlatımla somut durumdaki yüklenicinin kişisel özelliklerinden ziyade inşaat sektöründe tecrübeli, inşaatı zorlaştıracak tehlikeleri öngörebilen, teknik kuralları bilen yüklenici ölçü olarak kabul edilir³³. Zira sözleşmenin uzman tarafı yüklenici olup, inşaat süresince ortaya

Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Ed. Rona Serozan/ İlhan Ulusan/ Nami Barlas, İstanbul 2000, s. 503-514.

³⁰ SELİÇİ, s. 55; KURŞAT, s. 247; Öğretide bazı yazarlar olağanüstü durumun sürekli olması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 545; GÖKYAYLA, s. 227; BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 676; GÖNEN, Bedel, s. 76; BAYGIN, s. 67; başka bir yazar olağanüstü durumun değil, olağanüstü durumun etkilerinin sürekli olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. ÖZER, s. 193, dn. 23; Kanaatimizce de olağanüstü durumların sürekli olmadığından bahisle sözleşmenin uyarlanmasına karşı çıkmak isabetli olmayabilir. Ortaya çıkan durumun özelliğine göre, ortada geçici bir durum olsa bile yüklenicinin borcunu ifa etmesini engelleyecek derecedeysen sözleşmenin uyarlanabileceği kabul edilmelidir. Buna göre somut olayın tüm şartlarının birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılması gerekmektedir.

³¹ EREN, Özel Hükümler, s. 661.

³² TANDOĞAN, s. 240; EREN, Özel Hükümler, s. 661; ARAL/AYRANCI, s. 417; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 769; SELİÇİ, s. 55; KURŞAT, s. 247; ÖZ, s. 65; KOCAAĞA, s. 188-189; GÖKYAYLA, s. 226-227; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 200 vd.

³³ TANDOĞAN, s. 240; ARAL/AYRANCI, s. 417; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 545; ACAR, s. 18; KURŞAT, s. 248; SELİÇİ, s. 55-56; KOCAAĞA, s. 189; GÖNEN, Bedel, s. 71; BAYGIN, s. 68; GÜRPINAR, s. 138; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 200; AKINCI, Götürü Bedel, s. 69; EREN, Özel Hükümler, s. 662.

çıkabilecek teknik, iktisadî ve olağanüstü durumları öngörebilecek olan da kendisidir³⁴.

Öğretideki bir görüşe göre, yükleniciye ait sübjektif unsurların, yüklenicinin sahip olduğu bilginin, yeteneklerinin de dikkate alınması gerekir³⁵. Bir durumun öngörülemez olarak kabul edilip edilmeyeceği, bilirkişiler tarafından objektif olarak yapılacak araştırma sonucu oluşan kanaat ve düşünceye göre tespit edilecektir³⁶.

Son dönemde yaşanan COVID-19 pandemisi nedeniyle inşaat maliyetleri aşırı derecede artmış ve inşaat işlerinin, yüklenici tarafından, sözleşmede belirlenen ücret ile zamanında tamamlanması zorlaşmıştır. COVID-19 öngörülemeyen olağanüstü bir durum olduğuna göre yüklenicinin bu hükme dayanarak sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunması mümkündür. Her ne kadar tacirlerin tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş insanı gibi davranma yükümlülüğü bulunsada, yüklenicilerin COVID-19'u ve etkilerini öngörebilmeleri mümkün değildir³⁷.

Sözleşmenin uyarlanmasını haklı kılan olağanüstü durumların, kural olarak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkması gerekir. Sözleşme kurulduğu sırada halihazırda mevcut bir durum varsa yüklenicinin TBK m. 480/2'ye dayanması mümkün değildir³⁸. Ancak bazı istisnai durumlarda sözleşmenin kurulmasından önce var olan olağanüstü durumlara yönelik TBK m. 480/2'nin uygulanması mümkündür. İnşaatın

³⁴ SELİÇİ, s. 55.

³⁵ ARAL/AYRANCI, s. 417.

³⁶ TANDOĞAN, s. 240; ARAT, s. 96; AKINCI, Götürü Bedel, s. 70; KAYA, s. 1583.

³⁷ KARADUMAN, s. 164-165; AKINCI, COVID-19'un Etkisi, s. 98-99; ACAR ÜNAL, Özlem, "Covid-19 Virüsünün Sözleşmelere Etkisinin TBK Md. 138 Hükümü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, Ed. Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020, s. 296.

³⁸ EREN, Özel Hükümler, s. 662; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 545; GÖKYAYLA, s. 227; ARAT, s. 95; GÖNEN, Bedel, s. 70; ÖZER, s. 195; AKINCI, Götürü Bedel, s. 70; ALDEMİR TOPRAK, s. 216; "...olayda 365/2. Maddenin uygulama alanı bulmadığı ortadadır. Çünkü ihale kararı idari yargıda iptal edilmesine ve aradan 2 yıllık bir süre geçmesine rağmen, davacı sözleşme bedelini kabul ederek sözleşmeyi imzalamış, sözleşmeden kaçınma hakkı ve imkanı bulunmasına rağmen bedeli kabul etmiştir. Davacının ticaret şirketi olması ve tacir sıfatını taşıması karşısında müdebbir bir tacir gibi hareket ederek sözleşmeyi imzalamadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, davanın tümden reddi yerine yazılı gerekçelerle kabulü doğru olmuştur..." Y. 15. HD., 22.11.2007 T., 2006/4205 E., 2007/7412 K. www.legalbank.net [21.12.2021].

yapılacağı alanda, ancak inşaata başladıktan sonra fark edilebilecek kaya veya su çıkması gibi durumlarda, bu engellerin objektif olarak öngörülebilmesi mümkün değilse, yüklenici bu durumda TBK m. 480/2 hükmüne başvurabilir³⁹.

Tarafların öngörebildikleri ancak sonuçlarının ne denli etkili olacağını öngöremedikleri durumlarda da uyarılama talep edilmesi mümkün olmalıdır. Başka bir anlatımla, öngörülemezliğin mutlaka olayın kendisine ilişkin olması gerekmez, olayın etkilerinin ve sonuçlarının bu derece önemli olacağını önceden öngörülememesi TBK m. 480/2'nin uygulanması için yeterli kabul edilebilir⁴⁰. Örneğin, enflasyonun artması öngörülebilir bir durumken⁴¹, bunun döviz kurlarını bir günde dört beş katına çıkarması ve sonuçlarının bu denli yıkıcı olmasının beklenmemesi; iş hayatında grevlerin olabileceği öngörülmesine rağmen grevin somut durumda beklenmedik bir şekilde uzaması, yürütülme tarzı ve etkilerinin önceden öngörülemez nitelikte olduğunun kabulü gerekir⁴².

TBK m. 480/2 hükmüne göre, taraflarca öngörülmüş olmasına rağmen göz önünde bulundurulmayan durumlar da öngörülemez durum olarak kabul edilmekte ve bu tür durumlarda da yüklenicinin TBK m. 480/2'ye başvurmasına imkân tanınmaktadır⁴³. Tarafların öngörüp de göz önünde tutmadığı durumlarda, tarafların ortak düşünceleri, bu durumun gerçekleşmeyeceği ya da gerçekleşmesinin mümkün olmamasıdır⁴⁴. Bu

³⁹ TANDOĞAN, s. 242; EREN, Özel Hükümler, s. 662; GÖNEN, Bedel, s. 75; ÖZ, s. 67; ÖZER, s. 195; bu konuda Yargıtay kararı için bkz. Y. 15. HD., 14.01.2020 T., 2019/2492 E., 2020/71 K. www.legalbank.net [21.12.2021].

⁴⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1045; TANDOĞAN, s. 242; ÖZ, s. 67; KURŞAT, s. 247; GÖNEN, Bedel, s. 72; BAYSAL, Uyarılama, s. 236; ÖZER, s. 195; GÜRPINAR, s. 126; BAYGIN, s. 71; GÜVENÇ, s. 69.

⁴¹ "...Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşmamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir... Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarılamanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır..." YHGK., 12.11.2014 T., 2014/1614 E., 2014/900 K. www.legalbank.net [21.12.2021].

⁴² TANDOĞAN, s. 241; ÖZ, s. 67; KURŞAT, s. 247; GÖNEN, Bedel, s. 72-73.

⁴³ TANDOĞAN, s. 241; EREN, Özel Hükümler, s. 663; SELİÇİ, s. 57-57; KURŞAT, s. 250; GÜVENÇ, s. 70.

⁴⁴ ARAL/AYRANCI, s. 418; KOCAĞA, s. 189; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 203.

hükme, özellikle teknik açıdan önceden belirlenmesi güç olan hafriyat ve inşaat işlerinde baŐvurulmaktadır⁴⁵.

2. Oluşan Yeni Koşulların, Taraflarca Belirlenen Götürü Bedelle İnşaatın Yapılmasına Engel Olması veya Son Derece GleŐtirmesi

TBK m. 480/2 hükmü kapsamında yüklenicinin, sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilmesinin ikinci Şartı, oluşan yeni koşulların taraflarca belirlenen götürü bedelle inşaatın yapılmasına engel olması veya son derece güçleŐtirmesidir. Başka bir anlatımla, taraflarca öngörülemeyen veya öngörülüp de göz önünde bulundurulmayan olaŐanst durumlar, yüklenicinin belirlenen götürü bedelle inŐaati yapmasına engel olmalı veya son derece gleŐtirmelidir. Bu Şart, sözleşmenin uyarlanmasının haklı nedenini oluŐurmaktadır⁴⁶. ÖĞretide, inşaatın yapılmasına

⁴⁵ SELİÇİ, s. 58; BAYGIN, s. 70; TANDOĞAN'a göre, "rneğin tünel veya köprü yapılacak yer uzmanlara incelettirilmif ve buna elverişli olduğu bir raporla tespit edilmiş; taraflar zımnen bu raporu sözleşmelerinin temeli olarak kabul etmiŐler; sonradan toprak bir türlü tutmamıŐ, olaŐanst giderler yapılmasını gerektirmiş veya baraj yapılacak tabandaki sondajlardan arazinin su geçirmezlik derecesi doğru olarak tespit edilememiŐ veya bir yapının temel kazısında önceden tespit edilemeyen büyük yer altı suları çıkmış. Yahut bir liman inŐaati için idare daha önce civardaki taÇ ocaklarını uzmanlara inceletmiŐ ve bu uzmanların raporlarına göre Őartnameyi tespit etmiş, sonradan bu ocaklar yeterli çıkmamıŐ ve çok daha uzaklardan taÇ getirmek gerekmiŐŐ" bu durumlarda, tarafların önceden öngörebildikleri ancak yaptıkları incelemeler sonucu bu durumların, ortaya çıkmayacağı sonucuna vardıkları görülmektedir. Bkz. TANDOĞAN, s. 241; Yargıtay da bir kararında konuyu Şu Şekilde ele almıştır; "Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, sözleşme öncesi düzenlenen zemin raporlarının inşaat sırasında ortaya çıkan zemine uygun olmadığının anlaşılması üzerine öngörülemeyen ek masraflarla karşılaşılması sebebiyle eksik yapılan ödemelerin tahsili istemine ilişkindir. ... Bu durumda mahkemece yapılacak iş; itiraz edilen hakke-diŐlerdeki fiyat farkı (sözleşmeye göre kazı yapılması için ödenecek bedel ile zeminin sözleşme sırasında verilen zemin raporlarına uygun olmadığının anlaşılması sebebiyle kazının bir bölümünün dinamit patlatılarak yapılmak zorunda kalınması sonucu hesaplanacak bedel arasındaki fark) hesaplatılırp, bu farkın tüm götürü bedele kıyaslandığında tarafların önceden tahmin etmedikleri veya öngördükleri halde meydana gelmesine ihtimal vermedikleri olaŐanst Şart niteliğinde olup uyarlama yapılarak sözleşmedeki götürü bedelin arttırılmasının gerekip gerekmediği ile uyarlama gerekiyorsa bunun miktarı hususlarında yeniden oluşturulacak konusunda bilirkişi kurulundan rapor alınıp 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 365/III. hükmünün uygulanması gerekip gerekmediği mahkemece değerlendirilerek sonucuna göre uygun bir karar verilmesinden ibarettir." Y. 15. HD., 21.10.2015 T., 2015/1640 E., 2015/5241 K. www.legalbank.net [13.12.2021].

⁴⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1046; TANDOĞAN, s. 244; ARAL/AYRANCI, s. 418; EREN, zel Hükümler, s. 663; KURŞAT, s. 252; Z, s. 68; KOCAAĞA, s. 190;

engel olmanın, inşaatın yapılmasını son derece güçleştirmenin özel bir uygulama halini oluşturduğu ifade edilmektedir⁴⁷. Bu hüküm, aynı zamanda tarafların edimleri arasındaki dengenin, yükleniciden beklenemeyecek derecede ve büyük oranda bozulmuş olmasını ifade etmektedir⁴⁸.

Ortaya çıkan olağanüstü durumların, önceden belirlenen götürü bedelle inşaatın yapılmasına ne derece etkisi olduğunun tespiti, somut olaydaki yüklenicinin ekonomik ve fiili durumu dikkate alınarak yapılır. Burada subjektif bir değerlendirme söz konusudur⁴⁹. Hâkim, her somut olayın özelliğine göre, inşaatın yapılmasına engel olunması veya son derece güçleştirmesi rizikosunun, iyi niyet kurallarına göre yükleniciye yüklenip yüklenmeyeceğini değerlendirmelidir⁵⁰. Burada öngörülemez riziko, karşılanabilen bir riziko değil, aşırı bir rizikodur. Öyle ki, ortaya çıkan bu riziko dolayısıyla yüklenicinin inşaatı artık karşılaştırılan götürü bedelle yapmasının beklenememesi gerekir⁵¹. Yüklenicinin sözleşmeye devam etmesinin, mahvına yol açması gerekmediği gibi, hiç kâr etmemesi de ücretin arttırılması için yeterli bir neden değildir⁵². Buna karşılık kâr marjı tamamen ortadan kalkmasa bile içinde bulunduğu ekonomik durum bakımından kazancındaki azalma, işletmesini ciddi bir tehlikeye sokacaksa, bu durumdaki yüklenici hâkimin müdahalesini talep edebilir⁵³.

Ortaya çıkan beklenmedik durumlar, yüklenicinin mali durumundan ve edimler arasındaki dengenin bozulmasından bağımsız olarak

KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 204; GÖNEN, Bedel, s. 80; DURAK, s. 241; ALDEMİR TOPRAK, s. 217; GÜVENÇ, s. 71.

⁴⁷ ARAL/AYRANCI, s. 418; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 190.

⁴⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 547; "...Sözleşmenin temelini oluşturan konularda önceden öngörülemez veya öngörülmesine rağmen gerçekleşmeyeceğine inanılan önemli değişiklikler sonucu edimler arasındaki dengenin aşırı bozulması halinde iyi niyet kurallarına dayanarak hakim tarafından sözleşme, değişen koşullara uyarlanabilir..." Y. 15. HD., 21.10.2015 T., 2015/1640 E., 2015/5241 K. www.legalbank.net [21.12.2021].

⁴⁹ TANDOĞAN, s. 244; ÖZ, s. 68; KURŞAT, s. 252.

⁵⁰ TANDOĞAN, s. 244; COŞKUN, Mahmut, İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 326.

⁵¹ TANDOĞAN, s. 244; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 548; KOCAAĞA, s. 190.

⁵² TANDOĞAN, s. 245; EREN, Özel Hükümler, s. 664; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 548; ACAR, s. 18; REMZİ/AYDIN, s. 278; KURŞAT, s. 253; ÖZ, s. 68; KOCAAĞA, s. 191; GÖNEN, Bedel, s. 82; GÖKYAYLA, s. 230; BAYSAL, Değerlendirme, s. 480; YILDIRIM, s. 224; ALDEMİR TOPRAK, s. 217.

⁵³ ÖZ, s. 69.

inşaatın yapımını imkansız hale getirmişse; yüklenici TBK m. 480/2 hükmüne başvuramayacaktır. Nitekim bu hüküm, inşaatın teknik veya hukukî olarak yapılmasının imkânsız hale geldiği durumlara ilişkin bir düzenleme değildir. Zira burada inşaatın yapılmasının teknik bakımdan güçleşmesinden ziyade, masrafların artması dolayısıyla kararlaştırılan bedelle işin yapılmasının güçleşmesi durumu söz konusudur. O halde, inşaatın yapılmasının teknik veya hukukî olarak imkânsız hale gelmesinde yüklenicinin kusuru varsa TBK'nın 112. maddesinde düzenlenen kusurlu imkânsızlık hükmü, yüklenici kusursuzsa TBK'nın 136. maddesinde yer alan kusursuz imkânsızlık hükmü uygulanır⁵⁴.

3. Ortaya Çıkan Yeni Koşulların ve İfanın Güçleşmesinin Yükleniciye İsnat Edilememesi

Kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da, ortaya çıkan yeni koşulların ve ifanın güçleşmesinin, yüklenicinin kusurundan ileri gelmemiş olması gerekir. Kendisine yüklenebilecek sebeplerden ötürü ifa güçlüğü çeken yüklenici, TBK m. 480/2 hükmünden faydalanamaz⁵⁵. Bu şart TBK m. 480/2' de açıkça düzenlenmese de temelini dürüstlük kuralından almaktadır⁵⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, konuya ilişkin verdiği bir kararında, tacir olan yüklenicinin basiretli bir iş insanı gibi davranarak, kendisinden beklenebilecek bütün özeni göstermesi, işin yapıldığı zamanın koşullarını, enflasyonun durumunu bilerek götürü bedeli buna göre belirlemesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁷.

Yüklenici, iş organizasyonunda, malzemenin temininde, işin ifasında, kendisinden beklenen ölçüler dâhilinde gerekli önlemleri almamışsa ya da inşaatı vaktinde tamamlamayarak temerrüde düşmüşse ve temerrüde düŐtükten sonra meydana gelen olağanüstü bir durum,

⁵⁴ TANDOĞAN, s. 246; EREN, Özel Hükümler, s. 663-664; ÖZ, s. 69; KURŞAT, s. 253-254; GÖNEN, Bedel, s. 83; ÖZER, s. 197.

⁵⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 368; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1046; SELİÇİ, s. 59; TANDOĞAN, s. 246-247; EREN, Genel Hükümler, s. 546; EREN, Özel Hükümler, s. 665; ARAL/AYRANCI, s. 418; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 549; ACAR, s. 18; REMZİ/AYDIN, s. 278; ÖZ, s. 70; KURŞAT, s. 254; BÜYÜKAY, Eser Sözleşmesi, s. 177; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 205; KOCAAĞA, s. 191; GÖNEN, Bedel, s. 86; GÖKYAYLA, s. 231; BAYGIN, s. 86; ÖZER, s. 197; AKINCI, Götürü Bedel, s. 73; KAPLAN, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 150.

⁵⁶ KURŞAT, s. 254; BÜYÜKAY, Eser Sözleşmesi, s. 177; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 205; BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 678.

⁵⁷ YHGK., 30.05.2001 T., 2001/402 E., 2001/459 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

inşaatın tamamlanmasını aşırı güçleştirmişse bu halde yüklenicinin TBK m. 480/2 hükmünden yararlanması mümkün olmayacaktır⁵⁸.

İnşaatın yapımını güçleştiren durumların yüklenicinin kusurlu davranışlarından kaynaklanması gerekmez. Dikkat edilmesi gereken, yüklenicinin eylemlerinin, ortaya çıkan olağanüstü durumlar ve ifanın aşırı ölçüde güçleşmesi arasındaki illiyet bağına kesmesidir⁵⁹. Yüklenicinin fiilinin, ortaya çıkan olağanüstü durum ile ifanın güçleşmesi arasındaki illiyet bağına ne ölçüde etkisi olduğunun dikkate alınması gerekir. Eğer yüklenici tacir ise, basiretli bir iş insanı gibi hareket etme ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır. Tacir olan yüklenici, basiretli davranarak ortaya çıkabilecek riskleri dikkate almak zorunda olduğu gibi, ayrıca bütün sosyal ve ekonomik koşulları da göz önünde bulundurmalıdır. Yüklenici, kendisinden beklenebilecek bütün özeni göstermiş olmasına rağmen, olağanüstü bir durum ortaya çıktığı takdirde, bu durumun yükleniciye yüklenmemesi gerekir⁶⁰.

4. Yapının Tamamlanmamış Olması

Hâkimin, TBK m. 480/2 hükmüne göre sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uyarlayabilmesi için, yüklenicinin edimini ifa etmemiş olması gerekir. Nitekim yüklenici sözleşmenin uyarlanmasını talep ederken, somut koşullarda borcunu ifa etmesinin olanaklı olmadığı veya kendisinden beklenemeyecek derecede güç olduğunu ileri sürmektedir. Yüklenicinin borcunu ihtirazi kayıt koymadan ifa etmiş olması; ifanın güç olmadığı, yüklenicinin değişen hal ve şartları kabul ettiği, bu nedenle uyarılmanın mümkün olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır⁶¹. Daha sonra nasıl olsa

⁵⁸ ÖZ, s. 70; KURŞAT, s. 255; BÜYÜKAY, Eser Sözleşmesi, s. 177; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 205; KAPLAN, Müdahale, s. 150; GÖNEN, Bedel, s. 87; BAYSAL, Değerlendirme, s. 481; "...Yüklenicinin uyarılma istemesi için davadan önce temerrüde düşmesi gerekir. Oysa sözleşme süresi içinde davalı edimini yerine getirmemiş inşaatın ancak %85'ini yapabilmiştir. O halde temerrüde düşen borçlu uyarılma talep etme hakkını yitirmiş olur..." YHGK., 30.05.2001 T., 2001/402 E., 2001/459 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

⁵⁹ KURŞAT, s. 254; GÖNEN, Bedel, s. 88-89; BAYGIN, s. 87; ÖZER, s. 198.

⁶⁰ TANDOĞAN, s. 247; BAYGIN, s. 87; AKINCI, Götürü Bedel, s. 73; SELİMOĞLU, Yaşar Engin, Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 218; YILDIRIM, s. 225.

⁶¹ KAPLAN, Müdahale, s. 152-153; GÖKYAYLA, s. 231; ACAR, s. 18; ÖZ, s. 70; KOCA-AĞA, s. 193; BÜYÜKAY, Eser Sözleşmesi, s. 176; GÖNEN, Bedel, s. 89-90; BAYGIN, s. 92-93; GÜRPINAR, s. 130-131, 150; GÜVENÇ, s. 87; AYDEMİR, Efrail, Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, 1. Baskı, Seçkin

talep edilebilir düşüncesi ile herhangi bir ihtirazi kayıt koymadan yapıyı olağanüstü koşullara rağmen tamamlayan yüklenicinin, yapıyı teslim ettikten sonra ücret artırım talebi kabul edilmemektedir⁶².

Dolayısıyla, kural olarak yüklenici yapıyı tamamladıktan sonra, sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunamaz. Ancak, eğer yüklenici edimini ihtirazi kayıt koymak suretiyle ifa etmişse, yapının tamamlanmasından sonra da sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilir⁶³. Yargıtay'ın, ifanın aŐırđ derecede gcleŐmesinden doğan hakların saklı tutulmaksızın edimin ifa edilmiş olması nedeniyle uyarlama istenemeyeceği yönünde kararları bulunmaktadır⁶⁴.

5. İfa Gclğnn Arsa Sahibine Bildirilmesi

TBK m. 480/2 hükmünde açıkça düzenlenmemiş olsa da, Yargıtay kararları⁶⁵ ve öğretideki baskın grŐe⁶⁶ göre, yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan götürü bedelle yapıyı tamamlamasına engel olan veya son derece gcleŐtiren durumların ortaya çıkması halinde, bu durumları gecikmeksizin arsa sahibine bildirmesi gerekir. Yüklenicinin, yapının

Yayıncılık, Ankara 2013, s. 129-130; "Sözleşmenin değişen hal ve Şartlara uyarlanması istenebilmesi için diğer koşulların yanında edimlerin henüz ifa edilmemiş olması da gerekir. Sözleşmenin tarafđ değişen hal ve Şartlara rağmen edimini ihtirazi kayıt koymaksızın ifa etmişse ifada bulunmakla onu yerine getirme gc ve imkanına sahip olduğu ve değişen Şartlara rağmen borcunu kabul etmiş bulunduğu dolaylı olarak ortaya koymuş olduğundan, kural olarak sözleşmenin uyarlanmasını talep edemez. Somut olayda davacı tarafça iş tamamlanarak davalı iş sahibine geçici kabul tutanađđ yapılarak teslim edildiği ve teslim sırasında (geçici kabul tutanağında) uyarlama ile ilgili ihtirazi kaydı da bulunmadığından uyarlama istemesi mümkün değildir." Y. 15. HD., 13.11.2015 T., 2015/1637 E., 2015/5752 K. www.legalbank.net [22.12.2021]; benzer yönde bkz. Y. 15. HD., 10.04.2017 T., 2016/2989 E., 2017/1630 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

⁶² Z, s. 70.

⁶³ KAPLAN, Müdahale, s. 153; GÖKYAYLA, s. 231; KOCAAĞA, s. 193; GÖNEN, Bedel, s. 90; BAYGIN, s. 93; GÜRPINAR, s. 131, 150; ALDEMİR TORPAK, s. 217.

⁶⁴ Y. 15. HD., 16.09.2019 T., 2018/3543 E., 2019/3495 K. www.legalbank.net [10.12.2022].

⁶⁵ Y. 15. HD., 13.11.2015 T., 2015/1637 E., 2015/5752 K.; benzer yönde bkz. Y. 15. HD. 28.11.2016 T., 2016/2574 E., 2016/4867 K.; Y. 15. HD., 16.01.2020 T., 2019/2098 E., 2020/116 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

⁶⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1047; TANDOĞAN, s. 247; EREN, zel Hükümler, s. 666; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 548; SELİÇİ, s. 56; GÖKYAYLA, s. 230; Z, s. 70-71; KURŞAT, s. 255; KOCAAĞA, s. 193; KAPLAN, İnaŐat Sözleşmeleri, s. 205; ERGÜNE, s. 315; GÖNEN, Bedel, s. 100; BAYGIN, s. 89; ÖZER, s. 199; AKINCI, Götürü Bedel, s. 76-77; DURAK, s. 241; ALDEMİR TOPRAK, s. 217.

yapılmasına veya tamamlanmasına engel olan durumu arsa sahibine bildirmesi, özen yükümlülüğünün bir gereğidir⁶⁷.

Öğretide bazı yazarlar, bildirim yükümlülüğünün hukukî dayanağını TBK m. 472/3 hükmüne dayandırmaktadır⁶⁸. TBK m. 472/3 hükmüne göre, eser meydana getirilirken, eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır. Bildirimde bulunmaması halinde, bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur. Bu yazarlara göre, TBK m. 472/3 hükmü, götürü bedelin uyarlanması için de uygulama alanı bulacak ve yüklenici, ortaya çıkan olağanüstü durumları arsa sahibine bildirmediği takdirde artan maliyetlere katlanmak zorunda kalacaktır.

6. Taraflar Arasında Aksi Yönde Anlaşma Bulunmaması

TBK m. 480/2 hükmü, emredici değil tamamlayıcı nitelikte olduğundan, taraflar sözleşmede özel bir düzenlemeye yer vererek, hükmün uygulanmasını engelleyebilirler⁶⁹. Taraflar, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak her türlü olağanüstü hal ve koşula rağmen bu hükmün uygulanmayacağını kararlaştırabilirler. Başka bir anlatımla, sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca belirlenen götürü bedelin değişen hal ve koşullara göre arttırılması, sözleşmeye konulacak bir hükümle engellenebilir⁷⁰.

⁶⁷ KURŞAT, s. 255; ERGÜNE, s. 315, dn. 15.

⁶⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1047; GÖKYAYLA, s. 230-231; REMZİ/AYDIN, s. 279; ÖZ, s. 70; KURŞAT s. 356; GÖNEN, Bedel, s. 100-101; ERGÜNE, s. 315, dn. 15; GÜRPINAR, s. 149; YILDIRIM, s. 226; ALDEMİR TOPRAK, s. 217-218; GÜVENÇ, s. 88.

⁶⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1046; TANDOĞAN, s. 247; EREN, Özel Hükümler, s. 666; ARAL/AYRANCI, s. 419; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 549; GÖKYAYLA, s. 231-232; REMZİ/AYDIN, s. 278; ÖZ, s. 65; KURŞAT, s. 244; KOCAĞA, s. 192; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 199; GÖNEN, Bedel, s. 91; SELİÇİ, s. 60; ARAT, s. 125; BAYGIN, s. 95; ERGÜNE, s. 316, dn. 16 vd.; ÖZER, s. 200; AKINCI, Götürü Bedel, s. 74; GÜVENÇ, s. 83.

⁷⁰ "...Somut olayda, taraflar arasındaki sözleşmede yüklenicinin fiyat farkı isteyemeyeceğine ilişkin açık hüküm bulunduğundan, davanın hukuki dayanağının BK'nın 365/2 maddesi ile 1986/2-2 sayılı İ.B.K. olacağı açıktır. Gerek, BK'nun 365/2 maddesinde ve gerekse anılan İ.B.K'da, sözleşme bedelinin artırılıp artırılamayacağı hususu, her olayın özellikleri dikkate alınarak hakimnin takdirine bırakılmıştır. Bu nedenlerle, böyle bir davada hakimnin şartların oluşup oluşmadığına karar verebilmesine yetecek derecede inceleme-keşif vs. yapması, icabından bilirkişiden mütalaa alarak sonuca ulaşması yerinde olacaktır. Öte yandan, Bakanlar Kurulu'na fiyat farkı kararnameinin çıkartılması, B.K.nun 365/2 maddesinde yer alan ve sözleşmedeki bedelin değişmesini haklı kılacak derecede şartların ağırlaştırığının idarece kabul

Örneğin, olağanüstü durumlar nedeniyle malzeme fiyatları aşırı derecede artsa bile bir arttırma isteminde bulunulamayacağı genel olarak Şart koŐulabilir veya bazı riskler özel olarak belirtilerek (rneğin grev, devalüasyon gibi), bunların ortaya ııkması halinde ücretin arttırılmayacağı kararlaŐtırılabilir⁷¹.

Görüldüğü üzere, taraflar bu hükmün uygulanmasını tamamen kaldıracabilecekleri gibi, başvuru Şartlarını zorlaŐtırarak, hükmü sınırlandırabilirler⁷². Ancak sözleşmeye konulacak bu kaydın 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) "dürüstlük kuralını" düzenleyen 2. maddesi, "kimsenin özgürlüklerinden vazgeçmeyeceğini veya onları hukuka ya da ahlka aykırı olarak sınırlayamayacağını" düzenleyen 23/2. maddesi ve "konusu ahlka ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz kabul edileceğine" ilişkin TBK'nın 27/1. maddesine aykırı olmaması gerekir⁷³. Bu nedenle, yüklenicinin haklarını sınırlayan kayıtların dar yorumlanması gerekmektedir. Buna göre, sözleşme metninde genel ifadelerin kullanılması ya da "kararlaştırılan bedel kesindir" veya "belirlenen bedel değiştirilemez" gibi ifadelerin yer alması, tek başına hükmün uygulanmasından

edildiğini göstermez. Çünkü, idare zaten her yıl için gerekli kabul ettiği fiyat artışlarını otomatikman yapmakta, sözleşmelerinin eki olarak kabul edilen Őartnamelerde fiyat farkı olarak işe başlayan yüklenicilere ödenmektedir. Böyle bir durum bilinmekte iken, sözleşmenin fiyat farkı istenilmeyeceği kabul edilerek imzalanması karşısında 'mademki kararname ııktı, yleyse B.K.nun 365/2. maddesindeki Şartlar da oluşmuştur' Şeklinde bir sonuca varılması mümkün bulunmamaktadır..." YHGK. 20.09.2006 T. 2006/525 E., 2006/554 K. www.lexpera.com [22.12.2021].

⁷¹ TANDOğAN, s. 247-248; GÖNEN, Bedel, s. 95; DUMAN, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 1090; "...Davacı yüklenici Şirket temsilcisinin davacı idare tarafından açılan ihaleye verdiği 12.06.2012 tarihli ihale teklif mektubunun 1. maddesinde "Yukarıda ihale kayıt numarası ve adı yer alan ihaleye ilişkin ihale dokümanını oluşturan tüm belgelere tarafımızdan okunmuş, anlaŐılmıŐ ve kabul edilmiştir..." Şeklinde, yine aynı teklif mektubunun 6. maddesinde "Teklif cetvelinde yer alan her bir iş kaleminin miktarının ve mahiyetinin ihale dokümanında yer alan teknik Őartnameye ve projelere uygun olduğunu kabul ediyoruz..." Şeklinde teklif ve beyanda bulunduğu anlaşılmaktadır. Yine taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 12. maddesinde benzer hükümlerle iş programı belirlenmiş olup, sözleşmenin 14. maddesine göre de fiyat farkı istenilmeyeceği kararlaştırılmış bulunmaktadır. O nedenle fiyat farkı niteliğindeki iş bedelinin arttırımına yönelik talep kabul edilemez..." Y. 15. HD., 14.09.2015 T., 2015/163 E., 2015/4355 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

⁷² EREN, zel Hükümler, s. 666; KURŞAT, s. 243.

⁷³ EREN, zel Hükümler, s. 666; ARAL/AYRANCI, s. 419; KOCAAğA, s. 192; GÖNEN, Bedel, s. 98; AKINCI, Götürü Bedel, s. 74; ERGÜNE, s. 316, dn. 16; ACAR, s. 18; GÜVENÇ, s. 84.

feragat niteliği taşımaz. Sözleşmenin yorumu, bu feragatin TBK m. 480/2 hükmünün saklı kalmak koşuluyla yapıldığını gösterebilir. Dolayısıyla, tarafların bu yöndeki iradeleri herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık olmalıdır⁷⁴.

Uygulamada iş sahibinin ekonomik olarak daha güçlü tarafı oluşturduğu sözleşmelerde, özellikle üst yüklenici konumundaki iş sahibinin alt yüklenicilerle sözleşme yaptığı hallerde, çok detaylı olumsuz şartlara yer verildiği görülmektedir. Götürü bedelle kurulan bu sözleşmelerde, yüklenici borcunu eksiksiz bir şekilde tamamlayana kadar ortaya çıkan olumsuz koşullar, maliyetlerin arttırmasına neden olsa da sözleşmede kararlaştırılan bedelin değiştirilmesi veya başka bir ek talepte bulunulması engellenmektedir⁷⁵. Örneğin iş sahipleri, sözleşmenin kurulmasından sonra, enflasyon, devalüasyon, malzeme ve işçilik maliyetlerinin artması nedenleri ileri sürülerek ek talepte bulunulamayacağına ilişkin bir şart koyarak kendi durumlarını önceden güvenceye almaktadırlar⁷⁶.

Sözleşmeye olumsuz intibak kaydının konulması, genel işlem koşulu oluşturup oluşturmayacağı sorusunu karşımıza çıkarabilir. Nitekim büyük inşaat işlerini konu edinen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çerçeve sözleşme şeklinde yapılarak genel işlem koşullarını içermesi mümkündür⁷⁷. Bu koşulların geçerli olabilmesi için yüklenicinin, düzenleyici kurallardan sapan, onunla çelişen ve kendi menfaatine aykırı olan genel işlem koşulunu bilerek ve isteyerek kabul etmiş olması gerekir. Aksi durumda, genel işlem koşulu değil, düzenleyici kural uygulanır⁷⁸. Bu husustaki düzenleyici kanun maddesi kural TBK m. 480/2 hükmüdür.

Taraflar sözleşme ile TBK m. 480/2 hükmünün uygulanmasını sınırlandırdıkları veya tamamen kaldırdıkları durumlarda bile arsa sahibinin buna dayanması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyorsa, yüklenicinin TBK m. 480/2 hükmüne başvurabileceğinin kabulü gerekir. Özellikle arsa sahibinden kaynaklanan gecikmeler nedeniyle iş vaktinde bitirilmez

⁷⁴ TANDOĞAN, s. 249; EREN, Özel Hükümler, s. 666-667; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 549; GÖKYAYLA, s. 232; KOCAAĞA, s. 192; GÖNEN, Bedel, s. 97; ÖZER, s. 201; AKINCI, Götürü Bedel, s. 74-75; DUMAN, s. 1091.

⁷⁵ GÖNEN, Bedel, s. 95-96.

⁷⁶ GÖNEN, Bedel, s. 96; SELİMOĞLU, s. 218; AKINCI, s. 74.

⁷⁷ AKIN SUNAY, Nesrin, "Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Kapsamında Akdedilen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözümler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 2, Mart 2019, s. 278.

⁷⁸ AKIN SUNAY, s. 279.

ve ortaya çıkan gecikme esnasında, fiyatlarda aşırı bir artış meydana gelirse, arsa sahibinin söz konusu hükme dayanması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır. Bu halde sözleşmeye TBK m. 480/2 hükmüne başvurulmayacağına ilişkin kayıt konulmamış gibi, sözleşmenin uyarlanması istenebilir⁷⁹. Son olarak yüklenicinin TBK m. 480/2'den doğan haklarından feragat ettiğini, arsa sahibinin kanıtlaması gerekir⁸⁰.

C. Arsa Sahibinin Uyarlama Talep Edip Edemeyeceği Sorunu

TBK m. 480/2 hükmünden doğan sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme hakkı, yükleniciye tanınmış bir hak olduğundan, iş sahibinin de bu hükme başvurup başvuramayacağı tartışmalıdır. Gerçekten de, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan beklenmedik haller, örneğin hammadde fiyatlarındaki düşme, paranın değer kazanması (revalüasyon), hava koşullarının beklenenden daha iyi gitmesi ya da inşaat sektöründeki teknolojik gelişmelerin, yüklenicinin yapıyı beklenenden daha az maliyetle tamamlamasını sağlaması söz konusu olabilir⁸¹. Bu gibi durumlarda arsa sahibinin uyarlama talep edip edemeyeceği tartışmalıdır.

TBK m. 480/2 hükmü yüklenici lehine getirilmiş bir hüküm olup, madde lafzında yalnızca yükleniciden bahsedilmiştir. Hüküm, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan yeni koşulların, inşaat maliyetlerini azaltması veya genel olarak yüklenicinin işini kolaylaştırması durumunda, arsa sahibine sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkı vermemektedir⁸².

Kanunun lafzına rağmen öğretide bazı yazarlar, arsa sahibinin de sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceğini kabul etmektedir⁸³. Bu yazarlara göre, hukukî dayanağını dürüstlük kuralından alan TBK m. 480/2 hükmünün, edimler arasındaki dengenin arsa sahibi aleyhine değişmesi durumunda kıyas yoluyla uygulanması gerekir. Bu hükmün arsa sahibi

⁷⁹ TANDOĞAN, s. 250; EREN, Özel Hükümler, s. 666; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 550; GÖKYAYLA, s. 232; REMZİ/AYDIN, s. 279; SELİÇİ, s. 62; GÖNEN, Bedel, s. 98-99; KOCAAĞA, s. 192-193; ÖZER, s. 202; BAYGIN, s. 101.

⁸⁰ TANDOĞAN, s. 249; EREN, Özel Hükümler, s. 666; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 550; GÖKYAYLA, s. 232; KOCAAĞA, s. 192; AKINCI, Götürü Bedel, s. 75; DUMAN, s. 1091.

⁸¹ GÖNEN, Bedel, s. 103; GÖNEN, Uyarlama, s. 343-344; AKINCI, Götürü Bedel, s. 78.

⁸² GÖNEN, Bedel, s. 104.

⁸³ BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 675-676; BAYGIN, s. 129-130; ERGÜNE, s. 323-324; GÜRPINAR, 154-155.

bakımından da uygulanmaması için haklı bir sebep bulunmamaktadır. Arsa sahibinin de TBK m. 480/2'den faydalanabilmesi, aynı koşullar altında her iki tarafa da eşit davranılmasının gereğidir. Sonuç olarak, beklenmedik hallerin ortaya çıkardığı yeni koşullar, tarafların edimleri arasındaki dengeyi arsa sahibinden katlanması beklenmeyecek derecede bozmuşsa, arsa sahibi de TBK m. 480/2 hükmüne dayanarak ücretin indirilmesini talep etme hakkına sahip olmalıdır.

Karşıt görüşteki yazarlara⁸⁴ göre, TBK m. 480/2 hükmünde düzenlenen sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, bunun mümkün olması halinde sözleşmeden dönülmesi istisnasından yalnızca yüklenici yararlanabilir. Arsa sahibinin bu hükme dayanması mümkün değildir. Yazarlara göre, arsa sahibinin sözleşmeye bağlılığının düzenlendiği TBK m. 480/3 hükmünün öncesinde yer alan bu istisna, arsa sahibine tanınmamıştır. Kanun koyucunun burada bilinçli olarak sustuğu kabul edilmektedir. Nitekim götürü bedelle kurulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, riskin önemli bir kısmını yüklenici üstlenmektedir. Bu sebeple, götürü bedel usulünde sözleşmeye bağlılık kuralına yüklenici lehine bir istisna getirilerek, yüklenicinin üstlendiği risk sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla, kanun koyucunun götürü bedel usulünde yüklenicinin üstlendiği riski sınırlandırmak için getirdiği bu düzenlemenin uygulama alanının genişletilmesinin, hükmün amacıyla bağdaşmayacağı ifade edilmektedir.

Öğretideki başka bir görüşe göre ise, TBK m. 480/2 hükmünün arsa sahibi bakımından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep etme hakkı tanımamış olması büyük bir eksiklik değildir. Nitekim TBK'nın 480/2. maddesine göre genel hüküm niteliği taşıyan TBK 138. maddesinde "*aşırı ifa güçlüğü*" hallerinde, sözleşmenin her iki tarafına da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep etme hakkı tanınmıştır. Arsa sahibi, TBK m. 138 hükmünde düzenlenen koşulların varlığı halinde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması isteyebilecektir⁸⁵.

D. Uyarlamada Uyulması Gereken Usûl

TBK m. 480/2 hükmünde, öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde yüklenicinin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hakkını dava

⁸⁴ TANDOĞAN, s. 257 vd.; ÖZ, 66; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 207; GÖNEN, Bedel, s. 109-111; GÖNEN, Uyarlama, s. 349-351; KOCAĞA, s. 196.

⁸⁵ KOCAĞA, s. 197; BAYSAL, Değerlendirme, s. 482; GÜVENÇ, s. 121-122.

yoluyla kullanabileceği açıkça dzenlenmiŐtir⁸⁶. Sözleşmenin uyarlanması hakkının dava yoluyla kullanılmasının nedeni, uyarlama Şartlarının gerçekleşip gerçekleŐmediđinin hâkim tarafından değerlendirilmesidir. Hâkim, yüklenicinin talebi üzerine somut olayda sözleşmenin uyarlanması için gereken koşulların gerçekleşip gerçekleŐmediđini tespit edecektir⁸⁷.

Sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkının dava yoluyla kullanılmasından önce yüklenicinin, ortaya çıkan yeni koşulların dikkate alınarak sözleşmenin yeniden müzakeresi için arsa sahibine bildirimde bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim sözleşmenin uyarlanması için dava açılması, tarafların dava dışında anlaşmalarına bir engel değildir. Elbette yüklenicinin, dava açılmadan önce müzakere davetinde bulunması da mmkndr⁸⁸.

Öğretide bir görüş, sözleşmenin uyarlanmasını gerektirecek bir hâlin ortaya çıkması durumunda, yüklenicinin bu durumu arsa sahibine bildirerek kendisini uyarlama konusunda müzakereye davet etmesi ve yapılacak müzakere sonucunda bedelin arttırılması veya başka Şekilde sözleşmenin uyarlanmasıyla sorunun çözülebileceği, bunun mümkün olması durumunda dava aılabileceğini ifade etmektedir⁸⁹. Arsa sahibi, sözleşmenin mevcut haliyle devam edilmesinde ısrar ettiği takdirde, yüklenici yapacağı bildirimde dava açma hakkını saklı tutmak kaydıyla, yapıyı tamamladıktan sonra sözleşmenin uyarlanmasını, açacağı dava ile hâkimden talep edebilecektir⁹⁰.

TBK m. 480/2 hükmü uyarlamanın yalnızca ücretin arttırılması değil, sözleşmenin değişen Şartlara uyarlanması Şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim ücretin arttırılması dışında, sözleşmede belirlenen

⁸⁶ EREN, zel Hükümler, s. 667; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 550; Z, s. 71; KURŞAT, s. 261; KOCAAĞA, s. 194; BÜYÜKAY, Götürü cret, s. 680; GÖNEN, Bedel, s. 124-125; ÖZER, s. 202; DURAK, 241; ACAR, s. 18; DUMAN, s. 1092; ALDEMİR TOPRAK, s. 218; uyarlama talep etme hakkının mutlaka dava yoluyla kullanılmasına gerek olmadığı yönündeki aksi görüş için bkz. BAYSAL, Değerlendirme, s. 483-484.

⁸⁷ Z, s. 71; KURŞAT, s. 261; KOCAAĞA, s. 194; ÖZER, s. 202.

⁸⁸ GÖNEN, Bedel, s. 120; GÖNEN, Uyarlama, s. 360; BAYSAL, GPİS Uyarlanması, s. 153-154; AKINCI, Götürü Bedel, s. 78.

⁸⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 551; GÖKYAYLA, s. 233; ARAT, s. 174.

⁹⁰ GÖKYAYLA, s. 234; GÖNEN, Bedel, s. 125.

sürenin uzatılması veya edimin kapsamının daraltılması gibi farklı şekillerde sözleşmeye müdahale edebilir⁹¹.

Sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkının dava yoluyla kullanılacağı, TBK m. 480/2 hükmünde açıkça belirtilmekte, ancak uyarlanmanın mümkün olmaması durumunda kullanılabilir döne hakkı bakımından böyle bir şart aranmamaktadır⁹². Dönme hakkı, yenilik doğurucu bir hak olduğundan, arsa sahibinin hâkimiyet alanına varması ile sonuç doğuran tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılabilir⁹³. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, dönmenin sonuç doğurması için mahkeme kararının gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁹⁴. Zira bu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa payları sözleşme kurulurken yükleniciye devredilmektedir. Bu sebeple dönmenin sonuç doğurması için mahkeme kararına ihtiyaç olduğu, Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Buna göre, hâkim önüne gelen dosyada dönme talebinin haklı olup olmadığını inceleyecek; dönme talebini haklı bulmadığı takdirde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutacaktır.

E. Uyarlama Talebinin Sonuçları

Yüklenici, yukarıda açıkladığımız TBK m. 480/2'deki şartların gerçekleştiği kanaatindeyse, öncelikle hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep etme, bunun mümkün olmaması veya arsa

⁹¹ EREN, Özel Hükümler, s. 668; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 552; ÖZ, s. 72; KURŞAT, s. 257; GÖNEN, Bedel, s. 124-125, 129-130; ÖZER, s. 202; ERGÜNE, s. 321; ACAR, s. 19.

⁹² EREN, Özel Hükümler, s. 669; ÖZ, s. 71; KURŞAT, s. 261; KOCAAĞA, s. 195; GÖNEN, Bedel, s. 116; ÖZER, s. 202; AKINCI, Götürü Bedel, s. 79.

⁹³ EREN, Özel Hükümler, s. 668; KURŞAT, s. 261; GÖNEN, Bedel, s. 119; GÖNEN, Uyarlama, s. 359; ÖZER, s. 203-204; AKINCI, Götürü Bedel, s. 79.

⁹⁴ "...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, tapuda pay devrini de içerdiğinden, yapılması özel şekil şartına tabi olduğu gibi, dönme suretiyle sona ermesi de, tek taraflı irade beyanının karşı tarafa ulaştırılmasıyla mümkün değildir. Ancak tarafların tamamının katılım ve dönme konusundaki uygun iradelerinin birleşmesiyle sona erdirilebileceği gibi, açılacak dava sonucu verilecek dönme nedeniyle sona erme kararının kesinleşmesiyle sona erecektir..." Y. 15. HD., 14.10.2019 T., 2019/643 E., 2019/3904 K. www.legalbank.net [22.12.2021]; "...arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakim kararına ihtiyacı vardır; yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir..." Y. 15. HD., 08.10.1998 T., 1998/2263 E., 1998/3752 K. www.legalbank.net [22.12.2021]; Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y. 15. HD., 21.03.2006 T., 2005/1712 E., 2006/1639 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

sahibinden beklenmediği takdirde, sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği hallerde ise, sözleşmeyi fesih yoluyla sona erdirebilecektir.

Bu kapsamda aşağıda öncelikle, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını, uyarılmanın mümkün olmaması durumunda gündeme gelen sözleşmenin sona erdirilmesini açıklayacağız.

1. Sözleşmenin Uyarlanması

TBK m. 480/2 hükmü, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından özellik taşır. Nitekim bu sözleşmelerde bedel, para değil belli arsa paylarıdır⁹⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye devredilecek arsa payları kesin olarak belirlendiği için, götürü bedelli sözleşme olduğu kabul edilir⁹⁶. Bu durumda TBK m. 480/2 hükmünde düzenlenen Şartların oluşması halinde yüklenicinin uyarılama talep etme hakkı bulunmaktadır. Özellikle, malzeme ve işçilik maliyetlerinin beklenenden fazla artmış olması ve bu artışın yapının değerine olumlu bir etkisinin olmaması veya çok az etki etmiş olması durumunda yüklenici bu hükümden yararlanabilecektir⁹⁷.

Yüklenici, sözleşmenin uyarlanması hakkı kapsamında, arsa payının artırılmasını veya daha fazla bağımsız bölüm talep edebileceği gibi, yapı henüz tamamlanmamış ise, süre uzatımı da talep edebilir. Burada hâkimin, her somut olayı kendi Şartları içerisinde değerlendirerek, sözleşme içeriğine en az müdahale eden uyarılama yöntemini belirlemesi gerekir⁹⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, hâkim tamamen yüklenicinin talebiyle

⁹⁵ Z, s. 73; ERMAN, Arsa Payı, s. 213; BAYGIN, s. 142.

⁹⁶ "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri götürü bedelli olduğundan koşulların gerçekleşmesi halinde değişen koşullara göre uyarlanması mümkündür..." Y. 15. HD., 19.09.2019 T., 2018/4870 E., 2019/3557 K. www.legalbank.net [22.12.2021]; ERMAN, Arsa Payı, s. 213.

⁹⁷ Z, s. 74; KURŞAT, s. 262; ERMAN, Arsa Payı, s. 213; BAYGIN, s. 144.

⁹⁸ EREN, zel Hükümler, s. 668; GÖNEN, Bedel, s. 125; ERGÜNE, s. 321; AKINCI, COVID-19'un Etkisi, s. 98-99; "...Sözleşmenin konusunu oluşturan konularda önceden öngörülemeyen veya öngörülmesine rağmen gerçekleŐeceđine ihtimal verilmeyen önemli değişiklikler sonucu edimler arasındaki dengenin aşırı bozulması halinde iyiniyet kurallarını da göz önünde tutarak, hakim tarafından sözleşme değişen koşullara uyarlanabilecektir. Bu durumda mahkemece itiraz edilen hakkediŐlerdeki sözleşmeye göre ihaleye esas uygulama projeleri ve mahal listeleri, porsantaj listesi ve yaklaşık maliyet cetveline göre ödenecek bedel ile zemin yapısı nedeniyle fore kazıklı ankrağlı betonarme iksa imaltı yapılmak zorunda kalınması sonucu oluşacak bedel arasındaki fark hesaplatılarak, bu farkın götürü bedelle kıyaslanmadığında tarafların önceden tahmin etmedikleri veya öngördükleri halde gerçekleşmesine

bağlıdır. Buna göre, yüklenici yalnızca sözleşmenin uyarlanmasını talep etmişse ve hâkim bunu arsa sahibinin durumu açısından mümkün görmüyorsa bu durumda; şartları gerçekleşmiş olsa bile sözleşmeden dönülmesine karar veremeyecektir. Şayet yüklenici terditli dava açıp, sözleşmenin uyarlanmasını bunun mümkün olmaması halinde dönülmesine karar verilmesini talep etmişse, o zaman hâkim şartların oluşup oluşmadığını talep sırasına göre değerlendirecektir⁹⁹.

Sözleşmenin uyarlanması şartlarının oluşması ve uyarlamanın arsa payının arttırılması veya daha fazla bağımsız bölüm verilmesi şeklinde yapılmasına karar verilmesi halinde, arsa sahibinin ediminde yapılacak artış miktarının nasıl tespit edileceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Burada hâkim bozulan menfaat dengesini yeniden sağlamaya çalışacaktır. Hâkimin buradaki görevi arsa sahibinin durumunu ağırlaştırmak değil, yüklenicinin katlanamayacağı kadar yüksek olan gider artışlarını katlanabileceği seviyeye indirmektir¹⁰⁰. Hâkim, arsa sahibinin sözleşmeye göre vereceği arsa payının arttırılması veya bunun yerine yahut bununla birlikte, yükleniciye bir miktar para da verilmesine hükmedebilir. Örneğin, sözleşmede yükleniciye 5 daire karşılığı arsa payı verilecekse; yüklenicinin işi yapabilir duruma gelmesi için alacağı arsa payı 6 daireye yetecek miktara çıkarılabilir. Duruma göre, arsa sahibine, 5 daire ile birlikte yükleniciye bir miktar para vermesi borcu da yüklenebilir¹⁰¹.

ihhtimal vermedikleri olağüstü şart niteliğinde olup uyarlama yapılarak sözleşmedeki götürü bedelin artırılması ve süre uzatımı gerekip gerekmediği, uyarlama gerekiyorsa bunun miktarı ve uzatılması gereken süre konusunda yeniden oluşturulacak uzman bilirkişi kurulundan gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480/II. maddesi hükmünün uygulanması gerekip gerekmediği mahkemece değerlendirilerek talepler konusunda sonuca uygun bir karar vermesi gerekirken eksik inceleme ile davanın kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur..." Y. 15. HD., 02.05.2016 T., 2016/442 E., 2016/2507 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

⁹⁹ ÖZ, s. 72; KURŞAT, s. 258; KAHVECİ, Ali Ziya, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 132; Aksi yöndeki görüş için bkz. ERGÜNE, s. 320.

¹⁰⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 669; ARAL/AYRANCI, s. 419; KURŞAT, s. 258; KOCA-AĞA, s. 194; GÖNEN, Bedel, s. 126-127; AKINCI, Götürü Bedel, s. 78.

¹⁰¹ ÖZ, s. 74; KURŞAT, s. 263; "...Somut olayda, sözleşmenin yapıldığı tarihte ruhsat alınması için Belediyeye ait 35,23 m² lik arsanın alınması zorunluluğu bulunmadığı gibi inşaat izni 7 kat iken sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra 5 kata düşürülmüştür. Bu durumda mahkemece konusunda uzman bilirkişi kurulu marifetiyle gerekirse mahallinde keşif yapılmak ve aynı tarihlerde komşu parsellerle ilgili inceleme de yapılmak suretiyle sözleşme tarihinden sonra Belediyeye ait arsanın satın alınması zorunluluğunun ortaya çıkması ve imar değişikliği

Burada esas önemli olan, sözleşmenin yüklenici bakımından katlanılabilir duruma getirilmesidir. Ancak, hâkim bedel artışına karar verirken bu sefer sözleşmeyi, arsa sahibi açısından katlanılamaz bir duruma getirmemelidir¹⁰². Tarafların ekonomik durumu da hâkimin takdir yetkisini kullanmasında etkili olacaktır¹⁰³.

2. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

TBK m. 480/2'ye göre yüklenici, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması, mümkün olmadığı yani sözleşmenin uyarlanması ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ayakta tutulamıyorsa ve tarafların sözleşmeyle bağlı kalmaları beklenmiyorsa bu takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, ancak fesih hakkını kullanabilir.

Yüklenicinin açmış olduğu uyarlamaya ilişkin dava, hâkim tarafından uyarlamanın mümkün olmadığı gerekçesiyle reddedildiği takdirde yüklenici dönme hakkını kullanabilir. Ancak, sözleşmeden dönülmesi dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturacaksa, yüklenici sözleşme ilişkisini fesih yoluyla sona erdirebilir. TBK m. 480/2' de yükleniciye tanınmış

sonucu kat izninin düşürülmesinin sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren BK'nın 365/III. maddesinde belirtilen hallerden olup olmadığı, uyarlama yapılmasını gerektiren hallerden olması durumunda da emsaller de incelenerek paylaşımın ne şekilde yapılması ve sözleşmenin uyarlanması gerektiği hususlarında rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekirken eksik inceleme sonucu davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur... Y. 15. HD., 26.10.2010 T., 2007/4752 E., 2010/5757 K. www.legalbank.net [13.12.2021]; "...Sözleşmeden önce inşaat alanı ile ilgili olarak İller Bankası'na yaptırılan zemin etüdüne göre; belli önlemlerin alınması halinde, bu alanda inşaat yapılmasına engel bir durumun olmadığı anlaşılmaktadır. Davacı yüklenici, zemin etüdünde belirtilen tedbirleri de aşar şekilde munzam tedbirler almasına rağmen, inşaat yapımının son derecede güçleştiğini ve maliyeti arttırdığını, ileri sürerek, bunun için gerekli olan 500.000 Dolardan, arsa sahibinin payına düşen miktar esas almak üzere, şimdilik 40 milyon TL yi talep etmiştir... Somut olayda, işin yapımının önceden tahmin olunamayacak şekilde zorlaşmış zorlaşmadığı iller bankası raporu da nazara alınarak araştırılmalı, böyle bir durum mevcut ise davanın, BK'nın 365. maddesi uyarınca yasal uyarlama niteliğinde yüklenicinin arsa payı oranının arttırılması istemi olduğu kabul edilerek davaya bu şekilde bakılıp, sonucuna göre olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır..." YHGK. 05.03.2003 T., 2003/125 E., 2003/141 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

¹⁰² EREN, Özel Hükümler, s. 669; ARAL/AYRANCI, s. 419; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 551; ÖZ, s. 72-73; KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri, s. 204; KOCAAĞA, s. 194; GÖNEN, Bedel, s. 127; GÜRPINAR, s. 151.

¹⁰³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 551; GÖKYAYLA, s. 253; KOCAAĞA, s. 194; GÖNEN, Bedel, s. 127.

olan sözleşmenin uyarlamasını talep etme hakkı ile dönme ve fesih hakları birbirleriyle yarışan seçimlik haklar değildir. Bu sebeple, hükümde belirtilen şartlar olduğu takdirde yüklenici öncelikle birincil hakkı olan uyarlama hakkını, bunun mümkün olmaması halinde ise ikincil hakkı olan dönme hakkını kullanabilecektir¹⁰⁴.

a. Sözleşmeden Dönme

Sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasının mümkün olmaması veya tarafların sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenmemesi halinde yüklenici sözleşmeden dönebilir. Dönme ile beraber, sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak yani kurulduğu andan itibaren son bulur¹⁰⁵. Sözleşme, kurulduğu andan itibaren son bulunduğu için tarafların bu sözleşmeden doğan hak ve borçları da, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren ortadan kalkacaktır.

Sözleşmeden dönülmesinin sonuçlarından biri, tarafların henüz yerine getirmedikleri edimlerinin son bulmasıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için değerlendirdiğimizde, yüklenici inşaatın yapımına henüz başlamamışsa artık başlamayacak, inşaatın yapımına başlamışsa devam ettirmeyecektir. Arsa sahibinin de dönme anı itibarıyla yerine getirmediği edimleri varsa bunlardan kurtulacaktır¹⁰⁶.

Sözleşmeden dönmenin bir başka sonucu, tarafların dönme anına kadar yerine getirdikleri edimlerinin karşılıklı iadesidir. Arsa payı karşılığı sözleşmelerinde bazı durumlarda, arsa sahibi henüz yapıyı teslim almadan yükleniciye arsa paylarını devredebilmektedir. İşte bu durumlarda arsa sahibinin yükleniciye devrettiği arsa payları varsa, arsa sahibi bunların yeniden kendi adına tescilini isteyebilecektir¹⁰⁷.

Yüklenici TBK m. 480/2 hükmü gereği sözleşmeden dönmesi sonucu, kendi malzemesiyle veya üçüncü bir kişiye ait malzemeyle arsa sahibinin arsasında haksız inşaat yapan kişi konumuna düşmesi söz konusu olabilir. Bu durumda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre özel hüküm niteliğinde olan haksız inşaatla ilişkin TMK m. 722 vd. hükümleri uygulama alanı bulur. Yüklenici haksız inşaatla ilişkin talep hakkını 2 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde kullanabilir. Bunun dışındaki hallerde

¹⁰⁴ EREN, Özel Hükümler, s. 667; ERGÜNE, s. 318; ÖZER, s. 204.

¹⁰⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1047; ÖZ, s. 172; KURŞAT, s. 259-260; KOCAAĞA, s. 195; GÖNEN, Bedel, s. 134; BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 686; ÖZER, s. 204; AKINCI, Götürü Bedel, s. 79.

¹⁰⁶ GÖNEN, Bedel, s. 134-135.

¹⁰⁷ ÖZ, s. 172; BAYGIN, 145.

ise sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 77 vd. hükümleri dikkate alınır¹⁰⁸.

b. Sözleşmenin Feshi

TBK m. 480/2'de, dürüstlük kurallarının gerektirdiği hallerde yüklenicinin ancak fesih hakkını kullanabileceği düzenlenmiştir. Sözleşmeden dönülmesinin hangi durumlarda dürüstlük kurallarına aykırı düşüğü konusunda önceden bir sınırlama yapmak mümkün olmadığı gibi isabetli de değildir. Bu durum her somut olayın özelliğine göre hakim tarafından takdir edilecektir. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, dürüstlük kurallarının gerektirmesi halinde sözleşmeden dönme yerine fesih hakkının kullanılması, özellikle işin önemli ölçüde tamamlandığı hallerde karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁹.

Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin belli bir aşamaya gelmesi durumunda, sözleşmeden dönme değil, fesih hakkının kullanılabilmesi yönünde içtihadı birleştirme kararı almıştır¹¹⁰. Öncelik sözleşmeden dönme olduğundan,

¹⁰⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1053; ÖZ, s. 177; KURŞAT, s. 260; GÖNEN, Bedel, s. 138; AKINCI, Götürü Bedel, s. 79-80.

¹⁰⁹ ÖZ, s. 73; GÖNEN, Bedel, s. 139; AKINCI, Götürü Bedel, s. 80.

¹¹⁰ YİBK. 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. www.legalbank.net [22.12.2021].; "...25.01.1984 tarih ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK'nun 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydıyla gerek 15. HD.'nin ve Dairemiz'in gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili fesih koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli ve buna göre davacının dava konusu talepleri ilke olarak hak ettiği kabul edilmeli ve sözleşme hükümleri incelenerek talepler karara bağlanmalı, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde sözleşmenin geriye etkili fesih koşullarının oluştuğu sonucuna varılmalı..." Y. 23. HD., 05.02.2013 T., 2012/5310 E., 2013/523 www.legalbank.net [22.12.2021].; "...Eser sözleşmesi de ani edimli sözleşmelerden olmakla birlikte, özel bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ani-sürekliliği taşıdığı bir nitelik taşımaktadır. Böyle bir sözleşmeden, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle dönüldüğü anda, yapının tamamlandığı kısmın kapsamı bazen o dereceye ulaşmış olur ki, bu dönmenin geriye etkili sonuç doğurmasını beklemek, iş sahibi lehine, yüklenici aleyhine anormal bir durum meydana getirir. Bu nedenle, Yargıtay Büyük Genel Kurulu 25.1.1984 gün ve 3-1 sayılı İçtihadı birleştirme Kararı ile anılan durumlarda, haksız sonuçlara varılmasını önlemiş, olayın niteliğinin ve özelliğinin haklı gösterdiği hallerde, MK'nun 2. maddesi hükmünü gözeterek, sözleşmenin ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğuracağı ve dolayısıyla yüklenicinin, inşaatın oranına göre yaptığı işin bedelini ve iş sahibinin de, yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararını talep edebileceklerini kabul ederek, taraflar yararına karşılıklı bir denge kurmuştur..." Y. 15. HD., 13.03.1997 T., 1996/6770 E., 1997/1356 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

sözleşmenin feshine karar veren hâkimin somut olayın özelliklerine göre neden dönme yerine feshe karar verdiğini yeterli bir şekilde açıklaması gerekmektedir¹¹¹.

Sözleşmenin feshi durumunda taraflar artık, fesih anına kadar ifa etmiş oldukları edimleri talep edemeyeceklerdir. Sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiğinden, yüklenici fesih anına kadar tamamlamış olduğu işlerin bedelini, sözleşmede belirlenmiş götürü bedel üzerinden alabilecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, inşaatın tamamlanma oranı işin bütünü için belirlenmiş arsa payı oranı veya bağımsız bölümlere uygulanacaktır¹¹².

SONUÇ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin, arsa sahibinin arsası üzerinde bağımsız bölümler inşa ve teslim ettiği, buna karşılık arsa sahibin de arsasının belirli paylarının mülkiyetini, yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Bu haliyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin götürü bedelle kurulan sözleşmelerden olduğu kabul edilmektedir. Götürü bedel, tarafların önceden ve kesin olarak iş sahibinin ödeyeceği bedeli belirledikleri hallerde söz konusu olmaktadır. Götürü bedel, kural olarak sonradan değiştirilemez. Bu kural, sözleşmeye bağlılık ilkesinin bir gereğidir. Tarafların kendi iradeleriyle belirledikleri bedele bağlı kalmaları hukukî güvenliğin sağlanması açısından önemlidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel götürü olarak belirlendiği için risk daha çok yüklenicinin üzerindedir. Bu nedenle kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nun 480. maddesinin 2. fıkrasında yükleniciyi koruyucu bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre, taraflarca başlangıçta öngörülme-yen veya öngörülmesine rağmen göz önünde bulundurulmayan olağanüstü bir durumun ortaya çıkması ve bu durumun, inşaatın

¹¹¹ ÖZ, s. 73; GÖNEN, Bedel, s. 139.

¹¹² GÖNEN, Bedel, s. 139; ÖZER, s. 205; AKINCI, Götürü Bedel, s. 80; "...Taraflar arasında düzenlenen eser sözleşmesinde, iş bedeli 80.000,00 TL olarak kararlaştırılmış olmakla niteliği itibarıyla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. ve devamı maddelerinde düzenlenen götürü bedelli sözleşmedir. Buna göre davacı yüklenici kararlaştırılan bu bedelle sözleşmede yer alan üstlendiği işleri yapmak, davalı iş sahibi de iş bedelini ödemek durumundadır. Götürü bedelli sözleşmelerde yüklenici alacağı, götürü bedelde, sözleşme gereğince yapılması gereken imalâta göre gerçekleşen imalâtın fiziki oranının uygulanması suretiyle bulunmalıdır..." Y. 15. HD., 23.05.2017 T., 2016/2503 E., 2017/2194 K. www.legalbank.net [22.12.2021].

taraf larca daha önce belirlenen bedelle tamamlanmas ını engellemesi veya aşırı derecede gc leŐtirmesi gerekir. Ayrıca ortaya çıkan olağanüstü durumun yükleniciye yüklenmemesi ve yüklenicinin bunu arsa sahibine bildirmiş olması da gerekir. Bu koşulların sağlanması halinde yüklenici sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması talep edebilir. Ancak TBK m. 480/2 hükmü emredici nitelikte olmadığından, taraflar aksini kararlaŐtı-rabilirler. Ayrıca, yüklenici edimini, herhangi bir ihtirazi kayıt koymadan ifa etmişse bu hükme başvurması mümkün olmayacaktır.

Yüklenici, sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakk ını mahkemeye başvurarak kullanabilir. Hâkim, sözleşmenin uyarlanması talebinin koşullarının oluşmadığı veya arsa sahibi bakımından uyarlama yapılmasının mümkün olmadığı kanaatine var ırsa yüklenicinin bu talebini reddedecektir. TBK m. 480/2'de sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakk ının ancak mahkemeye baŐvurularak kullanılabilceği açıkça düzenlenmesine rağmen dönme ve fesih hakk ının ne Şekilde kullanılacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştı. Yargıtay, arsa pay ı karŐılıĐ ınŐaat sözleşmelerinde dönme beyanının arsa sahibi tarafından kabul edilmemesi halinde, dönmenin sonuç doğurması için mahkemeye başvurulması gerektiğini kabul etmektedir.

Kanunda sözleşmenin uyarlanmasından bahsedildiğinden, hâkim bedelin arttırılmasının yanında sözleşmeye başka türlü de müdahale edebilir. Arsa pay ı karŐılıĐ ınŐaat sözleşmesi bakımından sözleşmenin nasıl uyarlanacağını hâkim takdir edecektir. Ancak her hlkrda dürüstlük kural ı kapsamında uyarlamayı gerçekleŐtirecektir. Uyarlamanın mümkün olmamas ı halinde, yüklenici sözleşmeden dönme hakk ına sahiptir. Ancak sözleşmeden dönülmesi dürüstlük kurallarına aykırılık oluŐturucaksa o halde, sadece fesih hakk ı kullanılabilir.

KAYNAKLAR

- ACAR ÜNAL, Özlem, "Covid-19 Virüsünün Sözleşmelere Etkisinin TBK Md. 138 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, Ed. Yusuf Çalışkan, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Ömer Faruk Erol, Ahmet Dülger, Gülnihal Ahter Yakacak, Ömer Faruk Kafalı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020.
- ACAR, Faruk, "Sözleşmelerin Uyarlanmasında Öngörülemez Olgu", Döviz İle Sözleşme Yapma Yasağı ve Sözleşmelerin Uyarlanması, Ed. Murat Topuz, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 15-19.
- AKIN SUNAY, Nesrin, "Kentsel Dönüşüm Uygulamaları Kapsamında Akdedilen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözömler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 2, Mart 2019, s. 272-291.
- AKINCI, Elif, "İnşaat Sözleşmelerinde Götürü Bedelin Uyarlanması", KTO KÜHFHD, C. 3, S. 2, Temmuz 2018, s. 59-83 (Götürü Bedel).
- AKINCI, Şahin, "COVID 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi", İTÜSBD, Y. 19, S. 38, 2020/2 (Covid-19 Özel Ek), s. 62-103 (COVID 19'un Etkisi).
- ALDEMİR TOPRAK, İpek Betül, Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 3, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- AYBAY, Memet Erdem, "Sözleşmenin Değişen Koşullara Göre Uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi)", MÜHFHAD Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. 22, S. 3 (Özel Sayı), 2016, s. 323-347.
- AYDEMİR, Efrail, Yorum ve Çözümleriyle Aşkın Zarar, Sözleşmenin Uyarlanması, Ceza Koşulu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- BAYSAL, Başak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 138 Hükmü Uyarınca Gelir Paylaşımı İnşaat Sözleşmelerinin Uyarlanması",

- Gelir PaylaŐımlı İnaŐaat Sözleşmeleri alıŐtayı, İstanbul 2015, s. 135-154 (GPİS Uyarlanması).
- BAYSAL, Başak, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi", İÜHFM, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 477-484 (Değerlendirme).
- BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, 2020 (Uyarlama).
- BÜYÜKAY, Yusuf, "Götürü cretin Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde İŞ Sahibinin cretin İndirilmesini Talep Etme Hakkı", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt I, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 663-691 (Götürü cret).
- BÜYÜKAY, Yusuf, Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014 (Eser Sözleşmesi).
- COŞKUN, Mahmut, İnaŐaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- DOğAN, Glmelahat, "AŐırđ İfa güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 26, S. 111, Mart 2014, s. 9-36.
- DUMAN, İlker Hasan, İnaŐaat Hukuku, Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- DURAK, Yasemin, "Arsa Payđ Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi", İÜHFD, C. 1, 2015 (zel Sayı), s. 207-252.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku zel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019 (zel Hükümler).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, "Eser Sözleşmesinde Götürü Bedele Bağlanan Sonuçların 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından İncelenmesi", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, Der, İstanbul 2015, s. 311-326.
- ERMAN, Hasan, Arsa Payđ Karşılığı İnaŐaat Sözleşmesi, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2010 (Arsa Payđ).
- ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmelerinde Beklenilmeyen Hal, İstanbul 1979 (Beklenilmeyen Hal).
- GÖKYAYLA, K. Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İŞ ve İŞ Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- GNEN, Doruk, "İnaŐaat Sözleşmelerinin Uyarlanmasına İlişkin Sorunlar", İnaŐaat Hukuku ve Uygulaması, Ed. Emrehan İnal/ Başak

- Baysal, 1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul 2017, s. 337-370 (Uyarlama).
- GÖNEN, Doruk, İnşaat Sözleşmelerinde Bedel, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016 (Bedel).
- GÜVENÇ, İpek, Eser Sözleşmesinde Götürü Bedelin Aşılması Sebebiyle Sözleşmenin Uyarlanması, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2021.
- KAHVECİ, Ali Ziya, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.
- KAPLAN, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007 (Müdahale).
- KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2013 (İnşaat Sözleşmeleri).
- KARADUMAN, Ece, Kentsel Dönüşüm Mevzuatı Çerçevesinde İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- KOCAAĞA, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Ed. Rona Serozan/ İlhan Ulusan/ Nami Barlas, İstanbul 2000, s. 503-514.
- KURŞAT, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- ÖZER, Tolga, "Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel ve Bu Bedelin Uyarlanması", TAÜHFD, C. 1, S. 2, 2019, s. 185-212.
- REMZİ, Mehmet/ AYDIN, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- RESULOĞLU, Özenç, Aşırı İfa Güçlüğü ve Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.

- SELİMOĞLU, Yaşar Engin, Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri Cilt II, 5. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- TEZCAN, Mehmet, Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.
- TOPUZ, SeÇkin, Türk – İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin, Ankara 2009.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku II. Cilt / zel Borç İlişkileri, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1977.
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku zel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- YAVUZ, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, 1. Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara 2018.
- YENİOCAK, Umut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler: Genel Hükümler, 2. Baskı, SeÇkin Yayıncılık, Ankara 2013 (Genel Hükümler).
- YENİOCAK, Umut, Gelir Paylaşımına Dayalı İnaŐat Sözleşmesi, 2. Baskı, SeÇkin Yayıncılık, Ankara 2014 (İnaŐat Sözleşmesi).
- YILDIRIM, Sümeyye Hilal, Arsa Payı Karşılığı İnaŐat Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- YRK, IŐılay, Türk Hukukunda Sözleşmelerin Uyarlanması, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

ÖNALIM HAKKI VASIYETİ

Dr. Öğr. Üyesi İsmail ATAMULU*

Öz

Önalım hakkı, hakka konu şeyin hak sahibi dışında birine önalım olgusu doğuracak bir işlem neticesinde devri hâlinde kullanılabilen ve söz konusu şeyin hak sahibi tarafından kazanılmasını sağlayan yenilik doğuran bir haktır. Bu hak kandan veya hukukî işlemde kaynaklanabilir. Ölüme bağı tasarruflarda yer alan önalım hakkı da hukukî işlemde kaynaklanmaktadır.

Maddî ve şeklî ayırımına tâbi olan ölüme bağı tasarruflar, tasarruflarda bulunan kimsenin ölümünden sonra yapılmasını arzu ettiği hususları ihtiva eden ve hükümlerini ancak bu kimsenin ölümünden sonra meydana getiren hukukî işlemlerdir. Önalım hakkı şeklî anlamda ölüme bağı tasarruflardan olan vasiyetname ve miras sözleşmesi muhtevasında yer alabilir. Maddî anlamda ölüme bağı tasarruf olarak önalım hakkı tanınması, bir vasiyet niteliği taşır. Bu sebeple kendisine vasiyetle önalım hakkı tanınan kimse, vasiyet borçlusundan vasiyete uygun olarak kendisi ile önalım hakkına dair bir sözleşme akdetmesini talep edebilir.

Anahtar Kelimeler

Önalım Hakkı • Ölüme Bağı Tasarruflar • Vasiyetname • Miras Sözleşmesi • Vasiyet

* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Kayseri, Türkiye | Asst. Prof., Erciyes University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Kayseri, Turkey.

✉ atamulu@erciyes.edu.tr • ORCID 0000-0003-0270-9083.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ATAMULU İsmail, "Önalım Hakkı Vasiyeti", *SÜHFD*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1481-1513

✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

TESTAMENT OF PREEMPTION RIGHT

Abstract

The Preemption right is a right that can be used in case of transfer of the subject to the right deu to a transaction that will cause a preemption phenomenon to someone other than the right owner, and that creates a formative right that ensures the acquisition of the thing in question by the right owner. This right may arise from the law or the legal transaction. The preemption right in the testamentary disposition also arises from the legal transaction.

The testamentary dispositions, which are subject to the distinction between material and form, are legal transactions that contain the matters that the disposition wishes to be made after the death of the dispossessed person and that take effect only after the death of that person. The preemption right may be included in the testament and inheritance contract, which are testamentary dispositions. As for recognizing the preemption right as the death-related disposition in the material sense has the feature of a testament. Thus, the person to whom the preemption right is by a testament can request the debtor of the testament to conclude a contract with him on the right of preemption in compliance with the testament.

Key Words

Preemption Right • Testamentary Disposition • Will • Contract of Inheritance • Testament

GİRİŞ

Önalım (şuf'a) hakkı, kaynağı bakımından hukukî işleme dayalı ön alım hakkı ve kanunî önalım hakkı olmak üzere ikili bir tasnife tâbi tutulur¹. Hukukî işleme dayalı önalım hakkı ise, akdî (sözleşmeden doğan) ön alım hakkı ve ölüme bağlı tasarruftan kaynaklanan önalım hakkı olmak üzere ikiye ayrılır.

Akdî önalım hakkı, genel olarak Türk Borçlar Kanununda; kanunî önalım hakkı ise, Türk Medenî Kanununda düzenlenmektedir. İlgili Kanunların sistematığı açısından değerlendirildiğinde, akdî önalım hakkına dair düzenlemeler, Türk Borçlar Kanununun "*Taşınmaz Satışı ve Satış İlişkisi Doğuran Haklar*" ayırımında, madde 238-242'de yer almaktadır.

¹ RÜEGG, Jonas Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich/Basel/Genf 2014, kn. 18; TAMAN-ŞİPKA, Şükran, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf'a) Hakkı (MK. m. 659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, Alfa Basım Yayım, İstanbul 1994, s. 6; Önalım hakkının bu iki türü arasındaki farklar için bkz. RÜEGG, kn. 18.

Kanunî önalım hakkı ise taşınmaz mülkiyetine dair kısıtlamalar ihtiva eden hükümlerden devir hakkının kısıtlamaları arasında, Türk Medenî Kanunu madde 732-734'te hüküm altına alınmıştır. Ayrıca TMK. m. 735 hükmünde “Sözleşmeden doğan önalım hakkı” kenar başlığı altında akdî önalım hakkına dair birtakım düzenlemelere yer verilmiştir.

Önalım hakkı her ne kadar mevzuatta akdî ve kanunî olarak ikili bir tasnife tâbi tutulmuş olsa da bu hakkın bir ölüme bağlı tasarrufun muhtevasında yer almasına dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu çalışmada öncelikle hukukî işleminden doğan önalım hakkına dair genel açıklamalara yer verilmiş akabinde bir ölüme bağlı tasarruf muhtevasında yer alan önalım hakkı, bu hakkın doğumu, hukukî niteliği ve hak sahibi ile hakkın yükümlüsü kapsamında ele alınmıştır. Nihayetinde bu hakka dair hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri ile hakkın şerhine dair açıklamalara çalışmanın sonunda yer verilmiştir. Doktrinde birçok çalışmaya konu edilmiş olan önalım hakkının kullanılması bahsine ise çalışmanın kapsamını genişletmemek amacıyla yer verilmemiş, sadece ilgili görülen yerlerde bu hususta açıklamalarda bulunulmuştur.

I. ÖNALIM HAKKININ TANIMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ VE TÜRLERİ

A. Tanımı

Önalım hakkına dair bir tanımlama, mevzuatta yer almamaktadır². Bu hak, yükümlüsünün hakkın konusu şeyi üçüncü kişiye önalıma sebebiyet veren bir işlem neticesinde devretmesi durumunda, hak sahibine tek taraflı irade beyanıyla hakka konu şeyin kendisine devrini talep imkânı verir³. Doktrinde önalım hakkının en kapsamlı tanımı Feyzioğlu

² RÜEGG, kn. 6.

³ Doktrinde yer alan önalım hakkı tanımları için bkz., FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Şuf'a Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959, s. 5; BINZ-GEHRING, Doris, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht, Herbert Lang, Bern 1975, s. 25; RÜEGG, kn. 64 vd.; MARXHEIMER, Marx, Das obligatorische Vorkaufsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Marburg a.d.L, Frankfurt a.M 1909, s. 1-2; TANDOĞAN, Hâluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1 Kendine Özgü Yapısı Olan Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008, s. 274; TEKİNAY, S. Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 16; SEBŪK, M. Tahir, Şuf 'a, Vefa ve İştira Hakları, Kader Basımevi, İstanbul 1951, s. 25; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 254; PFÄFFLI, Roland ve Daniela BYLAND, “Vorkaufsrecht, Kaufsrecht,

tarafından yapılmıştır: “Şuf’a hakkı, kanun veya akitten doğan ve hak sahibinin tek taraflı bir irade beyaniyle hükümlerini husule getiren, sübjektif-aynî mahiyette öyle bir inşaât haktır ki, borçlu hakkın mevzuu olan şeyi, tamamen kendi ihtiyariyle, hissedarlardan gayri şahıslara salim bir bey akti neticesinde sattığı takdirde, şefie, kararlaştırılan bedeli ödeyerek meşfuun mülkiyetinin tercihan kendisine geçirilmesini veya şerh verilmemiş aktişuf’ada vaki zararının tazminini muayyen müddet içinde talep selâhiyetini bahşeder.”⁴.

B. Hukukî Niteliği

Önalım hakkının hukukî niteliği, doktrinde farklı teorilerle açıklanmaktadır⁵. Bunlardan başlıcaları; “aynî hak teorisi”, “uzatılmış icap teorisi”, “satış vaadi teorisi”, “şarta bağlı satış teorisi” ve “yenilik doğuran hak teorisi” dir.

Aynî hak teorisi, önalım hakkının hukukî niteliğine dair nisbeten en eski görüş olup daha ziyade kanunî önalım hakkı bakımından

Rückkaufsrecht an Grundstücken”, Anwaltsrevue 2013, s. 289-294, özellikle s. 289; TAMAN-ŞIPKA, s. 2.

⁴ FEYZİOĞLU, s. 5. Yukarıda da belirttiğimiz önalım hakkı tanımlarının neredeyse tamamında bu hakkın doğumu için hakka konu şeyin üçüncü kişiye satışının gerekli olduğu belirtilmektedir. Ancak TBK. m. 240/1 hükmü gereği önalım hakkı, taşınmaz satışı yanında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâlinde de kullanılabilir, OKUR, Sinan, Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, s. 101-258, özellikle, s. 109; PFÄFFLI, Roland ve Amédéo WERME-LINGER, “Grundstückkauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufsrecht und Rückkaufsrecht”, SJZ 113/2017, s. 513-521, özellikle s. 517; BRÜCKNER, Christian, Der Grundstückkauf: Vorkaufsvertrag, Kaufsrechtsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten, Erschienen in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, 2. Auflage, Bern 2001, § 10 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts, s. 16; BINDER, Markus, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 216-221, OR. Zurich/Basel/Genf 2008, Art 216c, kn. 6.

⁵ Bu teoriler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. SEBÜK, s. 30-31; FEYZİOĞLU, s. 8 vd.; RÜEGG, kn. 9 vd.; MARXHEIMER, s. 9 vd.; TANDOĞAN, s. 271 vd.; BRÜCKNER, s. 11; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019, (Kısaltılmışı: EREN, Özel Hükümler), kn. 610 vd.; BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 151 vd.; TAMAN-ŞIPKA, s. 20 vd.; DEMİRBAŞ, Feride, "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.65, s. 249-277, özellikle, s. 252.

değerlendirmede bulunmaktadır⁶. Bu görüşe göre, önalım hakkı herkese karşı ileri sürülebilene, hak sahibinin iradesiyle doğrudan kullanılabilene ve süreklilik özellikleri gösteren bir haktır. Önalım hakkı sahibinin bu hakkını kullanmasıyla mülkiyeti kendisine geçirmesi talebi de aynı bir etki gösterir.

Uzatılmış icap teorisine göre, önalım borçlusu tarafından hak sahibine yapılmış şartlı bir icap söz konusudur. Önalım hakkı sahibi önalım olgusunun gerçekleşmesine bağlı olarak, hakkını kullanarak kendisine yapılmış icabı kabul ederek önalım sözleşmesinin kurulmasını sağlar⁷.

Satış vaadi teorisine göre ise, önalım sözleşmesinin satış vaadi sözleşmesi özelliği taşır. Bu sözleşme ile hakka konu şeyin hak sahibine devri vaad edilmektedir⁸.

Şarta bağlı satış teorisinde önalım sözleşmesinin şarta bağlı bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir. Teoriye göre, önalım hakkında iki adet şart bulunmaktadır. Bunlardan ilki, önalım konusunun üçüncü kişiye devri, diğeri ise önalım hakkı sahibinin hakkı kullanma iradesini muhabata bildirmesidir⁹.

Uygulama ve doktrinde hakim olan ve bizim de katıldığımız yenilik doğuran hak teorisi ise, şartları oluştuğunda hak sahibinin tek taraflı irade açıklaması ile hakka konu şeyin kendisine devrini konu edinen bir sözleşmenin tarafı haline geldiğini savunur¹⁰. Yenilik doğuran hak

⁶ Yargıtay'ın kanunî önalım hakkının önalım hakkı olduğuna dair İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. YİBK. 20.6.1951 T., E. 1949/13, K. 1951/5: "...Gayrimenkul mülkiyetinin takyitlerinden olan kanuni şufa hakkı gayrimenkulde hisse sahibi bulunan şahsa diğer bir hissenin üçüncü şahsa satılması halinde o hisse müşteriye neye mal olmuş ise o miktar ile ve belli bir süre içinde satın almak salahiyetini veren aynı bir haktır...", (www.kazanci.com.tr). Aynı hak görüşü hakkında detaylı açıklamalar için bkz. ERKAN, Vehbi Umut, "Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli E.2003/34 ve K. 2007/94 sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2014, s. 269-294, özellikle, s. 22 vd.; KAYAÖZÜ, Mustafa Aykut, "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2015, s. 33.

⁷ FEYZİOĞLU, s. 9; BUZ, s. 152-153; EREN, Özel Hükümler, s. 201.

⁸ SEBÜK, s. 31; EREN, Özel Hükümler, s. 201; FEYZİOĞLU, s. 10.

⁹ SEBÜK, s. 33-35; EREN, Özel Hükümler, s. 201; FEYZİOĞLU, s. 11-12; BUZ, s. 153.

¹⁰ SEBÜK, s. 35-37; BUZ, s. 153; EREN, Özel Hükümler, kn. 614; YAVUZ, s. 254; ŞAHAN, Gökhan, Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 65; DEMİRBAŞ, s. 252; KİZİR, Mahmut, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin

görüşüne göre, önalım hakkı sahibi tek taraflı irade açıklamasıyla hakka konu şeyin kendine devrini sağlamaya dair bir sözleşme kurmaktadır¹¹. Ancak burada yenilik doğuran hak, ancak açılacak bir dava ile kullanılabilir (TMK. m. 734/1)¹². Neticede kanunkoyucu TMK. m. 734/1 hükmünde yenilik doğuran hakkın kullanımına dair usul olarak dava yolunu öngörmüştür.

C. Türleri

1. Hukukî İşlemden Doğan Önalım Hakkı

Önalım hakkının bir hukukî işleme dayalı olarak tesis edilmesi mümkündür. Hukukî işlemde doğan önalım hakkı olarak adlandırılan bu türün ilk akla gelen örneği akdî önalım hakkıdır. Akdî önalım hakkı; taşınır, taşınmaz veya bir hakkın, sahibi tarafından önalıma sebebiyet verecek bir işleme konu edilmesi halinde, önalım hakkı sahibine tek taraflı irade beyanıyla malın sahibi olabilme yetkisi veren, kurucu yenilik doğuran bir hakkın sözleşme ile tanınmasıdır (TBK. m. 240 vd., TMK. m. 735)¹³. Akdî önalım hakkı, hem TMK. m. 735 hükmünde taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamaları arasında, hem de TBK. m. 240 vd. hükümlerinde satış ilişkisi

Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İkinci Cilt, Cilt: 22, Sayı, 3, İstanbul, 2016, s. 1773-1796, özellikle s. 1776; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 29; DEMİR-SATAN, Barış, “Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, s. 905-946, özellikle s. 908. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 26.12.1951 tarihli kararında: “...*Filhakıka* 16.5.1951 tarih ve 19/6 esas ve 3 karar sayılı tevhidî içtihat kararıyla da teyit olunduğu üzere şufa hakkı inşai bir haktır. Bu itibarla alacak hakkından tamamiyle farklıdır...”, şeklinde hüküm tesis ederek bu hakkın inşai nitelikte olduğunu belirtmiştir. Karar metni için bkz. YİBK. 26.12.1951 T., E. 1951/1, K. 1951/6, (www.kazanci.com.tr). Yüksek Mahkemenin sonraki kararları da bu yöndedir. Bkz. YHGK. 27.5.2015 T., E. 2015/6-2268, K. 2015/1437, GÜNAY, Erhan, Önalım Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 21.

¹¹ EREN, Özel Hükümler, kn. 614; KİZİR, s. 1775.

¹² DEMİRBAŞ, s. 253-254.

¹³ Benzer yönde tanımlar için bkz. EREN, Özel Hükümler, kn. 600; BİNİZ-GEHRİNG, s. 26; TANDOĞAN, s. 274; AYDOĞDU, Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 3; PFÄFFLI/BYLAND, s. 291; DEMİRBAŞ, s. 251. KOLLER, Alfred, “Der Grundstückkauf”, Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, 2017, S. 107, s. 107-118, özellikle s. 110; KAYAÖZÜ, s. 1.

doğuran haklardan biri olarak düzenlenmiştir. Bu hakkın konusu, tapulu tapusuz taşınmazların yanında taşınurlar veya haklar da olabilir¹⁴.

Akdî önalım hakkı doktrinde olağan (adî, sınırsız) ve nitelikli (mevsuf, sınırlı) önalım hakkı olmak üzere ikili bir tasnife tâbi tutulur¹⁵. Adî önalım hakkında, hak sahibi bu hakkını hakka konu şeyin üçüncü kişiye devrine dair işlemdeki şartlarla ve özellikle bedelle kullanır¹⁶. Nitelikli önalım hakkında ise, önalım hakkının kullanılma şartları önceden tespit edilmiştir. Bu şartlar, önalım hakkının kullanımına sebebiyet veren işlemin şartlarından farklıdır ve önalım hakkı önceden belirlenmiş bu şartlara uygun olarak kullanılır¹⁷.

Hukukî işlemde doğan önalım hakları arasında yer alan ve çalışmamızın da konusunu oluşturan ölüme bağlı tasarrufla önalım hakkı tanınması ise mevzuatta düzenlenmiş değildir. Ancak bu suretle önalım hakkı tanınmasına engel bir durum da yoktur. Bu sebeple önalım hakkının, ölüme bağlı tasarrufun konusu olması mümkündür¹⁸. Söz konusu durumunda akdî önalım hakkına dair hükümler uygulanma alanı bulur. Zira ilerde de detaylıca açıklayacağımız üzere, ölüme bağlı tasarrufun muhtevasında önalım hakkının bulunması hâlinde bu hak, önalım hakkı

¹⁴ AYDOĞDU, s. 2; RÜEGG, kn. 27; FEYZİOĞLU, s. 77-78.

¹⁵ BINDER, Art 216, kn. 1; FEYZİOĞLU, s. 30; PFÄFFLI/BYLAND, s. 289; EREN, Özel Hükümler, kn. 606; BRÜCKNER, s. 16; ŞAHAN, s. 67; AKALP-DEMİRTABAK, Didem, Yasal Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 8-9; DEMİRBAŞ, s. 24.

¹⁶ KOLLER, s. 110; BRÜCKNER, s. 16.

¹⁷ PFÄFFLI/BYLAND, s. 291. Fezyioğlu, adî-mevsuf önalım hakkı ayırımında önalım bedelini kıstas almaktadır. Yazara göre, adî önalım hakkında önalım bedeli belirlenmemiştir ve hak sahibinin ödeyeceği bedel önalım hakkı yükümlüsünün üçüncü kişi ile yapmış olduğu sözleşmedeki bedeldir. Mevsuf önalım hakkında ise önalım bedeli, hakkın yükümlüsü ile sahibi arasında akdedilen sözleşmede kararlaştırılan bedeldir, FEYZİOĞLU, s. 30. Benzer yönde açıklamalar için bkz. YAVUZ, s. 254.

¹⁸ Aynı yönde açıklamalar için bkz. EREN, Özel Hükümler, kn. 616; MARXHEİMER, s. 31-32; KIRKBEŞOĞLU, s. 32; DEMİRSATAN, s. 907, dn. 4. DEMİRBAŞ, s. 254-255; AKALP-DEMİRTABAK, s. 9; TAKIŞ, Adnan, "Yasal Önalım Hakkı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s. 8-9. Fezyioğlu, ölüme bağlı tasarruflardan vasiyetname yoluyla da önalım hakkı tesis edilebileceğini savunmaktadır, FEYZİOĞLU, s. 29. Benzer yönde açıklamalar için bkz. SUATA, İlay Zeynep, Kanuni Önalım Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 19.

sahibi olacak kimse ile mirasçılar arasında akdedilen bir önalım sözleşmesi ile doğar¹⁹.

Akdî önalım hakkında olduğu gibi, ölüme bağlı tasarrufun muhtevasında yer alan önalım hakkının konusunu da taşınırlar, taşınmazlar veya haklar oluşturabilir²⁰.

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla tanınan önalım hakkı da tıpkı akdi önalım hakkında olduğu gibi adî veya nitelikli olabilir. Mirasbırakan, tanınacak önalım hakkının muhtevasına dair ayrıca bir belirleme yapmamışsa; bu durum, tesis edilecek önalım hakkının adi nitelikte olduğunu gösterir. İlgili, sahip olacağı önalım hakkı çerçevesinde hakka konu şeyin üçüncü kişiye önalım olgusu teşkil edecek bir işlemle devri şartlarında onu kazanır. Ancak ölüme bağlı tasarrufta önalım hakkının kullanılma şartlarına bilhassa önalım bedeline dair bir belirleme yapılmışsa, buna uygun olarak tesis edilecek önalım hakkı niteliklidir. Önalım hakkı sahibi bu hakkı kullanırken üçüncü kişiye yapılan devrin şartları ile bağlı değildir. Burada önalım hakkının tesisine dair sözleşmedeki, dolayısıyla ölüme bağlı tasarrufta yer alan şartlar, geçerlilik kazanır.

2. Kanunî Önalım Hakkı

Kanunî önalım hakkına taşınmaz mülkiyetinin kısıtlamalarından biri olarak, TMK. m. 732 vd. hükümlerinde yer verilmiştir²¹. Bu hak, doğrudan kanundan kaynaklanan ve taşınmaz üzerindeki paylı mülkiyete bağlı önalım hakkını ifade eder²². Mevzuatta bu durum, paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazın paydaşlarından birinin payını, paydaşlar dışındaki üçüncü kişiye satması hâlinde²³ diğer paydaşlara aynı şartlarla bu payın

¹⁹ Benzer yönde açıklamalar için bkz. YÜCEL, Sevtap, "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006, s. 23. Feyzioğlu da vasiyetname ile önalım hakkının tanınabileceğine dair açıklamalarına sözleşmeden doğan önalım hakkı başlığı altında yer vermiştir, FEYZİOĞLU, s. 29.

²⁰ Çalışmamız kapsamında yapılan açıklamalarda uygulamada diğerlerine oranla daha sık karşılaşılan taşınmaz üzerinde tesis edilen önalım hakkı esas alınmıştır.

²¹ OKUR, s. 113. Kanunî önalım hakkı denildiğinde akla ilk gelen her ne kadar TMK. m. 732 vd. hükümlerinde düzenlenen önalım hakkı olsa da bunun dışında da mevzuatta önalım haklarına yer verilmiştir. Bunlara dair açıklamalar için bkz. AKALP-DEMİRTABAK, s. 15.

²² RÜEGG, kn. 16.

²³ Kanunî önalım hakkına dair düzenlemeler arasında yer alan TMK. m. 732 hükmünde bu hakkın doğabilmesi için paydaşlar dışında birine satılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanında ilgili hükümden daha sonra yürürlüğe giren

alıcısı olabilme yetkisi veren kurucu yenilik doğuran ve eşyaya bağlı bir hak olarak karşımıza çıkar (TMK. m. 732)²⁴.

Kanunî önalım hakkının kurulması, çeşitleri, hukukî niteliği ve kullanılması çalışma konumuzun dışındadır. Bu bakımdan kanunî önalım hakkına sadece konumuzla ilgili olduğu ölçüde değinilmiştir.

II. ÖLÜME BAĞLI TASARRUFUN MUHTEVASINDA ÖNALIM HAKKININ YER ALMASI

A. Ölüme Bağlı Tasarruf Kavramı

Ölüme bağlı tasarruflara dair bir tanımlama, mevzuatta yer almaktadır. Doktrinde ise ölüme bağlı tasarruflar, tasarrufta bulunan kimsenin ölümünden sonra yapılmasını arzu ettiği hususları ihtiva eden ve hükümlerini ancak bu kimsenin ölümünden sonra meydana getiren hukukî muameleler, şeklinde tanımlanmaktadır²⁵.

TBK. m. 240/1 hükmünde ise, akdî önalım hakkının satış sözleşmesi yanında ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu husustaki kapsamlı tartışmalara girmeden belirtmek isteriz ki; kanunî önalım hakkı bakımından da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer işlemlerin önalım hakkının kullanımına sebebiyet vereceği kanaatindeyiz. Bu yönde görüş ve açıklamalar için bkz., OĞUZMAN, M. Kemal, Özer SELİÇİ ve Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, kn. 1956; OKUR, s. 123 vd.

²⁴ EREN, Fikret, "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, s. 103-126, (Kısaltılmış: EREN, Yasal Önalım Hakkı), s. 106. Kanunî önalım hakkına dair doktrinde yapılan tanımlar için bkz. EREN, s. 106 vd.; FEYZİOĞLU, s. 30 vd., OKUR, s. 113; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, kn. 1957; PFÄFFLI/WERMELINGER, s. 516; TAMAN-ŞİPKA, s. 8 vd.; AYDOĞDU, s. 3; ERKAN, s. 271-272; AKALP-DEMİR-TABAK, s. 8; SUATA, s. 16.

²⁵ SEROZAN, Rona, Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 11; ÖZTRAK, İlhan, Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyai, Sevinç Matbaası, Ankara 1964, s. 6. DOĞAN, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 20. Benzer yönde tanımlar için bkz. KÖPRÜLÜ, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s. 122; DURAL, Mustafa, Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 8; EREN, Fikret ve İpek YÜCER AKTÜRK, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 23; İNAN, Ali Naim, Şeref ERTAŞ ve Hakan ALBAŞ, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2015, s. 158; DURAL, Mustafa ve Turgut ÖZ, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, kn. 235. ANTALYA, Gökhan, Marmara Hukuku Yorumu, Miras Hukuku, Cilt: III, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, kn. 400; ENGİN Baki İlkay ve Rona Ahmet SEROZAN, Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 258, kn. 19; TURAN, Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların

Ölüme bağlı tasarruflar şekli (geniş) ve maddî (dar) anlamda olmak üzere ikili bir tasnife tâbi tutulur²⁶. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, tasarrufta bulunanın ölümünde sonra yapılmasını arzu ettiği hususları ihtiva eden hukukî muamelelerin şeklini²⁷; maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar ise, ilgili hukukî muamelelerin konusunu teşkil eden münferit hükümleri ifade eder²⁸. Mirasbırakan maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflarını, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar aracılığıyla (şekliyle)

Hükümsüzlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 3. Ölüme bağlı tasarruf tabiri, ihtiva ettiği tasarruf kelimesi sebebiyle isabetli değildir. Nitekim burada bahsi geçen, kişinin ölümünden sonra anlam ifade edecek her türlü talimatıdır. Ölüme bağlı tasarruf tabiri, bir hakka doğrudan etki eden hukukî işlem anlamında kullanılmamıştır, KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1978, s. 126; DURAL, s. 8-9; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 49, dn. 2; ÖZTRAK, s. 6; DOĞAN, s. 20; SEROZAN, s. 14; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 158; DURAL/ÖZ, kn. 236; ANTALYA, kn. 400, dn. 9; ENGİN/SEROZAN, s. 256, kn. 14/c. Gerçekten de ölüme bağlı tasarrufta, kişinin sağlığında hüküm doğuran tasarruf işlemleri birbirinden farklıdır. Ölüme bağlı tasarrufta, bu tasarrufta bulunan kimse malvarlığının ölümünden sonra akibetini tayin eder. Diğerinde ise, tasarrufla birlikte bu tasarrufta bulunanın malvarlığında bir değişiklik meydana gelir. Bu hususta kapsamlı açıklamalar için bkz. AYİTER, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara 1953, s. 44. Benzer yönde açıklamalar için bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 159.

²⁶ KÖPRÜLÜ, s. 123; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 127; DURAL, s. 11; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 24; ANTALYA, kn. 403; DOĞAN, s. 20, dn. 56; TURAN, s. 4. Nitekim Türk Medenî Kanununun Miras Hukuku kitabı altında yer alan birinci kısmının üçüncü ayırımı ölüme bağlı tasarrufların çeşitleri başlığı altında muhteva itibariyle ölüme bağlı tasarruflar düzenlenir. Aynı kısmın dördüncü ayırımında ise, ölüme bağlı tasarrufların şekli başlığı altında şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflara dair açıklamalara yer verilmiştir. Bu hususta açıklamalar için bkz. DURAL/ÖZ, kn. 251; ANTALYA, kn. 403.

²⁷ Ölüme bağlı tasarrufları vasiyet ve miras sözleşmesi tasnifine tâbi tutan görüş için bkz. BERKİ, Ali Himmet, Vasiyyet ve Ölüme Bağlı Tasarruflar, Ege Matbaası, Ankara 1961, s. 40. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın son arzularını yansıtan belge ya da kalıplardır, DURAL, s. 12. Bütün ölüme bağlı tasarruflar için sıkı şekil şartları öngörülmiştir. Nitekim bu sayede şeklin düşünmeye sevk edici ve ispatı kolaylaştırıcı fonksiyonunun ölüme bağlı tasarruf bakımından özel önem arz ettiği ortaya konmuştur, ENGİN/SEROZAN, s. 301, kn. 75. Ayrıca şekil şartı, ölüme bağlı tasarrufu açık ve kesin bir hâle getirir, İMRE/ERMAN, s. 69. Bu hususta açıklamalar için bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 170.

²⁸ Bu hususta açıklamalar için bkz. KÖPRÜLÜ, s. 123; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 134; SEROZAN, s. 11-12; ÖZTRAK, s. 7; DURAL/ÖZ, kn. 253, 272; DURAL, s. 12 vd.; TURAN, s. 4.

gerçekleştirir²⁹. Neticede ölüme bağlı tasarruflar, maddî ve şeklî anlamlarıyla bir arada bulunmalıdırlar³⁰.

Çalışmamız anlamında ölüme bağlı tasarrufun muhtevasını bir taşınmaz üzerinde önalım hakkı tanınması oluşturmaktadır. Bu sebeple öncelikle önem arz eden husus, önalım hakkının ölüme bağlı tasarrufların hangi şeklinde yer aldığıdır. Akabinde önalım hakkının maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların hangi grubuna dahil olduğu ve buna bağlanan neticeler ele alınmıştır.

B. Şeklî Anlamda Ölüme Bağlı Tasarrufta Yer Alan Önalım Hakkı

1. Genel Olarak Şeklî Anlamda Ölüme Bağlı Tasarruflar

Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname (TMK. m. 531 vd.)³¹ ve miras sözleşmesidir (TMK. m. 545)³². Bu iki ölüme bağlı tasarruf türü, sınırlı sayı ilkesine tâbidir³³. Bu sebeple mirasbırakan bu iki seçenektен birini veya her ikisini tercih ederek ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Sınırlı sayı ilkesine aykırı olarak gerçekleştirilen ölüme bağlı tasarrufların dava yoluyla geçersizliği (iptali) ileri sürülebilir³⁴.

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla önalım hakkı tanınırken bunun ilgili tasarrufun şeklinde gerçekleştirilmesi gerekli ve yeterlidir³⁵. Her ne kadar akdî önalım hakkı bakımından TBK. m. 237/3 hükmünde önalım sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekil şartına bağlanmış olsa da ilgili hükmün ölüme bağlı tasarruflar bakımından uygulanması söz konusu olmaz. Nitekim kanunkoyucunun ölüme bağlı tasarruflar için öngörmüş olduğu

²⁹ EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 24.

³⁰ ANTALYA, kn. 404.

³¹ Vasiyetname şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların bir çeşidini ifade ederken, gerek mevzuatta gerekse uygulamada çok sık kullanılan vasiyet tabiri (örneğin TMK. m. 531), maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar arasında yer alır. Benzer yönde açıklamalar için DURAL/ÖZ, kn. 255.

³² İMRE, Zahit ve Hasan ERMAN, Miras Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 55; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 162; "...Medeni Kanununuza göre ölüme bağlı tasarruflar vasiyetname (M.K. md.474) ve miras mukavelesidir (M.K. md.492)...", Y. 2. HD. 25.11.1992 T., E. 1992/8488, K. 1992/11844, (www.kazanci.com.tr).

³³ RÜEGG, kn. 227; İMRE/ERMAN, s. 55; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 50; ANTALYA, kn. 404.

³⁴ EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 103.

³⁵ FEYZİOĞLU, s. 81; EREN, Özel Hükümler, kn. 616; AYDOĞDU, s. 21; RÜEGG, kn. 228.

şekil şartı, bu tasarrufun muhtevasında yer alan işlemleri de kapsar³⁶. Ancak aşağıda da detaylıca izah ettiğimiz üzere, ölüme bağlı tasarruf için öngörülmuş şekil şartının sağlanmış olması tek başına önalım hakkının doğumu için yeterli değildir.

2. Önalım Hakkının Vasiyetnamede Yer Alması

a. Vasiyetname, Vasiyetnamenin Türleri ve Vasiyetname Ehliyeti

Vasiyetname, varması gerekli olmayan tek taraflı bir irade açıklaması ile yapılan şekli anlamda ölüme bağlı tasarruftur³⁷. Vasiyetnameler; ikisi olağan, biri ise istisnaî olmak üzere üç farklı şekilde düzenlenebilir³⁸.

TMK. m. 532 vd. hükümlerinde düzenlenen resmî vasiyetname ile TMK. m. 539 hükmünde yer alan el yazılı vasiyetname, olağan vasiyetname türleridir. İstisnaî nitelik taşıyan ve olağanüstü vasiyetname türü olan sözlü vasiyetname ise TMK. m. 539 vd.'da düzenlenmiştir.

Vasiyetname yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir (TMK. m. 502)³⁹. İlgili hükümde ifadesini bulan ayırt etme gücü vasiyetnamenin yapıldığı anda aranır⁴⁰ ve kişinin yaptığı vasiyetnamenin sebep ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olmasını ifade eder⁴¹.

³⁶ Benzer şekilde terekede önalım hakkının da yer aldığı değerlerin paylaşılması amacıyla mirasçılar arasında akdedilecek olan miras paylaşma sözleşmesinin, TMK. m. 676/3 hükmü gereği yazılı yapılması yeterlidir, BRÜCKNER, s. 16, dn. 40.

³⁷ KÖPRÜLÜ, s. 124; İMRE/ERMAN, s. 56; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 127; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 51; DURAL/ÖZ, kn. 254; ANTALYA, kn. 456. Benzer yönde açıklamalar için bkz. TURAN, s. 6.

³⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 157; DURAL/ÖZ, kn. 302; ANTALYA, kn. 463.

³⁹ KÖPRÜLÜ, s. 138; BERKİ, s. 52; DURAL, s. 15; ANTALYA, kn. 711; ENGİN/SERÖZAN, s. 265, kn. 24b; İMRE/ERMAN, s. 63 vd.; "...15 yaşını bitirip temyiz kudretine sahip olan kişi, vasiyet yolu ile mal varlığında tasarrufta bulunabilir (MK.449). Vasiyette bulunmak hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı olduğundan, kişinin bu hakkını doğrudan doğruya kullanması zorunludur. Onun için bu konuda vekâlet, vesayet gibi sebeplerle temsilcilik geçerli değildir...", Y. 2. HD. 29.3.1983 T., E. 1983/978, K. 1983/2735, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁰ Bu sebeple kişinin ölüme bağlı tasarrufta bulunduktan sonra buna dair ehliyetini kaybetmiş olması ölüme bağlı tasarrufun geçersizliği neticesini doğurmaz, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 135; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 166-167; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 62.

⁴¹ DURAL/ÖZ, kn. 277-278. Benzer yönde açıklamalar için bkz. EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 57-58, 62. Fiil ehliyetinin şartlarından farklı olarak kişinin kısıtlanmış

Vasiyetnamede önalım hakkına yer verecek mirasbırakanın ilgili vasiyetname türlerinden birini tercih etmesi öncelikle aranır. Vasiyetname düzenleme ehliyeti göz önünde bulundurulduğunda ise bu kimse- nin on beş yaşını doldurmuş olması gerekir. Bunun yanında ilgili kimse, yapmış olduğu vasiyetnamenin sebep ve sonuçlarını anlayabilecek dere- cede ayırt etme gücüne de sahip olmalıdır.

b. Resmî Vasiyetnamede Önalım Hakkına Yer Verilmesi

Resmi vasiyetnameler TMK. m. 532/1 hükmüne göre, iki tanığın ka- tılmasıyla resmî memur tarafından düzenlenir. Resmî memur ise, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabilir (TMK. m. 532/2)⁴².

Resmî vasiyetnamede önalım hakkına yer vermek isteyen mirasbı- rakan, iki türlü hareket edebilir. Bunlardan birincisi mirasbırakanın, ar- zularını resmî memura bildirmesi suretiyle başlayan bir süreci ifade eder. Bu talep üzerine memur, vasiyetnameyi yazar veya yazdırır ve okuması için mirasbırakana verir. Vasiyetname, mirasbırakan tarafından okunup imzalanır. Memur, vasiyetnameyi tarih koyarak imzalar (TMK. m. 533). Vasiyetnameye tarih ve imza konulduktan hemen sonra mirasbırakan, vasiyetnameyi okuduğunu, bunun son arzularını içerdiğini memurun huzurunda iki tanığa beyan eder. Tanıklar, bu beyanın kendi önlerinde yapıldığını ve mirasbırakanı tasarrufa ehil gördüklerini vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imzalarlar (TMK. m. 534). İkinci ihtimal ise, TMK. m. 535 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, mirasbırakan va- siyetnameyi bizzat okuyamaz veya imzalayamazsa, memur vasiyetna- meyi iki tanığın önünde ona okur ve bunun üzerine mirasbırakan vasi- yetnamenin son arzularını içerdiğini beyan eder. Bu durumda tanıklar, hem mirasbırakanın beyanının kendi önlerinde yapıldığını ve onu tasar- rufa ehil gördüklerini; hem vasiyetnamenin kendi önlerinde memur tara- fından mirasbırakana okunduğunu ve onun vasiyetnamenin son

olması tek başına vasiyetname yapma ehliyetini ortadan kaldırmaz, EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 58-59; DURAL/ÖZ, kn. 282.

⁴² Resmî vasiyetname hakkında detaylı bilgi için bkz. KÖPRÜLÜ, s. 143 vd.; KOCA- YUSUFPAŞAOĞLU, s. 157 vd.; İMRE/ERMAN, s. 81 vd.; RÜEGG, kn. 227; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 115 vd.; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 182 vd.; DURAL/ÖZ, kn. 308 vd.; ANTALYA, kn. 464 vd.; ENGİN/SEROZAN, s. 304, kn. 76 vd.; TURAN, s. 7 vd.; ÖZÜARI, N. Ruhi, "Vasiyet ve Tatbikatı", Ankara Barosu Dergisi, C. 23, S. 3, s. 520-528, özellikle s. 521.

arzularını içerdiğini beyan ettiğini vasiyetnameye yazarak veya yazdırarak altını imzalarlar.

Resmî vasiyetnamede önalım hakkına yer vermek isteyen mirasbırakan, bu iki usulden birine uygun hareket ederek bu yöndeki iradesini ortaya koymalıdır. Aksi takdirde resmî vasiyetname geçersizdir⁴³. Böyle bir vasiyetnamede yer alan önalım hakkı ise tesis edilemez.

c. El Yazılı Vasiyetnamede Önalım Hakkına Yer Verilmesi

El yazılı vasiyetname, yapıldığı (düzenlendiği) yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olan vasiyetname türüdür (TMK. m. 538/1)⁴⁴. TMK. m. 538/2 hükmüne göre bu vasiyetname, saklanmak üzere açık veya kapalı olarak notere, sulh hâkimine veya yetkili memura bırakılabilir.

Kanunkoyucu el yazılı vasiyetname için nitelikli (mevsuf) adi yazılı şekil şartı öngörmüştür⁴⁵. Bu şekil şartını taşımayan vasiyetname, geçerlilik kazanamaz⁴⁶.

Önalım hakkı el yazılı vasiyetname muhtevasında yer aldığında, bu vasiyetnamenin yıl, ay ve gün gösterilerek ilgili tarafından baştan sona el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması gerekir.

⁴³ "...Vasiyet resmi senetle, vasiyeti düzenleyenin el yazısı ile veya belirli şartların varlığı halinde sözlü olarak yapılabilir (Medeni Kanun 478). Resmi vasiyetnameyi; Sulh Hâkimi, noter veya kanunla bu işte görevlendirilmiş memurlar düzenleyebilir. Kanunla görevlendirilmiş memurlara, noter yetkisine sahip baş kâtipler ile konsoloslar örnek olarak gösterilebilir. Kanunlarımızda köy muhtarlarına resmi vasiyetname düzenlemek için yetki verilmemiştir. Vasiyetname düzenlenmesi için kanunlarımızda öngörülen şekil şartı isbat şartı olmayıp, geçerlik şartıdır. Bu nedenle hükme dayanak yapılan senet yetkili resmi memur tarafından yapılmadığından hukuken geçerli bulunmamaktadır. Ölüme bağlı tasarruf geçersiz olduğuna göre, dava konusu olayda tenkis hükümlerinin de uygulanmasından söz edilemez. Zira tenkis işlemi, geçerli olan ölüme bağlı tasarruflarda söz konusu olabilir...", Y. 16. HD. 13.10.1989 T., E. 1989/10845, K. 1989/14561, (www.kazanci.com.tr).

⁴⁴ El yazılı vasiyetname hakkında detaylı bilgi için bkz. KÖPRÜLÜ, s. 152 vd.; KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU, s. 191 vd.; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 104 vd.; İMRE/ERMAN, s. 71 vd.; RÜEGG, kn. 227; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 172 vd.; DURAL/ÖZ, kn. 369 vd.; ANTALYA, kn. 502; ENGİN/SEROZAN, s. 306, kn. 83 vd.; ÖZÜARİ, s. 523.

⁴⁵ DURAL/ÖZ, kn. 371; ENGİN/SEROZAN, s. 307, kn. 83.

⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 191 vd.; DURAL/ÖZ, kn. 371; "...El yazısı ile vasiyetnamenin geçerli olabilmesi için, başından sonuna kadar vasiyet edenin el yazısı ile yazılmış olması ve düzenleme yeri ile sene, ay ve gününün bizzat vasiyetçi tarafından yazılıp imzalanmış olması gerekir...", Y. 2. HD. 28.3.1978 T., E. 1978/2387, K. 1978/2516, (www.kazanci.com.tr).

d. Sözlü Vasiyetnamede Önalım Hakkına Yer Verilmesi

Sözlü vasiyetnameye dair düzenlemeler, TMK. m. 539, 540 ve 541'de yer almaktadır⁴⁷. Bu vasiyetname türü resmî ve el yazılı vasiyetnameye göre istisnâ niteliktedir⁴⁸. Dolayısıyla sözlü vasiyetname yapılabilmesi için mirasbırakanın resmî ve el yazılı vasiyetname tesis etme imkanının bulunmaması gerekir. Aynı zamanda sözlü vasiyetnamenin yapılabilmesi için birtakım olağanüstü hâllerin varlığı da aranır⁴⁹. Gerçekten de TMK. m. 539/1 hükmüne göre mirasbırakan, yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir.

Sözlü vasiyetnamede mirasbırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler (TMK. m. 539/2).

Önalım hakkının sözlü vasiyetnamenin muhtevasında yer almasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak hiç şüphesiz bu vasiyetnamenin geçerliliği için aranan şartlar ve istisnâ nitelik, muhtevasındaki önalım hakkı bakımından da göz önünde bulundurulmalıdır.

3. Önalım Hakkının Miras Sözleşmesinde Yer Alması

Miras sözleşmesi, mirasbırakan ile karşı taraf arasında akdedilen iki taraflı bir ölüme bağlı tasarruftur. Bu sözleşme ile taraflardan en az biri, yani mirasbırakan, ya kendi terekesi üzerinde maddî anlamda bir ölüme bağlı tasarrufta bulunur ya da terekesi üzerinde karşı tarafın ileride doğacak olan mirasçılık hakkından vazgeçmesini (feragat etmesini) sağlar⁵⁰. Miras sözleşmesi, isminden de anlaşılacağı üzere iki taraflı bir hukukî

⁴⁷ Sözlü vasiyetname hakkında detaylı bilgi için bkz. KÖPRÜLÜ, s. 161 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 219 vd.; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 120 vd.; RÜEGG, kn. 227; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 190 vd.; DURAL/ÖZ, kn. 433 vd.; ANTALYA, kn. 535 vd.; ENGİN/SEROZAN, s. 316, kn. 93 vd.; ÖZÜARI, s. 523.

⁴⁸ KÖPRÜLÜ, s. 161; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 219; İMRE/ERMAN, s. 91; DURAL/ÖZ, kn. 433; ANTALYA, kn. 535; ENGİN/SEROZAN, s. 316, kn. 93.

⁴⁹ EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 120; DURAL/ÖZ, kn. 433; TURAN, s. 15.

⁵⁰ DURAL, s. 17; DURAL/ÖZ, kn. 472; ANTALYA, kn. 588, 589.

işlemdir⁵¹. Bu sözleşme, mirasbırakan ile mirasçı veya mirasbırakan ile üçüncü kişi arasında gerçekleştirilebilir⁵².

TMK. m. 545/1 hükmü gereği, miras sözleşmesinin resmî şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. İlgili hükümde miras sözleşmesinin resmî vasiyetname şeklinde düzenlenebileceği belirtilmiştir. Bu sebeple, resmî vasiyetname düzenlenmesine dair şekli kurallar miras sözleşmesi için de geçerlidir⁵³. Ancak TMK. m. 545/2 hükmü gereği, resmî vasiyetnameden farklı olarak sözleşmenin taraflarının, arzularını resmî memura aynı zamanda bildirmeleri ve düzenlenen sözleşmeyi memurun ve iki tanığın önünde imzalamaları gerekir⁵⁴.

Miras sözleşmesinin konusunu önalım hakkının oluşturduğu durumlarda bu işlemin de resmî vasiyetname için öngörülmüş olan şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu şekilde tesis edilecek miras sözleşmesinde müstakbel önalım hakkı sahibi de borç altına giriyorsa, ivazlı (karşılıklı) miras sözleşmesinden; ilgilinin bu sözleşme neticesinde herhangi bir yükümlülüğü doğmuyorsa, ivazsız (karşılıksız) miras sözleşmesinden bahsedilir⁵⁵.

Miras sözleşmesi akdedecek mirasbırakanın TMK. m. 503 hükmü gereği, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olması ayrıca kısıtlı bulunmaması gerekir. Kanunkoyucu miras sözleşmesi bakımından fiil ehliyeti şartını aramıştır⁵⁶. Bu sebeple, miras sözleşmesi akdedecek kimsenin kural olarak TMK. m. 11/1 hükmü kapsamında on sekiz yaşını doldurmuş

⁵¹ BERKİ, s. 42; ÖZTRAK, s. 8; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 137; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 200; RÜEGG, kn. 227. Bununla birlikte miras sözleşmesinin muhtevasında tek taraflı irade açıklaması olan vasiyetnameye dair unsurların da bulunmasına bir engel yoktur. Bu durumda ilgili hususta vasiyetnameye dair hükümler uygulanır. Benzer yönde açıklamalar için bkz. EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 137-138. Burada bahsi geçen vasiyetname hiç şüphesiz TMK. m. 545/1 hükmü gereği resmî vasiyetnamedir.

⁵² TURAN, s. 17.

⁵³ KÖPRÜLÜ, s. 167; DURAL, s. 83; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 52; İMRE/ERMAN, s. 189; DURAL/ÖZ, kn. 514; ENGİN/SEROZAN, s. 317, kn. 95; TURAN, s. 22.

⁵⁴ Bu hususta açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 227-228; ENGİN/SEROZAN, s. 317, kn. 95.

⁵⁵ İvazlı-ivazsız miras sözleşmesi ayırımı başta olmak üzere, miras sözleşmesinin diğer tasnifleri için bkz. DURAL, s. 29 vd.; DURAL/ÖZ, kn. 479 vd.; ANTALYA, kn. 595 vd.; TURAN, s. 18 vd.

⁵⁶ BERKİ, s. 52; KÖPRÜLÜ, s. 140; DURAL, s. 15; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 60-61; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 168; DURAL/ÖZ, kn. 495; ANTALYA, kn. 593; ENGİN/SEROZAN, s. 265, kn. 24b.

olması gerekir. Ancak evlenme yoluyla kazanılan erginlik (TMK. m. 11/2) veya mahkeme kararına dayanan erginlik de (TMK. m. 12) ilgiliye miras sözleşmesi yapma ehliyeti sunar⁵⁷. Tıpkı vasiyetnamede olduğu gibi, miras sözleşmesi bakımından ehliyet, sözleşmenin tesis edildiği ana göre belirlenir⁵⁸. Sözleşme taraflarının daha sonra ehliyet şartlarını kaybetmiş olmaları işlemin geçersizliği neticesini doğurmaz⁵⁹.

Miras sözleşmesinde önalım hakkına yer verilmesi, TBK. m. 240 vd. düzenlenen önalım sözleşmesinden farklıdır. Nitekim ölüme bağlı tasarruf olan miras sözleşmesi ile mirasbırakanın ölümünden sonra bir malvarlığı değeri üzerinde ilgili lehine önalım hakkı tanınmasına dair bir tasarruf yer alır. TBK. m. 240 vd. düzenlenen önalım sözleşmesi ise, sağlar arası bir işlem olup bu sözleşmenin tesisi ile ilgili önalım hakkı kazanır.

C. Maddî Anlamda Ölüme Bağlı Tasarruf Olarak Önalım Hakkı Tanınması

1. Genel Olarak Maddî Anlamda Ölüme Bağlı Tasarruflar

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf, vasiyetname ya da miras sözleşmesi muhtevasında yer alan münferit tasarrufları ifade eder⁶⁰. Başka bir ifade ile şeklî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, ölüme bağlı tasarrufun dış görünüşünü; maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar ise bu görünüş altında yer alan muhtevayı gösterir⁶¹. Bu tasarruflar, ancak mirasbırakanın ölümü hâlinde hüküm ve sonuç doğurur⁶². Ölümden öncesi için bu tasarruflar, sadece bir niyetten ibaret olup maddî değer taşımazlar⁶³.

TMK. m. 514-530 hükümlerinde gerek vasiyetname gerekse miras sözleşmesi yoluyla gerçekleştirilebilecek maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflara yer verilmiştir. Ancak maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar

⁵⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 140; DURAL, s. 57; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 61; ENGİN/SEROZAN, s. 283, kn. 52.

⁵⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 135; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 62.

⁵⁹ EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 62.

⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 255; ÖZTRAK, s. 8; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 132; TURAN, s. 22.

⁶¹ KÖPRÜLÜ, s. 169.

⁶² "...Vasiyet M.K.'nun 4 babında yer alan ölüme bağlı tasarruflardandır. Ve bu tasarruf miras bırakanın ölümü ile hukuki sonuç doğurur..." , Y. 7. HD. 16.9.1982 T., E. 1982/5088, K. 1982/10650, (www.kazanci.com.tr). Ölüme bağlı tasarruflar tasarrufta bulunan bakımından bir edim yükümlülüğü meydana getirmezken, onun mirasçılarının sorumluluğu neticesini doğurur, ANTALYA, kn. 405.

⁶³ AYİTER, s. 44.

ilgili hükümlerde zikredilenler sınırlı değildir⁶⁴. Türk Medenî Kanununun miras hukukuna dair hükümleri dışında da ölüme bağlı tasarruflar mevcuttur⁶⁵. TMK. m. 295 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan tanınanın, vasiyetname ile gerçekleştirilebilmesi buna örnektir.

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, ya sadece vasiyetname ile ya sadece miras sözleşmesi ile ya da hem vasiyetname hem de miras sözleşmesi ile gerçekleştirilebilenler olmak üzere üçlü bir tasnife tâbi tutulur⁶⁶. Ayrıca maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, ivazlı ya da ivazsız olarak gerçekleştirilebilir. Buradan hareketle mirasbırakan ivazsız bir şekilde bir vasiyetname bünyesinde önalım hakkı tasarrufunda bulunabileceği gibi, bu tasarrufu karşılığında bir ivaz da elde edebilir. İkinci ihtimalde mirasbırakan bu tasarrufunu miras sözleşmesi yoluyla gerçekleştirmektedir. Neticede önalım hakkı, ivazlı veya ivazsız olarak hem vasiyetnamenin ya da miras sözleşmesinin muhtevasında yer alabilir.

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, konuları bakımından mirasçı atama (TMK. m. 516) ve belirli mal vasiyeti (vasiyet) (TMK. m. 517 vd.) olmak üzere ikili bir tasnife tâbi tutulabilir⁶⁷. Bunun yanında Türk Medenî Kanunu maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufları madde 515-530 hükümlerinde; koşullar ve yüklemeler, mirasçı atama, belirli mal bırakma, yedek mirasçı atama, art mirasçı atama, vakıf, olumlu miras sözleşmesi, mirastan feragat sözleşmesi olarak saymıştır. Ayrıca bu hususta vasiyeti yerine getirme görevlisi (TMK. m. 550-552), mirasbırakanın paylaşma düzenlemeleri (TMK. m. 560/2; 647/1), vasiyetnameden dönme (TMK. m. 542-544), miras sözleşmesinden dönme, mirasbırakanın denkleştirme yükümlülüğüne dair düzenlemeler (TMK. m. 669; 672; 674) de yer almaktadır⁶⁸.

⁶⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 253; TURAN, s. 23.

⁶⁵ DURAL/ÖZ, kn. 646; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 256-257. Bu yönde örnekler için bkz. ENGİN/SEROZAN, s. 342, kn. 127.

⁶⁶ Bu tasnife dair detaylı açıklamalar için bkz. KÖPRÜLÜ, s. 169; ÖZTRAK, s. 10 vd.; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 133 vd.; ENGİN/SEROZAN, s. 343, kn. 128; TURAN, s. 23.

⁶⁷ RÜEGG, kn. 225. Roma hukukundaki benzer yönde tasnif için bkz. KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", C. 45, S. 1-4, s. 505-531, özellikle, s. 512-513.

⁶⁸ ANTALYA, kn. 787.

2. Önalım Hakkının Vasiyetin Konusu Olması

a. Genel Olarak

Önalım hakkının da dahil olduğu şahsî hakların, maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların hangi türüne dahil olduğuna dair doğrudan açıklamalar mevzuatta yer almamaktadır. Ancak kanaatimizce mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta önalım hakkına yer vermesi, bir vasiyet niteliği taşır⁶⁹. Nitekim hem miras sözleşmesi hem de vasiyetname ile gerçekleştirilebilen ölüme bağlı tasarruflardan olan vasiyet; bir kimseye, mirasbırakan tarafından ölüme bağlı olarak alacak hakkı niteliğinde bir malvarlığı menfaati sağlanmasıdır⁷⁰. Vasiyet çeşitlerine dair bir sınırlama sözü konusu olmadığı için⁷¹, mirasbırakanın önalım hakkı vasiyeti de dahil terekesi üzerinde vasiyette bulunması mümkündür. Nitekim Yargıtay da 2.12.1991 tarihli bir kararında, "...Medeni Kanun'un kişilere vasiyetname ile birçok tasarruf yetkisi vermiştir. Vasiyetname ile mirasçı nesbedilebilir (M.K. 463). Belirli mal üzerinde ölüme bağlı tasarruflarda bulunulabilir (M.K. 464). Gerek muayyen mallar için ve gerekse mirasçı için ikame yapılabilir (M.K. 467-472) Vakıf kurulabilir (M.K. 473). Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk tanınabileceği (M.K. 291) gibi, daha önceden yapılan vasiyetten rücu edilebilir (M.K. 489). Vasiyeti tenfiz memuru tayin olunabilir (M.K. 497, 498). Kanunda gösterilen

⁶⁹ Bu yönde açıklamalar için bkz. RÜEGG, kn. 226. Türk Hukukunda da bu suretle önalım hakkı tesisinin mümkün olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu hususta bkz. FEYZİOĞLU, s. 82-83; TAMAN-ŞİPKA, s. 7; AYDOĞDU, s. 21; KIRKBEŞOĞLU, s. 38; TAKIŞ, s. 9. Ancak Feyzioğlu bu konuda, belirli mal vasiyetinde yer alan malvarlığından istifade ve şahsî talep hakkı tanınması unsurlarının önalım hakkı tesisinde de mevcut olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple yazara göre, yenilik doğuran hak niteliğinde olan önalım hakkının belirli mal vasiyeti şeklinde tesisi edilmesine bir engel bulunmamaktadır. Bu hususta açıklamalar için bkz. FEYZİOĞLU, s. 82-83. İsviçre hukukunda önalım hakkının maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflardan olan vasiyet ile tanınabileceğine dair görüş ve açıklamalar için bkz. RÜEGG, kn. 224 vd.

⁷⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 259; DURAL/ÖZ, kn. 671. Benzer yönde açıklamalar için bkz. İMRE/ERMAN, s. 126; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 141; ENGİN/SEROZAN, s. 344, kn. 129. Her ne kadar TMK. m. 517 hükmünde vasiyet yerine belirli mal bırakma terimi kullanılmış olsa da belirli mal bırakma vasiyetin sadece bir türüdür. Vasiyet, mirasbırakana cüz'i halef olma neticesini doğuran maddî anlamda bir ölüme bağlı tasarrufu ifade eder. Bu yönde açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 261; DURAL/ÖZ, kn. 668 vd.; ANTALYA, kn. 802; ENGİN/SEROZAN, s. 347, kn. 133. Roma hukuku temelli olan ve günümüzde de kullanılan "testamentum" kelimesi, yerine göre vasiyet veya vasiyetname olarak kullanılmaktaydı. Roma hukuku döneminde bu müessese, ölümden sonra geçerli olması için, iradenin şeklen tespit edilmiş bir ifadesi olarak değerlendirilmekteydi, KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 507.

⁷¹ ANTALYA, kn. 825.

şartlar altında muhtemel mirasçı mirastan iskat edilebilir. (M.K. 457), mirasın taksimine ilişkin kurallar konulabilir (M.K. 587). Bunlar dışında yer alan tasarrufların da ölüme bağlı olma şartına uyum gösterme olanağı çerçevesinde yapılmasına bir engel yoktur...”, şeklinde hüküm tesis ederek bu hususa dikkat çekmiştir⁷². Ayrıca TMK. m. 514/1 hükmüne göre mirasbırakanın, tasarruf özgürlüğünün sınırları içinde, malvarlığının tamamında veya bir kısmında vasiyetname ya da miras sözleşmesiyle tasarrufta bulunmasına bir engel yoktur. Bunun yanında TMK. m. 517/1 hükmüne göre, bir kimse lehine tereke değeri üzerinden bir edimin yerine getirilmesinin, ölüme bağlı tasarruf yoluyla gerçekleştirilmesi mümkündür. Nitekim TMK. m. 517/2 hükmünde her ne kadar sınırlı aynî hak olsa da mirasbırakanın bir kimseye terekesinin tamamı ya da bir kısmı üzerinde intifa hakkının kazandırılmasına yönelik ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceği düzenlemiştir. İlgili hükümden hareketle, mirasbırakanın terekesi üzerinde bir kimse lehine yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkı vasiyetinde bulunması hususunda da bir engel bulunmamaktadır. Benzer şekilde ilgili düzenlemeden hareketle, mirasbırakanın ölümü vasiyet alacaklısının ölüme bağlı tasarrufta kendisine tanınan intifa hakkına sahip olması neticesini doğurmaz. Vasiyet alacaklısının sadece vasiyet borçlularına karşı ilgili intifanın tesisi hususunda bir şahsî talep hakkı mevcuttur⁷³. Bu hususta Yargıtay, 21.5.1999 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, vasiyette şahsî hak tanınabileceğini, bir işyeri üzerinde vasiyet alacaklısına tanınan kullanma hakkının bu niteliği taşıdığını ve vasiyet alacaklısının mirasçılar tarafından teslim gerçekleşmeden söz konusu iş yerini kullanmasının haksız olduğunu belirtmiştir⁷⁴.

⁷² İlgili karar metni için bkz. Y. 2. HD. 2.12.1991 T., E. 1991/12407, K. 1991/14857, (www.kazanci.com.tr).

⁷³ Ölüme bağlı tasarruf yoluyla intifa hakkı tanınması (intifa vasiyeti) hususunda detaylı açıklamalar için bkz. EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 146; KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU, s. 264-265; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 225; İMRE/ERMAN, s. 130-131; DURAL/ÖZ, kn. 689. Sınırlı aynî haklardan olan oturma (sükna) hakkı bakımından aynı değerlendirmeler için bkz. GÜVENÇ, Fikret, “Ölüme Bağlı Tasarruf Konusu Olarak Sükna Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 62, S. 1-2-3, s. 36-41.

⁷⁴ Yüksek Mahkeme her ne kadar kararında sükna hakkının da vasiyet ile tanınabileceğine dair açıklamalara yer vermiş olsa da kanaatimizce ilgili olayda ifadesini bulan kullanma hakkı ilgili taşınmazdan kullanma ve yararlanmaya yönelik kira ya da ariyet olarak değerlendirilmelidir. Nitekim bir işyerinin sükna hakkına konu edilmesi mümkün değildir. Zira TMK. m. 823/1 hükmünde oturma hakkının, bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi verdiği düzenlenmiştir.

b. Vasiyette Öngörülen Önalım Hakkının Tesisi

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufla vasiyet alacaklısı lehine önalım hakkı tesisini öngörmesi, tek başına önalım hakkının doğumu için yeterli değildir⁷⁵. Bu yolla tanınan önalım hakkı hak sahibine önalım hakkına konu şey üzerinde mirasçılara karşı ileri sürülebilen bir alacak hakkını ifade eder. Önalım hakkı sahibinin buradaki alacak hakkı, mirasçılara yöneltilir ve söz konusu taşınmaz üzerinde ölümüne bağlı tasarrufların muhtevasına uygun olarak bir önalım hakkı tanınmasını konu edinir. Neticede ilgili, mirasbırakanın arzusu doğrultusunda onun mirasçıları ile söz konusu taşınmaz üzerinde kendisi lehine önalım hakkı tanınmasına dair bir anlaşma akdeder⁷⁶.

Önalım hakkının vasiyet özelliği taşıması sebebiyle vasiyet alacaklısının (müstakbel önalım hakkı sahibinin) sadece vasiyeti yerine getirmekle görevli olanlara karşı ileri sürebileceği şahsî bir alacak (talep) hakkı vardır (TMK. m. 600/1)⁷⁷. Zira Vasiyet alacaklısı, küllî değil cüz'î halef sıfatını taşır⁷⁸. Vasiyet alacaklısı, ne malik ne de mirasçıdır⁷⁹. Kendisine sadece olağan bir alacak hakkı tanınmıştır⁸⁰. Bu sebeple vasiyet edilen malvarlığı değerini kendiliğinden kazanamaz. Vasiyet borçlusunun vasiyet edilen değeri, bu değer tür ve niteliğine göre, gerekli esas ve şekil şartlarını taşıyan bir hukukî işlemle vasiyet alacaklısına devretmesi veya onun lehine tesis etmesi gerekir⁸¹.

İlgili karar metni için bkz. Y. 2. HD. 21.5.1999 T., E. 1999/3137, K. 1999/5549, (www.kazanci.com.tr).

⁷⁵ Feyzioğlu bu hususta, vasiyet borçlusu mirasçı aleyhine meydana gelen önalım hakkının, belirli mal vasiyetinin hüküm ifade etmesiyle teşekkül edeceğini ve normal bir önalım hakkının neticelerini doğuracağını belirtmektedir, FEYZİOĞLU, s. 83.

⁷⁶ RÜEGG, kn. 233. Benzer yönde açıklamalar için bkz. TAMAN-ŞİPKA, s. 9; TAKIŞ, s. 9.

⁷⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 260; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 141; ANTALYA, kn. 809.

⁷⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 260; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 141; ANTALYA, kn. 817; ENGİN/SEROZAN, s. 344, kn. 129.

⁷⁹ EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 141.

⁸⁰ ENGİN/SEROZAN, s. 344, kn. 129; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 228; ANTALYA, kn. 810.

⁸¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 260; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 141; "...Medeni Kanun'un 600. maddesi hükmüne göre kendisine belirli bir mal vasiyet edilen kimse, bu vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan varsa ona yoksa yasal mirasçılara karşı açacağı dava ile malın kendisine teslimini isteyebilir. Vasiyetnamenin açılıp okunmuş olması, mülkiyetin

Önalım hakkı söz konusu olduğunda da vasiyet alacaklısı sıfatını taşıyan lehine önalım hakkı tesis edilecek kimse, vasiyette öngörülmüş olan bu hakkı kendiliğinden kazanamaz⁸². Bu hakkın tesisi için, vasiyet borçlusunun vasiyet alacaklısı ile ölüme bağlı tasarrufun muhtevasına uygun olarak TBK. m. 240 vd. şartları taşıyan bir önalım sözleşmesi akdetmesi gerekir⁸³. İlgili sözleşme, TBK. m. 237/3 hükmü gereği yazılı şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu sözleşmenin muhtevası, ölüme bağlı tasarrufa, dolayısıyla mirasbırakanın iradesine göre belirlenir. Eğer mirasbırakan sadece belli bir malvarlığı değeri üzerinde vasiyet alacaklısı lehine önalım hakkı tanınmasını arzu etmişse, vasiyet borçlusu ile alacaklısı arasında tesis edilecek önalım sözleşmesi adî önalım hakkı tanır. Bunun yanında mirasbırakan özellikle vasiyet alacaklısı lehine tanınacak önalım hakkının şartlarına dair belirleme yapmışsa⁸⁴, vasiyet alacaklısının vasiyet borçlusundan buna uygun olarak önalım sözleşmesini akdetmesini talep hakkı vardır⁸⁵. Mesela mirasbırakan önalım hakkının kullanılma bedelinin ne olacağına ölüme bağlı tasarrufunda yer vermişse, vasiyet alacaklısı ile borçlusu arasında akdedilecek sözleşmedeki bedel de bu olacaktır.

c. Önalım Hakkı Tesisi Borcunun Doğumu

Vasiyet özelliği taşıyan ölüme bağlı tasarruf ile önalım hakkı tanınmasına dair sözleşme akdetme borcu, mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden doğar. Ancak bu borcun muacceliyet tarihi, TMK. m. 600/2 hükmü gereği borçlunun mirası kabul etme ya da red hakkının düşme anıdır. Gerçekten de TMK. m. 600/2 hükmünde vasiyet borçlusunun mirası

kendiliğinden vasiyet edilene geçmesini sağlamaya yeterli değildir. Bu itibarla kendisine muayyen mal vasiyet edilen kişi M.K.'nun 600. maddesi uyarınca bu malın teslimini yasal veya seçilmiş mirasçılardan veya tenfiz memuru varsa ondan istemek durumundadır...”, Y. 6. HD. 16.2.2011 T., E. 2011/46, K. 2011/1467, (www.kazanci.com.tr).

⁸² MARXHEİMER, s. 31-32.

⁸³ RÜEGG, kn. 229, 233. Türk Hukuk doktrininde meseleye dair açıklamalarda bulunan Feyzioğlu ise, muhtevasında önalım hakkı bulunan belirli mal vasiyetinin hüküm ifade etmesiyle, önalım hakkının teşekkül edeceğini ve normal bir önalım hakkının neticelerini doğuracağını savunmaktadır, FEYZİOĞLU, s. 83. İsviçre doktrininde ölüme bağlı tasarruf yoluyla önalım hakkı tanındığında bu hakkın ayrıca bir önalım sözleşmesine gerek olmadan kendiliğinden doğacağı yönünde görüş de bulunmaktadır. Bu görüşü savunanlar için bkz. RÜEGG, kn. 230, dn. 404'te anılan yazılar.

⁸⁴ Bu durum, yukarıda da izah ettiğimiz mevsuf (nitelikli) önalım hakkını ifade eder.

⁸⁵ MARXHEİMER, s. 32.

kabul etmesi ya da red hakkının düşmesi ile vasiyet borcunun muaccel olacağı hüküm altına alınmıştır⁸⁶. Ancak mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta borcun doğum ve muacceliyet anı bakımından ayrıca belirlemede bulunması mümkündür⁸⁷. Nitekim TMK. m. 600/2 hükmü, emredici nitelik taşımaz⁸⁸. Mesela mirasbırakanın el yazılı vasiyetnamesinde ilgili lehine önalım hakkının tesisini talep hakkı bir vadeye bağlanabilir. Lehine önalım hakkı tanınacak vasiyet alacaklısının belli bir yaşa ulaşmış olmasına dair belirleme, bunu gösterir. Benzer şekilde mirasbırakan önalım hakkı tesisine dair talep hakkının muacceliyeti hususunda da ölüme bağlı tasarrufunda irade açıklamasında bulunabilir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta, lehine önalım hakkı tanınacak kimsenin üniversiteden mezun olması hâlinde bu hakkın tesisini talep edebileceğine dair belirlemesi, muacceliyet anına dair tespitinin bir örneğidir.

d. Önalım Hakkı Tesisinde Alacaklı

Ölüme bağlı tasarrufa bağlı olarak tesis edilen önalım hakkının sahibi, mirasbırakan öldüğü zaman lehine tasarruf yapılmış sağ olan gerçek veya var olan tüzel kişidir olmalıdır⁸⁹. Bu sebeple lehine hak tesis edilecek bu kimse, vasiyet alacaklısı sıfatını taşır⁹⁰. Hak sahibi kimse, öncelikle ölüme bağlı tasarrufa uygun olarak kendisi lehine önalım hakkı tesis edilmesini vasiyet borçlusundan talep etme hakkına sahiptir. Akabinde ise hak sahibi yine ölüme bağlı tasarrufta öngörülen şartların gerçekleşmesi hâlinde önalım hakkını kullanarak hakka konu şeyin kendisine devri hususunda bir anlaşmanın tarafı hâline gelir.

⁸⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 267; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 148; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 231; DURAL/ÖZ, kn. 705; ANTALYA, kn. 811; ENGİN/SEROZAN, s. 352, kn. 144.

⁸⁷ ENGİN/SEROZAN, s. 353, kn. 144. Benzer yönde açıklamalar için bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 231-232.

⁸⁸ DURAL/ÖZ, kn. 706. Benzer yönde açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 267.

⁸⁹ Gerçekten de ölüme bağlı tasarrufa bağlı olarak hak sahibi olabilmek için lehine tasarrufta bulunulunun mirasbırakanın ölümü anında sağ olması gerekir (TMK. m. 548/1, 580), ANTALYA, kn. 417,418.

⁹⁰ Vasiyet alacaklısına dair kapsamlı açıklamalar için bkz. EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 142; DURAL/ÖZ, kn. 699 vd.

Vasiyet alacaklısı konumunda olan lehine önalım hakkı tesis edilecek kimse, mirasbırakandan önce ölebilir⁹¹. Bu durumda TMK. m. 581/1 hükmü gereği vasiyet tasarrufu, vasiyet borçlusuna lehine sona erer⁹². Neticede vasiyet borçlusunun önalım hakkı tesis etme yükümlülüğü ortadan kalkar. Mirasbırakan özel olarak vasiyet borçlusuna belirtmezse, bütün kanunî ve atanmış mirasçılar lehine olmak üzere bu sorumluluk ortadan kalkar. Benzer şekilde TMK. m. 550 vd. hükümlerinde yer alan vasiyeti yerine getirme görevlisi de vasiyet alacaklısı lehine önalım hakkı tesis etme borcu altında olabilir. Bu durumda vasiyet alacaklısının ölümü hâlinde, önalım hakkının vasiyeti yerine getirme görevlisine geçmesi söz konusu olmaz.

e. Önalım Hakkı Tesisinin Borçlusuna

Ölüme bağlı tasarrufta öngörülen önalım hakkı tesisi bakımından borçlu (yükümlü) olan kimse, vasiyet borçlusudur⁹³. Vasiyet borçlusuna sıfatı, vasiyeti yerine getirme görevlisi⁹⁴ olmadığı takdirde kural olarak kanunî ve atanmış mirasçılara aittir (TMK. m. 600/1)⁹⁵. Ölüme bağlı tasarrufta aksi belirtilmediği sürece, bütün kanunî ve atanmış mirasçılar

⁹¹ Vasiyet alacaklısının mirasbırakandan önce ölümünün vasiyetin akıbeti bakımından neticeleri hususunda açıklamalar için bkz. DURAL/ÖZ, kn. 702 vd.; ENGİN/SEROZAN, s. 354, kn. 146.

⁹² "...Mahkeme kararının gerekçesinde dayanan TMK'nın 581. maddesi hükmüne göre; "Vasiyet alacaklısı olabilmek için miras bırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır. Vasiyet alacaklısı miras bırakanın önce ölmüş ise, tasarruftan aksi anlaşılmadıkça, vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü, vasiyet yükümlüsünün yararına ortadan kalkar...", Y. 3. HD. 28.2.2011 T., E. 2010/19745, K. 2011/2854, (www.kazanci.com.tr).

⁹³ Vasiyetname ile tanınan önalım hakkında bu hakkın borçlusunun mirasçı olduğu yönünde görüş için bkz. FEYZİOĞLU, s. 172.

⁹⁴ Burada zikredilen vasiyeti yerine getirme görevlisi, TMK. m. 550 vd. hükümlerinde düzenlenen teknik anlamdaki vasiyeti yerine getirme görevlisi değildir. TMK. m. 600/1 hükmündeki vasiyet yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın sadece belli bir vasiyeti yerine getirme görevi yüklediği kimseyi yani vasiyet borçlusunu ifade eder. Bu hususta açıklamalar için bkz. DURAL/ÖZ, kn. 692; İMRE/ERMAN, s. 168 vd.

⁹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 266; EREN/YÜCER AKTÜRK, s. 143; DURAL/ÖZ, kn. 692; ANTALYA, kn. 830; ENGİN/SEROZAN, s. 349, kn. 136; "...743 Sayılı Medeni Kanununun 541. maddesi; Kendisine belli bir şey vasiyet edilen kimse, bu vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanlar varsa onlara, yoksa kanuni ve mansup mirasçılara karşı dava açma hakkına sahip olduğunu hükme bağlamıştır...", Y. 2. HD. 18.2.2002 T., E. 2002/1253, K. 2002/2188, (www.kazanci.com.tr).

müteselsilen vasiyet borçlusu kabul edilir⁹⁶. Nitekim TMK. m. 641/1 hükmünde, mirasçıların tereke borçlarından müteselsilen sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır.

Vasiyet borçlusu, vasiyete uygun olarak önalım hakkı tesis etmekten kaçınırsa, vasiyet alacaklısı bunu dava yoluyla sağlayabilir. Bu dava neticesinde vasiyet alacaklısı lehine vasiyete uygun olarak önalım hakkı tanınır. Bu suretle önalım hakkı sahibi sıfatını kazanan vasiyet alacaklısı, daha sonra önalım olgusu gerçekleştiğinde bu hakkını kullanma imkanı elde eder.

Vasiyet borçlusu, vasiyet alacaklısı lehine önalım hakkı tesis etmeden malı elinden çıkarırsa, vasiyet alacaklısı o malın kendisine teslimini isteyemez. Bu durumda, vasiyet alacaklısı, mirasçılardan uğramış olduğu zararın giderilmesini talep edebilir⁹⁷.

f. Ölüme Bağlı Tasarrufta Yer Alan Önalım Hakkının Şerhi

Hukukî işlemde doğan dolayısıyla ölüme bağlı tasarrufta yer alan önalım hakkı, şerhi mümkün olan şahsî haklardandır (TMK. m. 1009/1)⁹⁸. Mirasbırakan, ölüme bağlı tasarrufunda önalım hakkının TBK. m. 242 ve TMK. m. 735 hükümlerine uygun olarak şerh verilmesini öngörmüş olabilir. Bu durumda ölüme bağlı tasarrufa uygun olarak tesis edilen önalım hakkının ayrıca şerh verilmesi gerekir⁹⁹. Şerhin etkisiyle, bu nisbi hakkın

⁹⁶ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 266; DURAL/ÖZ, kn. 696; ANTALYA, kn. 831; EN-GİN/SEROZAN, s. 349, kn. 136.

⁹⁷ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 234; "...Yararına mal vasiyet edilen kişinin o mal üzerindeki hakkı, aynı olmayıp şahsidir. Bu hususta yazarlar sözbirliği içindedirler (Prof. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 1972, Sh. 595, Prof. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku Dersleri* 1972, Sh. 277, Prof. Samim Gönensay, *Kemalettin Birsen, Miras Hukuku* 1956, Sh. 212). Kendisine belli bir mal vasiyet olunan kimse tereke alacaklısı durumunda olup onun hakkı, malın teslimini istemekten ibarettir. Hal böyle olunca, vasiyet konusu şey elden çıkmış ise, malı eline geçiren kimse hakkında geri alma (istirdat) davası açılmaz. Vasiyet alacaklısının bu gibi hallerde yapacağı iş, mirasçılardan o şeyin bedelini, yâni malın elden çıkması sebebiyle terekeye giren değeri istemekten ibarettir. Olayda vasiyet olunan taşınmazın mülkiyeti başkasına geçtiğine göre davacı, satış sebebiyle elde edilen meblâğın (paranın) ödetilmesini isteyebilir..." , Y. 2. HD. 27.9.1984 T., E. 1984/6342, K. 1984/7097, (www.kazanci.com.tr).

⁹⁸ Önalım hakkının şerhi ve bu işlemde izlenmesi gereken usule dair detaylı açıklamalar için bkz. FEYZİOĞLU, s. 83 vd.; BRÜCKNER, s. 19; AYDOĞDU, s. 57 vd.; Jonas RÜEGG, "Die Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch", ZBGR 98/2017, s. 69-83 (Kısaltılmışı: RÜEGG, Die Vormerkung); PFÄFFLI/BYLAND, s. 290; ŞAHAN, s. 66.

⁹⁹ Bu şerh işlemi için aşağıda da zikredileceği üzere, ölüme bağlı tasarrufun muhtevasına uygun olarak vasiyet alacaklısı ile vasiyet borçlusu arasında akdedilecek bir

üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesi imkanı doğar (TMK. m. 1009/2)¹⁰⁰. Aksi takdirde bu hak sadece mirasçılara ve onların küllî haleflerine karşı ileri sürülebilir. Şerh edilmemiş bir önalım hakkının varlığı hâlinde, hakka konu şey üçüncü kişiye devredilirse, hak sahibinin üçüncü kişiden hakka konu şeye dair bir talepte bulunması kural olarak mümkün değildir¹⁰¹. Bu durumda doktrinde önalım hakkı sahibinin sadece borçludan tazminat talep edebileceği savunulmaktadır¹⁰². Ölümüne bağlı tasarrufta yer alan ve şerh edilmemiş önalım hakkına konu şeyin üçüncü kişiye devriyle hak sahibinin uğradığı zararın borçlusunu, ölümüne bağlı tasarrufta şerhin öngörülmüş olup olmamasına göre değişir. Ölümüne bağlı tasarrufta önalım hakkının şerh edilmesi de öngörülmüş ancak önalım borçlusunu bu şerh işlemini gerçekleştirmemişse, önalım hakkı sahibi zararının giderilmesini önalım borçlusundan talep edebilir. Ancak ölümüne bağlı tasarrufta önalım hakkının şerhine dair bir tasarruf yer almıyorsa, önalım hakkı sahibi şeyin üçüncü kişiye devri sebebiyle uğradığı zararın tazminini küllî halef sıfatıyla bütün mirasçılardan talep edebilir.

TMK. m. 735/2 hükmünde, şerhin etkisinin her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona ereceği hüküm altına alınmıştır¹⁰³. İlgili hükümden hareketle, mirasbırakan şerhin geçerliliği için bir süre tayin edebilir. Ancak bu süre en fazla on yıl olabilir. Mirasbırakan on yıldan daha kısa bir süre belirlerse, şerh etkisini bu süre içinde gösterir. Ancak on yıldan uzun süre tayininde, bu süre on yıl olarak kabul edilir. Bunun yanında önalım hakkı nisbeten daha kısa bir süreye tabi kılınmışsa, şerhin etkisi de bu süreyle sınırlıdır. Mesela mirasbırakan önalım hakkının geçerliliği için beş yıllık bir süre öngörmüşse, ölümüne bağlı

şerh anlaşmasının varlığı aranır. Vasiyet borçlusunu önalım hakkının şerhine yanaşmazsa vasiyet alacaklısını bunu dava yoluyla sağlayabilir. Benzer yönde açıklamalar için bkz. TAMAN-ŞİPKA, s. 7.

¹⁰⁰ PFÄFFLI/BYLAND, s. 290; FEYZİOĞLU, s. 87; YAVUZ, s. 256; EREN, Özel Hükümler, kn. 627; BRÜCKNER, s. 19; BINDER, Art 216a, kn. 1; KIRKBEŞOĞLU, s. 35. Nitekim şerh edilmiş önalım hakkı, aynı hakların sahip olduğu tapu sicilinin aleniyeti prensibinden istifade eder. Bu sayede şerh edilmiş önalım hakkı hususunda üçüncü kişilerin iyiniyeti ortadan kaldırılmış olur, FEYZİOĞLU, s. 87.

¹⁰¹ FEYZİOĞLU, s. 84; EREN, Özel Hükümler, kn. 622; BRÜCKNER, s. 19; KIRKBEŞOĞLU, s. 36.

¹⁰² FEYZİOĞLU, s. 84; EREN, Özel Hükümler, kn. 622; ŞAHAN, s. 71; KIRKBEŞOĞLU, s. 35.

¹⁰³ EREN, Özel Hükümler, kn. 603; YAVUZ, S. 256; DEMİRBAŞ, s. 261; ŞAHAN, s. 71; KIRKBEŞOĞLU, s. 35.

tasarrufta şerhin etkisi bakımından daha uzun bir süre öngörülmüş olsa dahi bu süre en fazla beş yıl olabilir. Bunun yanında beş yıllık bir önalım hakkı için daha kısa bir şerh süresi de öngörülebilmelidir¹⁰⁴.

g. Ölümüne Bağlı Tasarrufta Yer Alan Önalım Hakkına Dair Hak Düşürücü Süreler ve Zamanaşımı Süreleri

aa. Vasiyet Alacağı Olarak Önalım Hakkı Tanınması Talebinin Tabi Olduğu Zamanaşımı

Vasiyet alacaklarında zamanaşımı, TMK. m. 602 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, vasiyet alacaklının dava hakkı, ölümüne bağlı kazandırmayı öğrenmesinin¹⁰⁵ veya vasiyet borcu daha sonra muaccel olacaksa muaccel olma tarihinin üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

TMK. m. 602 hükmünde vasiyet borcunun ifasını talep hakkı, on yıllık zamanaşımı süresine tâbi kılınmıştır. Bu süre vasiyet alacaklının lehine gerçekleştirilen ölümüne bağlı tasarrufu öğrenmesinden veya vasiyet borcunun daha sonra muaccel olması söz konusu ise muaccel olma tarihinden itibaren işlemeye başlar¹⁰⁶. TMK. m. 602 hükmü anlamındaki dava, lehine önalım hakkı tesis edilecek vasiyet alacaklının buna yanaşmayan vasiyet borçlusuna karşı açacağı davadır ve on yıllık zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır.

bb. Önalım Hakkının Kullanılmasına Dair Hak Düşürücü Süreler

TBK. m. 242 hükmüne göre, sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve

¹⁰⁴ Benzer yönde açıklamalar için bkz. EREN, Özel Hükümler, kn. 624; ŞAHAN, s. 71.

¹⁰⁵ İlgili hükümdeki öğrenme tabiri, vasiyetin vasiyet alacaklına resmen bildirilme gününü ifade eder, ENGİN/SEROZAN, s. 354, kn. 147.

¹⁰⁶ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 268; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 232; DURAL/ÖZ, kn. 710; "...4722 sayılı kanunun 1.maddesi hükmü de dikkate alındığında olaya 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi hükümlerinin uygulanması gerekir. Vasiyetname muayyen mal vasiyeti niteliğindedir. 743 Sayılı Medeni Kanununun 580. maddesi; kendisine belli bir şey vasiyet edilen kişinin açacağı istihkak davasının, kazandırmanın (teberrunun) kendisine bildirildiği gündünden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağını hükme bağlamıştır. Davalı zamanaşımı savunmasında bulunmuştur. Bu yönün öncelikle hadise şeklinde incelenmesi (HUKM.m.222-225) olumlu olumsuz karara bağlaması gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmadan işin esası hakkında karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...", Y. 2. HD. 15.3.2002 T., E. 2002/2073, K. 2002/3723, (www.kazanci.com.tr).

her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır. Hükme göre mevcut bir önalım hakkının sahibi, bu hakkını kullanabilmek için önalım olgusu niteliği taşıyan satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır. İlgili hükümde düzenlenen ve önalım hakkının kullanılmasına bakımından öngörölmüş süreler, hak düşürücüdür¹⁰⁷.

Önalım hakkının kullanılması dair TBK. m. 242 hükmünde düzenlenen dava, TMK. m. 602’de öngörölen davadan farklıdır. Nitekim TMK. m. 602 hükmü anlamındaki dava, lehine önalım hakkı tesis edilecek vasiyet alacaklısının buna yanaşmayan vasiyet borçlusuna karşı açacağı davadır. TBK. m. 242 hükmünde ifadesi bulan dava ise, mevcut bir önalım hakkının kullanılması için başvurulması zorunlu olan davadır. Nitekim yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkı, TBK. m. 242 hükmüne göre, ancak dava yoluyla kullanılabilir.

TMK. m. 602 ve TBK. m. 242 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde önalım hakkının tesisi ve kullanılması hususunda karşımıza iki dava çıkmaktadır¹⁰⁸. Bunlardan ilki, ölüme bağlı tasarrufa uygun olarak önalım hakkının tesisine dair sözleşmenin akdedilmemesi üzerine açılan ve vasiyet borçlusunu bu sözleşmeyi akdetmeye zorlamaya yönelik davadır. İkinci dava ise, mevcut bir önalım hakkının kullanılması amacıyla açılması gereken ve önalım şartlarının oluşup oluşmadığının tespiti yanında bu hakkın kullanılması neticesini doğuran davadır. Dikkat edilecek olursa bu davalardan ilki miras hukuku karakterli ve vasiyet borcunun ifası amacıyla açılmaktadır. Borçlar hukuku temelli olan ikinci dava ise, yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasındaki usul olarak öngörölmüştür.

cc. Önalım Hakkının Tabi Olduğu Zamanaşımı

TBK. m. 238 hükmü gereği, önalım hakkı en çok on yıllık süre için kararlaştırılabilir. Bu süre, sözleşme ile tesis edilen önalım hakkının varlığını devam ettireceği azami süredir. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufunda, tesis edilecek önalım hakkının ne kadar süre için geçerli olacağına

¹⁰⁷ YAVUZ, s. 256; ŞAHAN, s. 66; KIRKBEŞOĞLU, s. 158; AKALP-DEMİRTABAK, s. 92; SUATA, s. 55.

¹⁰⁸ Her ne kadar usul ekonomisi bakımından vasiyet yoluyla önalım hakkının tesisi için iki davanın varlığı uygun görölmeyebilirse de, önalım hakkının dava yoluyla kullanılması zorunluluğu bu neticeyi kaçınılmaz kılmaktadır.

dair bir belirlemede bulunabilir. Ancak bu süre, TBK. m. 238 hükmü gereği önalım sözleşmesinin mirasçılarla akdedildiği tarihten itibaren on yılı geçemez. On yıl veya taraflarca kararlaştırılmış daha kısa süre içinde önalım hakkını doğuran bir işlem gerçekleşmediği takdirde, önalım hakkı düşer¹⁰⁹. Bu hususta on yıldan fazla bir süre kararlaştırılmış olması hâlinde ise, sadece on yıllık süre boyunca önalım hakkı geçerli olur¹¹⁰. Neticede vasiyet borçlusunu mirasbırakanın iradesine uygun olarak on yıldan daha uzun bir süreyi kapsayan önalım hakkını konu edinen sözleşmeyi vasiyet alacaklısı ile akdetmiş olsa dahi, bu hak on yıl sonunda ortadan kakar.

SONUÇ

Yenilik doğuran bir hak olan önalım hakkı, hukukî işlemde veya kanundan kaynaklanabilir. Bir hukukî işlem olan ölüme bağlı tasarrufun muhtevasında da bu hakka yer verilmesi de mümkündür.

Önalım hakkı bir ölüme bağlı tasarrufta öngörülmek isteniyorsa, bu tasarrufun vasiyetname veya miras sözleşmesi şeklinde gerçekleştirilmesi gerekir. Her iki ölüme bağlı tasarruf şekli bakımından kanunda öngörülmüş olan şekil şartlarının önalım hakkı tanınmasını da kapsamaması gerekli ve yeterlidir.

Ölüme bağlı tasarrufta yer alan önalım hakkı, bir vasiyet özelliği taşır. Bu sebeple, vasiyet alacaklısı konumunda bulunan müstakbel önalım hakkı sahibi, önalım yükümlüsüne karşı bir alacak hakkı elde eder. Bu alacak hakkı, ölüme bağlı tasarrufa uygun olarak bir önalım sözleşmesi akdedilmesini konu edinir. Vasiyet alacaklısının talebi üzerine vasiyet borçlusunu ile arasında TBK. m. 237 vd. hükümleri kapsamında bir önalım sözleşmesi akdedilmesi gerekir. Bu sözleşmenin şartları ölüme bağlı tasarrufun muhtevasına göre belirlenir. Bu sebeple akdedilecek olan önalım sözleşmesi neticesinde, mirasbırakanın iradesine göre, adi veya nitelikli önalım hakkı tanınabilir. Benzer şekilde bu hakkın süresi, şerh edilip edilmeyeceği de ölüme bağlı tasarrufa göre tespit edilir.

¹⁰⁹ Benzer yönde açıklamalar için bkz. YAVUZ, s. 256; KIRKBEŞOĞLU, s. 177.

¹¹⁰ AYDOĞDU, s. 18.

KAYNAKLAR

- AKALP-DEMİRTABAK**, Didem, Yasal Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ANTALYA**, Gökhan, Marmara Hukuku Yorumu, Miras Hukuku, Cilt: III, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- AYDOĞDU**, Murat, Yasadan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- AYİTER**, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara 1953.
- BERKİ**, Ali Himmet, Vasiyyet ve Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Ege Matbaası, Ankara 1961.
- BINDER**, Markus, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 216-221, OR. Zurich/Basel/Genf 2008, Art 216c.
- BINZ-GEHRING**, Doris, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht, Herbert Lang, Bern 1975.
- BRÜCKNER**, Christian, Der Grundstückkauf: Vorkaufsvertrag, Kaufsrechtsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten, Erschienen in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, 2. Auflage, Bern 2001, § 10 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts).
- BUZ**, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara 2005.
- DEMİRBAŞ**, Feride, "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.65, s. 249-277.
- DEMİRSATAN**, Barış, "Taşınmazlara İlişkin Olarak Tanınan Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 145-146, s. 905-946.
- DOĞAN**, Murat, Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- DURAL**, Mustafa ve Turgut **ÖZ**, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.
- DURAL**, Mustafa, Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- ENGİN** Baki İlkey ve Rona Ahmet **SEROZAN**, Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- EREN**, Fikret ve İpek **YÜCER AKTÜRK**, Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.

- EREN**, Fikret, "Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, s. 103-126, (Kısaltılmışı: **EREN**, Yasal Önalım Hakkı).
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019, (Kısaltılmışı: **EREN**, Özel Hükümler).
- ERKAN**, Vehbi Umut, "Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarihli E.2003/34 ve K. 2007/94 sayılı Kararı Üzerine: Türk Medeni Kanunu'nda Yasal Önalım Hakkının Hukuki Niteliği ve Kullanılması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2014, s. 269-294.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Şuf'a Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1959.
- GÜNAY**, Erhan, Önalım Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- GÜVENÇ**, Fikret, "Ölüme Bağlı Tasarruf Konusu Olarak Sükna Hakkı", İstanbul Barosu Dergisi, C. 62, S. 1-2-3, s. 36-41.
- İMRE**, Zahit ve Hasan **ERMAN**, Miras Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2015.
- İNAN**, Ali Naim, Şeref **ERTAŞ** ve Hakan **ALBAŞ**, İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara 2015.
- KAYAÖZÜ**, Mustafa Aykut. "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2015.
- KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan, Kanundan ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- KİZİR**, Mahmut, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İkinci Cilt, Cilt: 22, Sayı, 3, İstanbul, 2016, s. 1773-1796.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1978.
- KOLLER**, Alfred, "Der Grundstückkauf", Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes, 2017, S. 107, s. 107-118.
- KÖPRÜLÜ**, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.
- KÜÇÜKGÜNGÖR**, Erkan, "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi", C. 45, S. 1-4, s. 505-531.

- MARXHEIMER**, Marx, Das obligatorische Vorkaufsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Marburg a.d.L, Frankfurt a.M 1909.
- OĞUZMAN**, M. Kemal, Özer **SELİÇİ** ve Saibe **OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- OKUR**, Sinan, Önalım Olgusuna Dair Yeni Bir Kategori; Ekonomik Bakımdan Satışa Eşdeğer İşlem Kavramı Üzerine Mukayeseli Bir İnceleme (TBK m. 240/Art. 216c OR), Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, s. 101-258.
- ÖZTRAK**, İlhan, Tek Taraflı Ölümüne Bağlı Tasarruflardan Rücu ve Vasiyetnamenin Ziyatı, Sevinç Matbaası, Ankara 1964.
- ÖZÜARI**, N. Ruhi, "Vasiyet ve Tatbikatı", Ankara Barosu Dergisi, C. 23, S. 3, s. 520-528.
- PFÄFFLI**, Roland ve Daniela **BYLAND**, Vorkaufsrecht, Kaufsrecht, Rückkaufsrecht an Grundstücken, Anwaltsrevue 2013, s. 289-294.
- PFÄFFLI**, Roland, Amédéo **WERMELINGER**, "Grundstückkauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufsrecht und Rückkaufsrecht", SJZ 113/2017, s. 513-521.
- RÜEGG**, "Die Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch", ZBGR 98/2017, s. 69-83, (Kısaltılmışı: RÜEGG, Die Vormerkung).
- RÜEGG**, Jonas, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich /Basel/Genf 2014.
- SEBÜK**, M. Tahir, Şu'f'a, Vefa ve İştira Hakları, Kader Basımevi, İstanbul 1951.
- SEROZAN**, Rona, Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- SUATA**, İlay Zeynep, Kanuni Önalım Hakkı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- ŞAHAN**, Gökhan, Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- TAKIŞ**, Adnan, "Yasal Önalım Hakkı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005.
- TAMAN-ŞİPKA**, Şükran, Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şu'f'a) Hakkı (MK. m. 659) Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, Alfa Basım Yayım, İstanbul 1994.
- TANDOĞAN**, Hâluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1 Kendine Özgü Yapısı Olan Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, İstanbul 2008.

TEKİNAY, S. Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

TURAN, Gamze, Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.

YÜCEL, Sevtap, “Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2006.

-www.kazanci.com.tr.

TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMLARININ TİCARİ DAVAYA VE DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA ETKİLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Ebru TÜZEMEN ATİK*

Öz

Ticari davalarda ve tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesiyle birlikte, ticari iş ve tüketici işlemi kavramları daha fazla önem kazanmıştır. Her ticari iş ticari davaya vücut veremeyeceği gibi, her ticari dava da asliye ticaret mahkemelerinde görülmeyebilir. Ticari davalarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olması asıl olmakla birlikte, uyuşmazlığın bir tüketici işleminden kaynaklanması nedeniyle tüketici mahkemesinde görülmesi de mümkündür. Bu kapsamda öncelikle, tüketici işlemi ve ticari iş kavramlarının kapsamı ile bu nitelendirmelerin ticari davaya etkisi belirlenmelidir. Bu etki belirlendikten sonra yine bu ayrımın ticari davalarda arabuluculuğa etkilerinin saptanması gerekir. Zira gerek ticari işlerde gerekse tüketici işlemlerinde dava şartı arabuluculuk kuralı olarak kabul edilmiştir. Dava şartı uygulaması, söz konusu kavramlarını iyi anlaşılması ve doğru nitelendirilmesi gerektiğini ön plana çıkarmaktadır. Ticari iş ve tüketici işlemi ayrımı, dava şartı arabuluculuğa başvuruda farklı düzenlemelere tâbi olunması gibi birtakım farklı sonuçlar meydana getirir. Bu makalede söz konusu kavramların birbirinden ayırt

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Konya, Turkey.

✉ ebru.atik@selcuk.edu.tr, ebrutuzemen@gmail.com • ORCID 0000-0003-4463-3806

✎ **Atıf Şekli** | **Cite As:** TÜZEMEN ATİK Ebru, "Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramlarının Ticari Davaya ve Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1515-1560.

✎ **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

edilmesi ve arabuluculuk süreçleri arasındaki farklılıkların ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ticari İş • Tüketici İşlemi • Ticari Dava • Dava Şartı • Arabuluculuk

EFFECT OF COMMERCIAL TRANSACTIONS AND CONSUMER TRANSACTIONS CONCEPTS ON COMMERCIAL CASE AND MEDIATION AS A CAUSE OF ACTION

Abstract

The recognition of mediation as a cause of action in commercial cases and consumer courts has increased the importance of the concepts of commercial transaction and consumer transaction. Not every commercial transaction will result in a commercial case and not every commercial case may be heard in commercial courts of first instance. While it is essential for commercial actions to be heard in the commercial court of first instance, it is also possible to be heard in the consumer court because the dispute originates from a consumer transaction. In this context, first of all, the scope of consumer transaction and commercial transaction concepts and the effect of these qualifications on commercial actions should be determined. Following the determination of this effect, it is necessary to determine the consequences of this distinction on mediation in commercial actions. Because the cause of action mediation is accepted as a rule in both commercial and consumer transactions. The cause of action application emphasizes the need of comprehending and appropriately characterizing the aforementioned notions. The distinction between commercial transaction and consumer transaction results in a variety of different consequences, such as being subject to different regulations in applying for "cause of action" mediation. This article aims to distinguish these concepts from each other and to reveal the differences between mediation processes.

Key Words

Commercial Transaction • Consumer Transaction • Commercial Action • Cause of Action • Mediation

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 3. ve 19. maddelerinde ticari iş; 4. maddesinde ticari dava düzenlenmiştir. Tüketici işlemi kavramı ise 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) m. 3/1-1 düzenlemesiyle belirlenmiştir. Anılan hükümde, tüketici işlemlerinin kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Öyle ki, tüketici işlemlerinin uygulamada sınırlanmaması düşüncesiyle tüketici işlemleri, hem örnek

olarak sayılmış hem de bu işlemlerin sayılanlardan ibaret olmadığı belirtilmiştir. Hâl böyle olunca, uygulamada karşılaşılan uyuşmazlıkların önemli bir kısmı, tüketici işlemlerinden kaynaklanır hâle gelmiştir.

Ticari işlemlerle tüketici işlemlerinin sınırlarını kesin çizgilerle çizmek mümkün değildir; zira bu iki kavram çoğu kez iç içe geçmiştir. Ancak tüketici işlemi özelliğinin saptanması durumunda TKHK m. 83/2 düzenlemesi uyarınca işlem, tüketici işlemi olarak değerlendirilerek, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un görev ve yetkiye ilişkin kuralları uygulanacaktır. Örneğin, bir sigorta sözleşmesi, şartları varsa tüketici işlemi sayılacakken tüketici işlemi kıstaslarına uygun olmaması hâlinde ticari işlem olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu nedenle söz konusu ayırım, her somut olayda, hukuki işlemin özelliklerine göre bir değerlendirme yapmayı gerekli kılmaktadır.

Esasen “*ticari iş*”in karşıt kavramı “*adi iş*”tir. Ancak özel düzenlemeler kapsamında, bu işlemlerle kesişen bir alanı oluşturan tüketici işlemleri, söz konusu işlemlerin büyük bir kısmını kapsamaktadır. Böylece esasen *ticari iş - adi iş* ayrımı şeklinde ortaya çıkan ayırım, günümüzde tüketici işleminin de dikkate alınmasıyla *ticari iş - tüketici işlemi - adi iş* olarak üçlü bir ayırım olarak değerlendirilebilir. Söz konusu ayırım içerisinde tüketici işlemleri, kimi zaman ticari iş kimi zaman da adi işlemlerle kesişen bir alanı ifade etmekte; gerek ticari gerekse adi işlemlerin kendine özgü alanını oldukça daraltmaktadır.

Bu makalede, ticari iş ve tüketici işlemi kavramlarının, ticari davaya ve dava şartı arabuluculuğa etkilerinin ticaret hukuku perspektifinden değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Ticari iş ve tüketici işlemi dışındaki, deyim yerindeyse “*nötr alan*”ı oluşturan “*adi iş*”ler ise oldukça dar kapsamlı kalmaktadır ve inceleme konumuz dışındadır. Öte yandan ticari iş, tüketici işlemi, adi iş ayrımı ayrı ve kapsamlı bir inceleme konusudur¹.

¹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent, “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, 2016, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 395-436; ÇITIR, Eren, “Ticari İş - Tüketici İşlemi İlişkisi”, GÜHFD, C. 20, S. 3, 2016, s. 37-52; NARBAY, Şafak/AKKUŞ, Muhammed, “Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş - Tüketici İşlemi Ayrımı”, Prof. Dr. Sabih ARKAN’a Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 823-880. Ticari iş kavramı hakkında özellikle bkz. GÖKTÜRK, Kürşat, “Ticari İş Kavramı, Sınırlanması ve Faiz Meselesi”, GÜHFD, C. 19, S. 2, 2015, s. 3-44; KIRCA, İsmail, “Ticari İş ve Ticari İş Hükme Dair”, BATİDER, C. 34, S. 3, Eylül 2018, s. 5-17; ZORLUER, Onur, Ticari İş Kavramı ve Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 3-40.

Bir işin adi iş mi, ticari iş mi, yoksa tüketici işlemi mi olduğunun tespiti, öncelikle o işlem hakkında uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır². Öte yandan bu nitelendirme, teselsül karinesinin (TTK m. 7) ve ticari işlerde faizin³ (TTK m. 8-10) uygulanma alanını da ortaya koyacaktır. Kapsamı itibariyle bu makalede, söz konusu sonuçlara yalnız uygulanacak hükümler bakımından, gerekli olduğu ölçüde değinilecektir.

Gerek tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda gerekse ticari davalarda arabuluculuğun dava şartı kabul edilmesi karşısında, bu iki kavramın sınırlarının tespiti ile bu kavramların, ticari davaya ve dava şartı arabuluculuğa etkilerinin belirlenmesi hususu daha önemli hâle gelmiştir. Arabuluculuk, kural olarak ihtiyari bir süreçtir. İhtiyari arabuluculuk usulünün uygulanması durumunda her iki işlem açısından da 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uygulama alanı bulmaktadır. Dava şartı arabuluculuk söz konusu olduğunda ise bu kez

² Adi iş, ticari iş, tüketici işlemi ayrımının ortaya çıkardığı sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi ve inceleme için bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 416-431. Bir işin ticari iş olarak nitelendirilmesinin sonuçları hakkında bkz. ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. B., BTHAE Yayınları, Ankara 2018, s. 71-72, 76-103; AYHAN, Rıza, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", GÜHFD, C. 17, S. 2, 2013, s. 303-311; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 25-67; BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s. 73-91; BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, BTHAE Yayınları, Ankara 2017, s. 57-61; BOZKURT, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 174-220; DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul 2007, s. 42-120; KAYA (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021), s. 74-112; ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 57-116; TEKİL, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul 1997, s. 50-91. Ticari iş niteliğinin, düzenleyen hükümle tayin olduğu durumlarda, bu niteliğin uygulanacak hüküm bakımından önem taşımadığı yönündeki değerlendirme için karş. POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 75, 106.

³ Ticari işlerde faiz konusunda özellikle bkz. KAYA, Arslan, "Adi ve Ticari İşlerde Faiz", İÜHFMD, C. 54, S. 1-4, s. 347-366. Ticari işlerde ve tüketici işlemlerinde faize ilişkin değerlendirme için bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 419-422; ÇELİK, Aytekin, "Ticari İşlerde Faiz Konusundaki Hükümlerin Tüketici İşlemlerinde Uygulanması", BÜHFD, C. 7, S. 2, 2021, s. 259-290; GÖKTÜRK, s. 39-42; AKKUŞ, Muhammed, Ticari İş Kavramı ve Ticari İşlerde Faiz, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 65-158.

ilk sırada ilgili özel düzenlemeler (TTK m. 5/A, TKHK m. 73/A) uygulandıktan sonra, anılan düzenlemelere göre genel nitelikte olan, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri (öncelikle HUAK m. 18/A) uygulanacaktır. Ancak anılan hüküm kapsamında dava şartı arabuluculuğun kapsamı, süresi, arabuluculuk sürecine uygulanacak hükümler gibi hususlarda birtakım farklar ortaya çıkmaktadır.

Tüketici işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar kural olarak, değerine göre tüketici hakem heyetinde veya tüketici mahkemelerinde -bazen de koşulları varsa sigorta tahkim komisyonu nezdinde- görülür. Dolayısıyla bu tespit, o işlemde kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi arabuluculuk usulünün uygulanacağına yahut bu usulün uygulanıp uygulanmayacağına etki etmektedir. Diğer yandan arabuluculukta temel uzmanlık alanlarının ticari, tüketici veya iş uyuşmazlığı şeklinde ayrılması karşısında, dava şartı kapsamındaki bir uyuşmazlığın, arabulucunun özel uzmanlık alanına dâhil olup olmadığının tespiti bakımından da uyuşmazlığın nasıl nitelendirileceği önem taşımaktadır.

Açıklanan tespit yapılabildiği bakımından bu makalede, öncelikle bir ön bilgi verebilmek amacıyla ticari iş ve tüketici işlemi kavramlarına genel hatlarıyla değinilerek bu iki kavramın iç içe geçmesinden bahsedildikten sonra, ikinci aşamada söz konusu ayrımın ticari davaya etkisi hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Son olarak her iki türde dava şartı arabuluculuk sürecinin temel farkları ile bir işlemin tüketici işlemi ya da ticari iş olarak nitelendirilmesinin bu yola başvurulmasındaki etkileri, öğretideki görüşlerden ve yargı kararlarından hareketle incelenecektir.

I. TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMLARINA

GENEL BİR BAKIŞ

A. Ticari İş

Ticari işletmeyi temel alan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu sistematüğünde, ticari işletmeden sonra ikinci sırada önem taşıyan kavram⁴, ticari iş kavramıdır. Bir işin ticari iş olarak nitelendirilmesi, hakkında özel hükümler uygulanmasını gerektirir. Ticari iş olmanın, özellikle bu işlerde teselsüle ve faize yönelik önemli sonuçlar meydana getirdiğini de belirtmek gerekir.

⁴ ŞENER, Ticari İşletme, s. 48.

TTK sisteminde, ticari işlerin tespitinde iki ayrı madde uygulanacaktır. Bu kapsamda ilk sırada, “Başlangıç” hükümleri arasında yer alan “Ticari işler”e ilişkin 3. maddeye; bir işin TTK m. 3 kapsamında ticari iş sayılmaması hâlinde ise, ikinci sırada, “Tacir olmanın hükümleri” arasında sayılan “Ticari iş karinesi” kenar başlıklı 19. maddeye müracaat edilmesi gerekir. Bu kapsamda teknik anlamda ticari iş, “Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlar” ile “bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller” (TTK m. 3); “ticari iş karinesi”ne tâbi işler (TTK m. 19/1) ve “bir taraf için ticari nitelikte olan sözleşmeler” (TTK m. 19/2) olmak üzere dört ayrı ölçüte bağlı olarak belirlenmektedir.

1. Türk Ticaret Kanunu’nun 3. Maddesine Göre Ticari İşler

TTK m. 3 uyarınca, “Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir”. Anılan hükümde, ticari işlere ilişkin iki farklı kıstas öngörülmüştür.

a. Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Hususlar

TTK m. 3 kapsamında ilk sırada, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlar ticari iş olarak sayılmıştır. Kanunda bu noktada, hukuki işlem ifadesi yerine “husus” ifadesi kullanılmıştır. Bu, yerinde bir tercihtir. Zira ticari işler, yalnız hukuki işlemlerden değil; hukuki işlem benzeri fiillerden, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden de doğabilir.

Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen işlerin ticari iş sayılması bakımından, tarafların tacir sıfatını haiz olup olmaması ya da işlemin ticari işletmeyle ilgili olup olmaması önem taşımamaktadır. Bu nedenle tarafları açısından ayrı ayrı bir değerlendirme yapılmasını da gerektirmeyen bu işler, öğretide “mutlak ticari iş” olarak nitelendirilmiştir⁵. Ancak kanımızca, aşağıda incelenecek olan tüketici işlemlerinin geniş kapsamı karşısında, bundan böyle mutlak ticari iş ifadesini kullanmaktan imtina etmek gerekir. Çünkü bu tür işlerde öncelikle işlemin tüketici işlemi özelliklerini de taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Aşağıda ayrıca üzerinde durulacağı üzere, sigorta sözleşmesi ve taşıma sözleşmesi vb. niteliğindeki birçok hukuki işlem, Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmesine rağmen, çoğu kez mutlak ticari iş niteliği göstermeyecek; zira öncelikle taraflarının tüketici ve satıcı/sağlayıcı olup olmadığının ve amaçlarının saptanması

⁵ BOZKURT, s. 158; ÇELİK, Aytakin, Ticaret Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 13; KIRCA, Ticari İş, s. 6.

icap edecektir⁶. Benzer şekilde tüketici senetlerinde de (TKHK m. 4/5), Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan kambiyo senetlerinden kaynaklanan hukuki işlem, tüketici işlemi sayılabilmektedir. Böylece kanımızca, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen işler, "kural olarak" ticari işlerdir; bu işin aynı zamanda tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi hâlinde, işlemin tüketici işlemi olma özelliği öne çıkarak, akıbeti bu kapsamda belirlenecektir.

b. Bir Ticari İşletmeyi İlgilendiren Bütün İşlem ve Fiiller

TTK m. 3 hükmünde, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerin ticari iş olduğu düzenlenmiştir⁷. Buna göre, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olmasa bile, ticari işletmeyi ilgilendiren "bütün" işler ticari iş sayılır. Böylece bir ticari işletmeyi doğrudan ya da dolaylı şekilde ilgilendiren işler, ticari iş niteliğindedir.

TTK m. 3 düzenlemesinde bir ticari işletmeyi ilgilendiren ticari işler bakımından "*bütün işlem ve fiiller*" den söz edilmektedir. Böylece bir ticari iş, sözleşmeden, tek taraflı hukuki işlem, hukuki işlem benzeri fiilden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden de kaynaklanabilir⁸. Ancak bunun için söz konusu işlem ve fiilin, ticari işletme faaliyeti nedeniyle ortaya çıkması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır.

Bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillerin, bir taraf için ticari nitelikte olmasına karşılık diğer taraf için ticari iş niteliğinde olmaması

⁶ Özellikle taşıma sözleşmelerinin tüketici işlemi sayılmasının eleştirisi ile taşıma ve sigorta sözleşmelerinin tüketici işlemi olmaktan çıkarılması önerisi için bkz. AKSOY, Sami, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun Taşıma Hukukuna Müdahalesi", BATİDER, C. 31, S. 2, Haziran 2015, s. 305-336.

⁷ TTK m. 3 düzenlemesi, Alman Ticaret Kanunu'nun (*Handelsgesetzbuch/HGB*) § 343 düzenlemesine karşılık gelmektedir. Aynı bir ticaret kanunu bulunmayan İsviçre hukukunda ise, ticari işe dair bazı hükümlere rastlamak mümkündür. İsviçre Borçlar Kanunu'nun (*Obligationenrecht/OR*) Art. 92, 104/3, 215 düzenlemeleri bunlara örnek olarak gösterilebilir.

⁸ ARKAN, Ticari İşletme, s. 73. Öğreti ve uygulamada genel kabul gören görüş kapsamında, bir haksız fiilin ticari iş olarak nitelendirilmesi için ticari işletmeden kaynaklanması yeterlidir. ARKAN, Ticari İşletme, s. 89; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 17-18; POROY/YASAMAN, s. 76-77. Bununla birlikte Arkan tarafından, bir esnaf işletmesine ait aracın bir tacire zarar vermesi durumunda temerrüt faizinin avans oranı üzerinden hesaplanması, bir taraf için ticari sayılan sözleşmelerin diğer taraf için ticari sayılacağına yönelik TTK m. 19/2 hükmünü anlamsız hâle getireceği belirtilmiştir. ARKAN, Ticari İşletme, s. 89.

(diğer taraf açısından adi iş ya da tüketici işlemlerinde olması) mümkündür. Bu kapsamda bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem veya fiil, onu yapan kimse bakımından ticari iş sayılır. Söz konusu husus üzerinde, ticari iş ve tüketici işlemleri kavramlarının iç içe geçmesi başlığı altında, aşağıda ayrıca durulacaktır.

2. Ticari İş Karinesi

TTK m. 3 kapsamında ticari iş niteliğinde olmayan bir işin, taraflardan biri açısından ticari nitelikte olup olmadığının tespiti bakımından TTK m. 19 düzenlemesine başvurmak gerekir. “*Ticari iş karinesi*” kenar başlıklı hükümde iki ayrı kurala yer verilmiştir⁹.

a. Tacirin Borçlarının Ticari Olması Karinesi

TTK m. 19/1, c. 1 düzenlemesi uyarınca, “*Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır*”. Anılan hüküm, TTK m. 3 düzenlemesine yardımcı, onu tamamlayan bir hüküm olma özelliği göstermektedir¹⁰. Bu düzenlemeyle, ticari iş karinesi, tacir kavramından hareketle belirlenmiştir¹¹.

TTK m. 19/1’de düzenlenen ticari iş karinesi, tüzel kişi tacirler açısından kesin karine; gerçek kişi tacirler açısından adi karine niteliğindedir¹². Zira anılan karine, gerçek kişi tacirler bakımından, iki durumda uygulanmaz. Bunlardan ilki, gerçek kişi olan bir tacirin, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirmesi¹³; ikincisi ise, işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmamasıdır. Bu iki hâlde yapılan iş adi iş niteliğinde sayılır (TTK m. 19/1, c. 2). Söz konusu istisnaların varlığını ispat yükü, tacirin üzerindedir¹⁴.

⁹ Anılan hüküm, Alman Ticaret Kanunu’nun 344 ve 345. paragraflarına (HGB § 344 ve § 345) karşılık gelmektedir.

¹⁰ GÖKTÜRK, s. 20; KIRCA, Ticari İş, s. 6.

¹¹ Mülga 6762 sayılı TTK m. 21/1 hükmünde, öğretide eleştirilmesine rağmen subjektif sistem doğrultusunda tacir esas alınmıştır. Bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 74; ARSLANLI, Halil, Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), Sulhi Garan Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1960, s. 22-27; AYHAN, Ticari İş, s. 300-301; POROY/YASAMAN, s. 74-77. Aksi düşüncede bkz. ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 72. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemenin bilinçli bir tercihin ürünü olduğuna, 19. madde gerekçesinde açıkça yer verilmiştir.

¹² BOZER/GÖLE, s. 55; ŞENER, Ticari İşletme, s. 51.

¹³ Tacirin bu durumu, işlemin yapıldığı ana kadar karşı tarafa bildirmesi gerekir. Ancak işlem yapıldıktan sonra yapılan bildirim ticari iş karinesinin uygulanmasını engellemez. DOMANİÇ/ULUSOY, s. 219; ŞENER, Ticari İşletme, s. 51-52.

¹⁴ TEKİL, s. 43-44.

Hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenleme uyarınca, gerçek kişi tacirin, TTK m. 19/1, c. 2 kapsamında ticari nitelikte olmayan işler bakımından tüketici sayılması (TKHK m. 3/1-k) ve hakkında TKHK hükümlerinin uygulanması mümkündür¹⁵. Her ne kadar düzenlemede bu tür işlerin adi iş sayılacağından söz edilmişse de sonraki tarihli özel kanun niteliğini haiz TKHK hükümleri, özellikle TKHK m. 83/2 düzenlemesi de dikkate alındığında bu hususta öne geçmektedir. Ancak gerçek kişi tacirin ticari olmayan her işi tüketici işlemi niteliğinde olmayabilir. Örneğin, bir gerçek kişi tacirin yakın arkadaşına ihtiyacı nedeniyle bir miktar borç para vermesi, bir öğrenciye eğitimine destek vermek amacıyla bağışta bulunması gibi hâllerde tüketici sıfatıyla hareket etmesinden ve hakkında TKHK hükümlerinin uygulanmasından söz edilmeyecektir. Bu nedenle TTK m. 19/1, c. 2 düzenlemesi kapsamında, ticari iş karinesine istisna teşkil eden her hâlde bir tüketici işlemi bulunduğu sonucuna varılamaz.

Tüzel kişi tacirlerin ise adi sahaları yoktur; tüm işlemleri ticari niteliktedir¹⁶. Öğretide aksi yönde görüşlerle de karşılaşılma ile birlikte, tüzel kişi tacirin taraf olduğu her türlü işlem ve fiilin, kendisi bakımından ticari iş niteliğinde olduğunun kabulü gerekir¹⁷.

b. Bir Taraf İçin Ticari İş Niteliğinde Olan Sözleşmeler

TTK m. 19/2 düzenlemesinde, taraflardan biri için ticari iş sayılan sözleşmelere yer verilmiştir. Buna göre taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğer taraf için de ticari iş sayılır.

¹⁵ Bu hususta özellikle bkz. BATTAL, Ahmet, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE Yayınları, Ankara 1998, s. 313-332. Bir işlemin TTK m. 19/2 uyarınca ticari sayılmasının, tacirin TKHK kapsamında tüketici sayılmasına engel olmadığı yönünde bkz. BOZER/GÖLE, s. 56. Ayrıca karşı. ATAMER, Kerim, "Tacirler Arası Sözleşmelere Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler (TBK m. 20-25) Uygulanır mı?", XXX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (23.12.2016), Ankara 2017, s. 11-37.

¹⁶ Bu kuralın ticari iş karinesinin kurucu fonksiyonu sonucunda ortaya çıktığı hususunda bkz. GÖKTÜRK, s. 24.

¹⁷ Tüzel kişi tacirin adi sahasının bulunmadığı şeklindeki yaygın kabul için bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 74; ARSLANLI, s. 25; BOZER/GÖLE, s. 55; POROY/YASAMAN, s. 76; ŞENER, Ticari İşletme, s. 52; TEKİL, s. 43; ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 73. Karşı. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 21.

“Yayma kriteri” olarak da anılan¹⁸ bu düzenleme, yalnız sözleşmelere ilişkindir; diğer ticari iş kriterlerinden farklı olarak, sözleşme dışındaki hukuki işlemleri, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeyi kapsamaz¹⁹. Böylece yukarıda açıklanan kıstaslar çerçevesinde taraflardan biri için ticari nitelikte olan sözleşme, aksine hüküm bulunmadıkça karşı taraf için de ticari iş sayılmaktadır. Anılan kıstas öğretide, tacirle işlem yapan kimse aleyhine olması nedeniyle öğretide eleştiri konusu olmuştur²⁰. Ancak bu tür bir işlemin karşı tarafının tüketici olması ve diğer şartlarının da sağlanmasıyla tüketici işlemi sayılması kuvvetle muhtemeldir.

TTK m. 19/2 düzenlemesi esasen bir karine değil; daha ziyade varsayım (faraziye) özelliği göstermektedir²¹. Aksinin ispatı mümkün olmayan bu varsayımın istisnasını TTK m. 19/2 kapsamındaki bir sözleşmenin ticari iş olmadığından diğer kanunlarda düzenlenmiş olması hâli oluşturur²². Bir sözleşmenin TKHK kapsamında kalması ihtimalinde de, aşağıda ayrıca ele alınacağı üzere, bu şekilde bir istisna ile karşılaşılmaktadır.

¹⁸ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 22.

¹⁹ Mülga 6762 sayılı TTK (eTTK) döneminde 1462. maddeden hareketle eTTK m. 21/2 düzenlemesine işlem, fiil ve işlerin de dâhil olduğu yönündeki görüş için bkz. DOMANIÇ/ÇAMOĞLU, s. 221. Ancak eTTK m. 1462 düzenlemesinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda karşılığı bulunmadığından, günümüzde bu hususta tereddüt bulunmamaktadır.

²⁰ ARKAN, Ticari İşletme, s. 75; ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 73.

²¹ DOMANIÇ/ÇAMOĞLU, s. 220, ŞENER, Ticari İşletme, s. 54.

²² DOMANIÇ/ÇAMOĞLU, s. 220; TEKİL, s. 44. TTK m. 19/2 düzenlemesinin aksine hüküm teşkil eden düzenlemelere, Türk Ticaret Kanunu’nun 7., 8/2., 18/3., 22. ve 23. maddeleri örnek gösterilebilir. Bkz. BOZER/GÖLE, s. 56, dn. 9; POROY/YASAMAN, s. 77; TEKİL, s. 44; ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 73. Ayrıca HMK m. 222/3 düzenlemesi de söz konusu hükme istisnadır. Bkz. ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 73. Esasen söz konusu hükümlerde işin ticari olma niteliği değil, tarafların tacir sıfatı esas alınmaktadır. Benzer durum HMK m. 17’de düzenlenen yetki sözleşmeleri bakımından da ortaya çıkmaktadır.

B. Tüketici İşlemi

1. Tüketici İşleminin Tanımı ve Hükümleri

1982 Anayasası'nın 172. maddesi²³ ile hukukumuzda dayanak bulan "tüketicinin korunması" amacı kapsamında ilk olarak, 23 Şubat 1995 tarihli mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁴ ve ardından meri 7 Kasım 2013 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. Her iki kanunda da tüketici işleminin tanımına yer verilmiş; mülga 4077 sayılı TKHK döneminde uygulamada tüketici işlemlerinin dar yorumlanması eğilimi²⁵ nedeniyle, 6502 sayılı TKHK'de tüketici işlemi, kapsamı geniş yorumlanacak şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Tüketici işlemi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (I) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre tüketici işlemi, "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem" dir²⁶. Tanımda, bazı sözleşme tiplerine yer verilmişse de bu sayım örnek niteliğindedir. Nitekim düzenlemede yer alan

²³ Anayasa'nın 172. maddesine göre, "Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder".

²⁴ RG, 08.02.1995, 22221.

²⁵ Bu hususta bkz. AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması", Tüketicinin Korunması Hakkında Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 17-18; AKİPEK ÖCAL, Şebnem/YILDIRIM, Abdülkerim/ERMENEK, İbrahim/KUTLAY, Selda, Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Editörler: AKİPEK ÖCAL, Şebnem/YILDIRIM, Abdülkerim, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı/Optimist Yayın, Ankara 2020, s. 76; PASLI, Ali, "Yargıtay Kararları Bağlamında Ticari Dava", Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu - IV - (Tebliğler - Tartışmalar), 23 Ekim 2020, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 78-79. 6502 sayılı TKHK, 3. madde gerekçesinde de bu hususa yer verilmiş, "uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamının daraltan yorumların da önüne geç(mek)" amacıyla tüketici işleminin yeniden tanımlandığından söz edilmiştir.

²⁶ Tüketici işlemi hakkında daha fazla bilgi için bkz. AKİPEK ÖCAL, Şebnem, Akipek Şerhi, Milli Şerh (National Commentary), 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editörler: TOKBAŞ, Hakan/TÜZÜNER, Özlem Aristo Yayınları, İstanbul 2016, s. 57-58; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 77-164; ÇABRİ, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 15-22; GÜMÜŞ, Mustafa

“...her türlü sözleşme ve hukuki işlem” ifadesiyle bu husus anlatılmak istenmiştir. Esasen sözleşme de bir hukuki işlem türüdür ve bu nedenle “...sözleşme ve hukuki işlem” ifadesi hatalıdır²⁷. Ancak burada, tüketici işlemi kavramının kapsamının dar yorumlanmasının önlenmesi kaygısına dayalı bir vurgu ihtiyacının varlığı anlaşılmaktadır. Böylece “tüketici işlemi” (*Verbrauchergeschäfte*) kavramı, “tüketici sözleşmesi” (*Konsumentenvertrag/consumer contract*) kavramına nazaran daha geniş kapsamlıdır. Tüketici işlemi, bir hukuki işlem niteliğinde olduğuna göre, sözleşmeden ya da tek taraflı hukuki işlemden kaynaklanabilir²⁸. Hukuki işlem benzeri fiiller ile haksız fiil²⁹, sebepsiz zenginleşme gibi borç ilişkileri, hukuki işlem niteliğinde olmaması nedeniyle tüketici işlemi sayılamayacaktır.

Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I (Madde 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 8-18; İNAL, Tamer, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 79-84; OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 55-90; ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020s. 60-69; TUTUMLU, Mehmet Akif, Tüketici Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 113-140; ZEVLİLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 79-88.

²⁷ ÇABRİ, s. 16; GÜMÜŞ, s. 9.

²⁸ AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, s. 18; AKİPEK ÖCAL (YILDIRIM/ERMENEK/KUTLAY), s. 22-23; ÖZEL, s. 61; TUTUMLU, s. 113-114. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, havale edilen paranın yanlış kişiye ödenmesi nedeniyle banka aleyhine açılan bir davanın “bankacılık ve benzeri sözleşmeler olarak ifade edilen ve tahdidi olarak sayılmayan bir hukuki işleme dayandığından” bahisle tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir. Y. HGK, 28.03.2018, E. 2017/11-42, K. 2018/562 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

²⁹ Haksız ticari uygulamaların (TKHK m. 62) da tüketici işlemi kapsamına sokulduğu düşüncesiyle, bir haksız rekabet davasının da tüketici mahkemesinde görülebileceği yönünde bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 422; BİÇER, Levent, “6502 Sayılı TKHK’nın Ticari İşe ve Ticari Davaya Etkisi (I)”, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 47. TKHK m. 73/1 düzenlemesinde “tüketici işlemleri”nin yanı sıra “tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyumsuzluklar” da da tüketici mahkemelerinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda, haksız rekabet fiilinin haksız fiil niteliğinde olması nedeniyle tüketici işlemi olarak değerlendirilmesi, kanımızca mümkün gözükmemektedir. Ancak haksız ticari uygulama özelliği göstermesi durumunda (TKHK m. 62) ve tüketiciye yönelik uygulamalardan kaynaklanması (TKHK m. 73/1) nedeniyle haksız rekabetten kaynaklanan davalar da tüketici mahkemesinin görevine girebilir.

Bununla birlikte öğretilerde bir görüşe göre, tüketici işlemi yalnız sözleşmelerden ibaret olabilir ve tanımda yer alan işlem kavramından sözleşme anlaşılmalıdır³⁰. Anılan görüş, tanım kapsamında tüketicinin karşısında bir satıcı ya da sağlayıcının bulunması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Kanuni tanımda sözleşme ile yetinmeyerek, hataya düşmek pahasına, “sözleşme ve hukuki işlem” ifadesinin kullanılması karşısında bu şekilde bir sınırlama yapmaya kanaatimizce ihtiyaç bulunmamaktadır. Tüketici işlemlerinin çoğu kez sözleşme şeklinde ortaya çıkacağı açıktır. Ancak kanunun lafzı bu konuda göz ardı edilmemelidir. Kaldı ki kanunun bu lafzı, tüketici işlemini olabildiğince geniş kapsamlı tutma şeklindeki amacı ile de uyumludur.

Tüketici işlemi tanımlanırken taşıma, sigorta gibi Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen sözleşme türlerine de örnek olarak yer verilmiştir. Böylece Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen hususlardan kaynaklanması nedeniyle TTK m. 3 uyarınca (mutlak) ticari iş sayılması gereken bu sözleşmeler, TKHK anlamında bir tüketici işlemi sayılabilmektedir. Ancak taşıma, sigorta gibi sözleşmelerin TKHK 3/1-1’de sayılması, anılan sözleşmelerin mutlaka tüketici işlemi sayılmasını da gerektirmemektir. Zira bir hukuki işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilebilmesi için tüketici işleminin unsurlarını içermesi gerekir.

2. Tüketici İşleminin Unsurları

Bir hukuki işlemin tüketici işlemi niteliğinde olabilmesi için üç temel unsurun varlığı gerekir. Bunlar: 1) İşlemin taraflarından birinin tüketici olması, 2) Karşı tarafın Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden (satıcı, sağlayıcı, kredi veren, üretici, ithalatçı gibi) kimselerden olması, 3) Hukuki işlemin konusunun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da düzenlenen bir mal ya da hizmet olmasıdır³¹.

³⁰ BAHTİYAR/BİÇER, s. 397; ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 72-73; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 78. *Gümmüş* tarafından ise tüketici işleminin çoğunlukla sözleşme şeklinde ortaya çıktığı ve aslında sözleşme kavramına yer verilmesinin yeterli olduğu belirtilmiştir. GÜMÜŞ, s. 9. *Bahtiyar/Biçer’e* göre tüketici işlemi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. BAHTİYAR/BİÇER, s. 397.

³¹ Tüketici işleminin unsurları hususunda farklı kıstaslarla karşılaşılma ile birlikte, burada kabul edilen kıstaslar ve bilgi için bkz. AKİPEK ÖCAL, Şerh, s. 58; AKİPEK ÖCAL (YILDIRIM/ERMENEK/KUTLAY), s. 36.

a. İşlemin Taraflarından Birinin Tüketici Olması

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1-k düzenlemesi uyarınca tüketici (*Verbraucher/Konsumenten*), "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade etmektedir. Tanıma göre tüketici, gerçek ya da tüzel kişi olabilir³². Tüketiciler daha ziyade gerçek kişilerden oluşur. Daha önce ifade edildiği üzere, gerçek kişi tacir, ticari işletmesiyle ilgili olmayan işlerinde tüketici olarak nitelendirilebilir.

Dernek ve vakıf gibi tüzel kişiler de tüketici sıfatını haiz olabilir. Ticaret şirketleri ile kooperatiflerin ise adi sahalarının bulunmaması karşısında tüketici olarak nitelendirilmesi, mevcut kanuni düzenlemeler kapsamında pek mümkün gözükmemektedir³³. Buna karşılık TKHK m.

³² 6502 sayılı Kanun'un hükümet tasarısında tüketici tanımında yalnız gerçek kişiler yer almıştır. Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu tarafından hazırlanan komisyon raporunda (S. Sayısı 490), tüketici konumunda olan pek çok tüzel kişiliğin bulunduğu belirtilerek, tanıma tüzel kişiler de eklenmiştir. 6502 sayılı TKHK, bu açıdan, tüketici (*consumer*) teriminden gerçek kişilerin anlaşılacağına öngörüldüğü 1999/44/EC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nden [Art. 1, 2 (a)] farklıdır. Alman Hukukunda da tüketici (*Verbraucher*) kavramı yalnız gerçek kişileri kapsamaktadır (*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB* § 13). Ayrıntılı bilgi için bkz. HOFER, s. 105-108. TKHK m. 3/1-k hükmüne paralel olarak ve ondan da önce, taşıma sözleşmelerinde tüketici gönderene ilişkin olarak tüketicinin tanımlandığı TTK m. 864/5 düzenlemesinde de tüketicinin gerçek veya tüzel kişi olabileceği öngörülmüştür.

³³ Bkz. ARKAN, Sabih, "Tüketici Kredileri", *BATİDER*, C. 18, S. 1-2, Haziran –Temmuz 1995, s. 36; ARKAN, Ticari İşletme, s. 74; ASLAN, s. 16; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 82, 85; BAHTİYAR/BİÇER, s. 404, 413; GÜMÜŞ, s. 31; İNAL, s. 44; NARBAY, Şafak/AKKUŞ, Muhammed, "Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler", *TAAD*, S. 44, Ekim 2020, s. 311-313; AKKUŞ, s. 130-131. Bu yönde mülga 4077 sayılı kanun döneminde oy çokluğuyla verilen bir karar için bkz. Y. HGK, 11.10.2000, E. 2000/19-1255, K. 2000/1249 (YKD, C. 28, S. 4, 2002, s. 531-539). Aynı doğrultuda Y. 13. HD, 26.06.1997, E. 1997/1815, K. 1997/5112 (ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 95); Y. HGK, 14.01.2020, E. 2017/19-1637, K. 2020/13 (KOÇYİĞİT, İlker/YEŞİLKAYA, İzzet, Ticarî Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 538-542). Tacirlerin tüketici sıfatı hakkında inceleme ve "tüketim amacının iktisadi faaliyet ile ilişkisine göre" bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilerek adi borç alanı bulunmayan ticaret şirketlerinin dahi tüketici sayılabileceği yönündeki değerlendirme için bkz. BATTAL, s. 329-330. Aynı doğrultuda bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 21; ÇABRİ, s. 57-59. Kanaatimizce, bu görüş, *de lege ferenda* haklılık arz etmekte ise de, mevcut kanuni düzenlemeler kapsamında böyle bir sonuca varmak pek mümkün gözükmemektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. AKKUŞ, s. 128-132; TAŞKIN, Mustafa, "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketici Vasfı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 54, 1997/1, s. 30-37; ÜNAL, Ahmet Cemil, "Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayrımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin

51/9'da yer alan özel düzenleme uyarınca, paket tur sözleşmelerinde, hizmetten faydalanan konumundaki tüzel kişi tacirlerin de tüketici olarak nitelendirilebileceği gözden uzak tutulmamalıdır³⁴. TTK m. 16/1 kapsamında tacir sayılan, ticari işletme işleten dernek ve vakıfların ise, ticari işletmesiyle ilgili olmayan işleri bakımından tüketici sayılması kanımızca mümkündür³⁵. Kamu tüzel kişilerinin de ticari veya mesleki amaçla hareket etmedikçe tüketici olarak nitelendirilmeleri mümkün kabul edilmelidir³⁶.

Bir kimsenin o işlem açısından tüketici sayılması için “*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket*” ediyor olması gerekir³⁷. Bu kapsamda tüketici, bir mal veya hizmetin kullanılmasında veya sağlanmasında isabetli olarak, “*en son(nihai) kullanıcı*”³⁸ şeklinde de nitelendirilmektedir.

Bir işlemin tüketici işlemini karakterize eden unsur, taraflardan birinin tüketici olmasıdır³⁹. Ancak bir tüketicinin varlığı, o işlemin tüketici işlemi sayılması bakımından tek başına yeterli değildir. Bu unsurun aşağıda ele alınan iki unsurla bir arada bulunması gerekir.

Durumu”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, Ocak 2020, s. 37-52.

³⁴ TKHK m. 51/9 hükmünde “*Ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir*” ifadesine yer verilmiştir. Söz konusu özel düzenleme kapsamında, tüzel kişi tacirlerin paket tur sözleşmelerinde hizmetten faydalanan taraf olması hâlinde tüketici sıfatını haiz olabileceklerinin kabulü gerekir.

³⁵ Aynı yönde bkz. ÇABRİ, s. 56; GÜMÜŞ, s. 30; NARBAY, Modül, s. 13-14; ZEVLİLER/AYDOĞDU, s. 81; AKKUŞ, s. 133. *Poroy/Yasaman'a* göre, tüzel kişi tacirin bir dernek dahi olsa adi alanı yoktur. POROY/YASAMAN, s. 76. Daha fazla bilgi ve tartışmalar için bkz. ÇABRİ, s. 56-57, dn. 121.

³⁶ Bizim de katıldığımız bu yöndeki görüş ve daha fazla bilgi için bkz. ÇABRİ, s. 57. Aksi yönde BAHTİYAR/BİÇER, s. 404.

³⁷ Anılan kapsamda bir kararda isabetli olarak, “*Kaldıraçlı Alım Satım Alım İşlemleri Çerçeve Sözleşmesi*” başlığı altında akdedilen bir sözleşmede, bu sözleşme çerçevesinde gerçekleştirilecek yatırım işlemlerinin ticari amaçlı olduğunun belirtilmesi karşısında, yatırımcının tüketici sayılmayacağına oyçokluğuyla karar verilmiştir. Y. HGK, 07.02.2019, E. 2017/11-2348, K. 2019/82 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

³⁸ AKİPEK ÖCAL, Şerh, s. 57.

³⁹ AKİPEK ÖCAL, Şerh, s. 57; AKİPEK ÖCAL (YILDIRIM/ERMENEK/KUTLAY), s. 23; OZANOĞLU, s. 57; ZEVLİLER/ÖZEL, s. 79.

b. İşlemin Diğer Tarafının TKHK Anlamında Ticari veya Mesleki Amaçlarla Hareket Eden Kimselerden Olması

Tüketici işlemi tanımlanırken, “*ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden ... gerçek veya tüzel kişiler*” ya da “*onun adına ya da hesabına hareket eden*” kişiler ile tüketiciler arasında yapılan işlemlerden söz edilmiştir. Böylece işlemin tüketici karşısındaki diğer tarafı da o işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi bakımından önem teşkil etmektedir.

Tüketici işleminin karşı tarafındaki kimse, satıcı (TKHK m. 3/1-i), sağlayıcı (TKHK m. 3/1-i), kredi veren (TKHK m. 3/1-ğ), üretici (TKHK m. 3/1-n), ithalatçı (TKHK m. 3/1-e) gibi kimselerden olabilir. Bu gibi kişiler genel bir anlatımla “*girişimci*” (*Unternehmer*) olarak da anılmaktadır⁴⁰. Önemli olan, bu kimsenin ticari “*veya*” mesleki amaçla hareket etmesidir.

Diğer yandan ticari veya mesleki amaçla hareket etme şeklindeki faaliyetin süreklilik arz etmesi de gerekir. Arızı yapılan işler bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Örneğin, uygun fiyatla satın almış olduğu ikinci el aracını bir tüketiciye satan memur kimse, bu arızı faaliyetinde ticari veya mesleki amaçla hareket etmiş sayılmaz. Ancak memurun bu işi sürekli bir ikinci meslek hâline getirmiş olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılması bakımından yeterli olduğunun kabulü gerekir.

c. Hukuki İşlemin Konusunun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Düzenlenen Bir Mal ya da Hizmet Olması

Tüketici işleminden söz edebilmek için son olarak, hukuki işlemin konusunun bir mal veya hizmet olması gerekir. Bu mal veya hizmet, tüketicinin parayla ölçülebilir edimi (ivaz) karşılığında tüketiciye sunulmalıdır. Bu noktada tüketici işleminin konusu, maddi edim, hizmet edimi veya bunların karması bir edim şeklinde ortaya çıkabilir⁴¹.

Mal kavramı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da “*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları*” şeklinde tanımlanmıştır (TKHK m. 3/1-h). Hizmet ise “*Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu*” ifade etmektedir (TKHK m. 3/1-d).

⁴⁰ ÖZEL, s. 62, 69; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s. 75, 85.

⁴¹ AKİPEK ÖCAL, Şerh, s. 57.

C. Ticari İş ile Tüketici İşlemi Kavramlarının İç İçe Geçmesi ve Uygulanacak Hükümler

1. Ticari İş ile Tüketici İşlemi Kavramlarının İç İçe Geçmesi İhtimalinde İşlemin Niteliğinin Belirlenmesi

Ticari iş ve tüketici işlemi kavramlarının kapsamına genel hatlarıyla değindikten sonra, bir işlemin aynı anda hem ticari iş hem de tüketici işlemi olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı sorunu üzerinde durmak gerekir. Ticari iş ile tüketici işleminin, aynı hukuki işlem bakımından iç içe geçmesi, bir diğer ifadeyle “kesişmesi”⁴² ihtimal dâhilindedir. Zira bir hukuki işlem, aynı anda hem TTK anlamında ticari iş kıstaslarını karşılıyor hem de TKHK hükümleri uyarınca tüketici işleminin özelliklerini taşıyor olabilir.

Öğretide, tüketici işlemi olarak nitelendirilen bir hukuki işlemin, aynı zamanda -diğer taraf açısından- ticari iş sayılmasının mümkün olup olmadığı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, tüketici işlemi niteliğindeki bir işlem aynı zamanda ticari iş niteliğinde olabilir⁴³. Aksi görüşteki yazarlara göre ise, bir işlem veya fiil taraflardan biri için ticari iş diğeri için tüketici işlemi olarak nitelendirilemez⁴⁴. Bu düşünceye göre, ticari iş kavramı ile tüketici işlemi kavramı, kendisine bağlanan sonuçlar bakımından da çelişmektedir⁴⁵ ve aynı işlemde bir araya gelmeye elverişli değildir. Bu görüş kapsamında tüketici işlemi niteliği, taraflar açısından ayrı değerlendirilemeyecektir.

Kanımızca, ticari iş ve tüketici işlemi kavramlarının aynı hukuki işlemde birleşebileceğini kabul eden birinci görüş büyük ölçüde haklılık arz etmekle birlikte, bu önerme de her zaman doğru değildir. Kanımızca, burada ticari iş niteliğinin belirlenmesindeki ölçütler bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılmalıdır.

Bir işlemin tüketici işleminin özelliklerini taşıması hâlinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 83/2. hükmü kapsamında, uygulanacak hükümler bakımından tüketici işlemi özelliğinin ön plana geçtiği ve bu işlemden kaynaklanan uyuşmazlıkların TKHK m. 73/1 uyarınca,

⁴² AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 44; NARBAY/AKKUŞ, Ticari İş, s. 825.

⁴³ BOZKURT, s. 309; ÇELİK, Ticari İşlerde Faiz, s. 260-261, 270-274; PASLI, Ticari Dava, s. 80-81.

⁴⁴ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 24; ÇITIR, s. 47; GÖKTÜRK, s. 41; NARBAY/AKKUŞ, Arabuluculuk, s. 320.

⁴⁵ GÖKTÜRK, s. 40-42.

tüketici mahkemelerinin görevine gireceği hususunda kuşku yoktur. Ancak özellikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacak hükümlerin doğru tespit edilmesi ve işlemin taraflar açısından ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından, bazen bir hukuki işlemin aynı zamanda ticari iş olarak nitelendirilmesi dikkate değer sonuçlar ortaya çıkarabilir.

Bir hukuki işlemin aynı zamanda hem ticari iş hem de tüketici işlemi özellikleri göstermesi ihtimali, ticari iş niteliğinin belirlenmesindeki ölçütler bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir:

- TTK m. 3 kapsamında "*Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar*"dan kaynaklanan bir işin, aynı anda bir taraf için ticari iş diğer taraf için tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi ya da bu niteliğin bölünmesi mümkün değildir. Zira böyle bir durumda ticari iş niteliği, taraf açısından değil, kanunda düzenlenen husus açısından dır.

TTK m. 3 düzenlemesinin mehası olan HGB § 343 hükmünde tacirin ticari işletmesiyle ilgili işlerinin ticari olduğu vurgulanmak suretiyle, açıkça taraf olmaya sonuç bağlanmışsa da, TTK m. 3 açısından bu yönde sınırlama söz konusu değildir. Bu kapsamda TTK m. 3 kapsamındaki bir ticari iş, her iki taraf için de ticari iş sayılmaktadır⁴⁶.

Hâl böyle olunca, söz konusu ölçüt kapsamındaki bir iş ya ticari iş sayılır ya da tüketici işlemi olarak nitelendirilecektir. Bu noktada kanun koyucu, böylesi durumlarda emredici şekilde tüketicinin korunmasını amaçlamıştır⁴⁷. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bir husus, aynı zamanda tüketici işlemi olma özelliği gösteriyorsa tüketici işlemi niteliğinde kabul edilir. Böylece bir hususun Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesine rağmen, tüketici işlemi olması nedeniyle ticari iş sayılmaması sonucu ortaya çıkmaktadır.

- TTK m. 3'te öngörülen, *bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller* kıstası açısından ise mesele farklı ele alınmalıdır. Zira TTK m. 3 kapsamında bir işlem veya fiil, taraflardan biri için ticari iş niteliğinde kabul edilirken diğer taraf için adi iş olarak nitelendirilebilmektedir⁴⁸. Benzer

⁴⁶ Bu hususta bkz. GÖKTÜRK, s. 30, dn. 91.

⁴⁷ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 24.

⁴⁸ ARSLANLI, s. 22; AYHAN, Rıza, "Ticari İş - Ticari İşletme - Tacir - Ticaret Sicili - Ticaret Unvanı - Haksız Rekabet", EÜHFD, C. 16, S. 3-4, 2012, s. 33-34; BOZER/GÖLE, s. 55-56; GÖKTÜRK, s. 33-34. Bu durumun yalnız haksız fiiller bakımından mümkün olduğu yönünde bkz. POROY/YASAMAN, s. 76-77.

sonucun, işlemin taraflardan biri açısından tüketici işlemi sayılması ihtimali açısından da kabulü gerekir.

TTK m. 3 kapsamında, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller, “onu gerçekleştiren taraf açısından” ticari iş sayılmaktadır⁴⁹. TTK m. 3 düzenlemesinde taraf vurgusu yapılmamış olsa da, anılan düzenlemenin, işi o kimse bakımından ticari kıldığı ticari iş karinesinin (TTK m. 19) varlığından anlaşılmaktadır⁵⁰.

- TTK m. 19/1’de kabul edilen *ticari iş karinesi* açısından konu ele alındığında ise, söz konusu karinenin zaten tacirin borçlarının ticari olduğu şeklinde vücut bulması; yani tacir açısından gerçekleşecek sonucu ortaya koyması nedeniyle ticari iş ile tüketici işlemi özelliklerinin kesişmesi bakımından uygulanması söz konusudur. Anılan karine kapsamına girmeyen işler bakımından, gerçek kişi tacirin tüketici sıfatını haiz olması ve yapılan işlemin tüketici işlemi olarak değerlendirilmesi pek tabii mümkündür. Karşı taraf açısından tüketici işlemi olarak nitelendirilen işlerde ise esasen tacir bakımından TTK m. 19/1’de yer alan karine yine geçerlidir. Bu hâlde söz konusu ihtimalde de işlem, tüketici işlemi olarak nitelendirilecek olmakla birlikte aynı zamanda taraflardan biri açısından ticari iş olarak nitelendirilebilecektir.

- TTK m. 19/2 uygulaması kapsamında, “bir taraf için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler” bakımından ise, işlemin aynı zamanda tüketici işlemi özelliği göstermesi ihtimali, TTK m. 19/2 hükmünde sayılan, hükmün uygulanmasına engel hâllerdendir. Bu nedenle bir tüketici işlemi söz konusu olduğunda, ticari işlere ilişkin yayma kriterinin uygulanması suretiyle işlemin diğer taraf için de ticari sayılması mümkün değildir⁵¹. Zira TTK m. 19/2 düzenlemesinde “*aksine hüküm bulunmadıkça*” denmektedir ve TKHK hükümleri bu kurala istisna teşkil eder niteliktedir. Bir işlem, tüketici işlemi niteliğindeyse, TTK m. 19/2’de öngörülen varsayım istisna teşkil edeceğinden, işlemin tüketici işlemi kabul edilmesi gerekir. Tacir açısından ticari iş sayılma vasfı ise zaten TTK m. 19/1 kapsamında söz konusu olabileceğinden, ticari iş ile tüketici işlemi özelliklerinin iç içe geçtiği hâllerde TTK m. 19/2 uygulanamayacaktır.

⁴⁹ BOZER/GÖLE, s. 55; GÖKTÜRK, s. 29-31, 33-34.

⁵⁰ Konu hakkında eleştiri ve değerlendirme için bkz. GÖKTÜRK, s. 34-35.

⁵¹ Aynı yönde GÖKTÜRK, s. 40.

Söz konusu açıklamalar kapsamında, bazı hâllerde ticari iş ile tüketici işlemi olma özelliği, kimi zaman aynı hukuki ilişkide bir arada bulunmakta; bir diğer deyişle iç içe geçmektedir. Bir taraf açısından ticari iş olarak nitelendirilebilecek bir iş, karşı taraf açısından tüketici işlemi niteliğinde olabilir. Açıklanan nedenle, bir yandan adi işlerin kapsamı TTK m. 19/2 düzenlemesiyle oldukça sınırlanmışken⁵²; ticari işlerin kapsamı da TKHK hükümleriyle daralmıştır⁵³. Zira aşağıda ele alınacağı üzere, ticari iş ile tüketici işlemi özelliğinin iç içe geçtiği hâllerde işlem öncelikle tüketici işlemi olarak nitelendirilerek, uygulanacak hükümlerin tespitinde TKHK düzenlemelerine ilk sırada başvurulması zarureti doğmaktadır.

2. Ticari İş ve Tüketici İşleminin İç İçe Geçtiği Hâllerde Uygulanacak Hükümler

Ticari iş ya da tüketici sayılmanın en önemli sonuçlarından biri o ilişkiye uygulanacak hükümlerdir. Bilindiği üzere, adi işler hakkında genel hükümlerin [özellikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) hükümleri]; ticari işler hakkında ticari hükümlerin (TTK m. 1/1); tüketici işlemleri hakkında ise TKHK hükümlerinin uygulanması asıldır. TTK m. 19/2 hükmünde yer alan, bir taraf için ticari iş niteliğinde olan sözleşmelerin diğeri taraf için de ticari iş sayılacağı yönündeki düzenleme, asıl olarak ticari hükümlerin uygulanmasını sağlamak amacıyla getirilmiştir⁵⁴. Ancak TKHK m. 83/2 düzenlemesi, işlemin tüketici işlemi sayılmasına neden olmakta ve uygulanacak hükümler bakımından öne geçmektedir.

Açıklanan nedenle tüketici işlemi niteliğinin işlem bakımından mı yoksa taraf bakımından mı ortaya çıktığına bakılmaksızın, eğer bir işlem tüketici işlemi olarak nitelendiriliyorsa TKHK hükümlerinin uygulanması, TKHK m. 83/2 düzenlemesinin mutlak sonucudur. Zira anılan düzenleme uyarınca, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemektedir.

⁵² ŞENER, Ticari İşletme, s. 53.

⁵³ ARKAN, Ticari İşletme, s. 75.

⁵⁴ Hükmün eleştirisi ve asıl amacının ticari hükümlerin uygulanmasını sağlamak olduğu yönündeki değerlendirme için bkz. KIRCA, Ticari İş, s. 6-7. Karş. GÖKTÜRK, s. 34-35.

Bu noktada tespiti gereken husus, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde hangi hükümlere müracaat edilmesi gerektiğidir. TKHK m. 83/1 hükmünde, “*Bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır*” düzenlemesine yer verilmiştir. Madde, lafzı itibariyle uygulandığında, işlemin niteliğine ya da hakkında özel bir düzenleme olup olmamasına bakılmaksızın öncelikle Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulması gerektiği izlenimi uyanabilir. Ancak Türk Ticaret Kanunu da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a nazaran genel niteliktedir⁵⁵. Bu nedenle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan bir hususta Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme mevcut ise bu hükümlere müracaat edilmesi mümkündür. Öğretide her ne kadar, TKHK m. 83/1'de bahsi geçen “*genel hükümler*”in TTK hükümleri değil, TBK hükümleri olduğu belirtilmişse de⁵⁶, kanımızca bu noktada Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre daha genel nitelikte olan TTK hükümlerine başvurmaya da engel bulunmamaktadır. TKHK m. 83 hükmünün gerekçesi de bu düşüncüyü destekler niteliktedir⁵⁷. Örneğin, bir sigorta sözleşmesi tüketici işlemi niteliğindeyse, bu sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda görev (TKHK m. 73/1), yetki (TKHK m. 73/5) vb. hususlarda öncelikle TKHK hükümlerine müracaat etmek gerekir (TKHK m. 83/2). Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde, sigorta sözleşmelerine ilişkin esaslar bakımından TTK hükümleri (TTK m. 1401-1520) uygulanmaya devam edecektir. Örneğin, sigorta sözleşmesinde primin ödenme yerini tespiti bakımından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu hâlde bir para borcu olan bu ilişkide, para borçlarında ifa yerine dair TBK m. 89/1

⁵⁵ TKHK, Türk Ticaret Kanunu karşısında “*sonraki tarihli özel kanun*” niteliğindedir. Aynı yönde AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 24; BAHTİYAR, Mehmet, “6502 Sayılı TKHK'nın Ticari İşe ve Ticari Davaya Etkisi (II)”, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 49.

⁵⁶ Bkz. GÖKTÜRK, s. 41, 44.

⁵⁷ Gerekeçde bu hususta, “*Tüketici sorunlarının büyük bir çoğunluğu sözleşmeler hukukunu ilgilendirdiği için Özellikle Türk Borçlar Kanunu hükümleri bu bağlamda büyük önem taşıyacak ve boşlukların doldurulmasında kullanılacaktır*” ifadesine yer verilmiş olması, hükümde bahsi geçen genel hükümlerin Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile sınırlı olmadığını göstergesidir (NARBAY/AKKUŞ, Arabuluculuk, s. 321). Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde, Türk Ticaret Kanunu'na; o da olmazsa Türk Borçlar Kanunu'na gidileceği yönünde bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 417; ÇELİK, Ticari İşlerde Faiz, s. 274.

hükmü yerine; buna istisna teşkil eden, sigorta sözleşmeleri bakımından özel hüküm, TKHK hükümlerine göre ise genel hüküm niteliği gösteren TTK m. 1432 hükmüne başvurmak gerekir. Benzer durum, taşıma sözleşmesine dair hükümler vb. gibi Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen pek çok husus bakımından ortaya çıkabilir. Böylece haksız şartlar (TKHK m. 5), tüketici senetleri (TKHK m. 4/5) gibi hususlarda da öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen, tüketicinin korunmasına yönelik özel hükümlerin o uyuşmazlıkta uygulanması mümkün hâlde gelmektedir.

Yukarıda izah edildiği üzere, tüketici işlemi niteliğindeki bir hukuki işlem, taraflardan biri açısından ticari iş sayılabilir. Bu hâlde tüketici işlemi niteliği ön plana çıkan hukuki işlemde yine TKHK hükümleri, TKHK m. 83/2 gereğince öncelikle uygulanacak olmakla birlikte, burada hüküm bulunmayan hâllerde müracaat edilmesi gereken hükümler özellik arz etmektedir. Zira hukuki işlemin konusu olan müessese hakkında birden fazla genel kanunda düzenleme varsa, işlemin ticari iş niteliğinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Örneğin, faiz konusunda TKHK hükümlerinde yeterli düzenleme bulunmaması karşısında, satıcı/sağlayıcı bakımından ticari nitelikteki bir işlemde bu kimsenin borçları açısından, işin niteliğine göre ticari hükümler; tüketicinin borçları açısından ise TBK hükümleri (m. 88 ve 120) ve ilgili diğer düzenlemelerin uygulanması mümkündür⁵⁸. Ortaya çıkan bu sonuç, ticari iş – tüketici işlemi niteliğinin, onu yapan taraf bakımından ortaya çıktığı hâllerde çoğu kez daha hakkanietli ve kanunun amacına uygun sonuçlar ortaya çıkaracaktır⁵⁹.

⁵⁸ Faize ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından aynı yönde BAHTİYAR/BİÇER, s. 421, ayrıca karşı. s. 419. Aynı yönde Y. HGK, 19.09.2019, E. 2017/13-620, K. 2019/914 (KOÇYİĞİT/YEŞİLKAYA, s. 547-552). Bu hususta herhangi bir ayrıma gitmeksizin, böyle bir ihtimalde TBK hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde karşı. NARBAY/AKKUŞ, Arabuluculuk, s. 321-322; NARBAY/AKKUŞ, Ticari İş, s. 865-866. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. ÇELİK, Ticari İşlerde Faiz, s. 259-290. Belirtmek gerekir ki, TBK m. 88 ve 120 düzenlemelerindeki faiz sınırlamalarının ticari işler hakkında uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bkz. YAĞCI, Kürşad, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK. m. 88 ve TBK. m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFİM, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 421-438; YÜCESOY YILMAZ, Yasemin, "Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması", TBB Dergisi, S. 140, 2019, s. 303- 330.

⁵⁹ Ticari iş ve tüketici işleminin aynı somut olayda bulunması hâlinde, TKHK hükümlerinin dikkate alınması ve böyle bir hâlde artık ticari işlere dair hükümlerin tatbik edilemeyeceğinin kabulü gerekeceği yönünde bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 24; GÖKTÜRK, s. 40-41.

TTK m. 7'de yer alan teselsül karinesini bertaraf edecek düzenlemelere TKHK m. 4/6, ve 4/7 hükümlerinde yer verilmiş; TTK m. 8'de ise bileşik faiz düzenlenirken tüketicinin korunmasına dair hükümler saklı tutulmuştur (TTK m. 8/3)⁶⁰. Anılan hükümlerin, tüketicinin korunması düşüncesiyle yorumlanması gerekmektedir. Bu nedenle TTK hükümlerinin tüketici bakımından ve onun aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanması zaten söz konusu değildir. Ancak tacirin borçlarının akıbetine ilişkin olarak, tüketici işlemi niteliğindeki bir ilişkide de TTK hükümleri başta olmak üzere ticari hükümler, TKHK hükümlerinden sonra ve tüketici lehine sonuç doğurmak üzere uygulama alanı bulabilecektir.

Bu noktada, aynı hususta birden fazla kanunda düzenleme bulunması hâlinde nasıl hareket edileceği belirlenirken TKHK hükümlerine göre genel nitelikte olan düzenlemeler arasında özel kanun – genel kanun ya da sonraki tarihli – önceki tarihli kanun uygulanmasının yapıp yapılmayacağı sorusu akla gelmektedir⁶¹. Örneğin, aynı hususta hem Türk Borçlar Kanunu'nda hem de Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme bulunması durumunda bir tercih yapılması gerekir. Zira Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'na göre daha özel nitelikli bir kanundur ve kabul edilmiş tarihi itibarıyla, iki gün dahi olsa sonraki tarihidir. Ancak bu şekilde farklı düzenleme bulunan hâllerde, genel hükümlere başvuru tercihi yapılırken, tüketici yararına yorum ilkesinin uygulanması kaçınılmazdır. Söz konusu ilke kapsamında, kanımızca genel kanunlar arasında da özelden genele doğru bir uygulama sırası tercih edilmesi ve işlemin aynı zamanda taraflardan biri açısından ticari iş niteliği taşıyıp taşımadığının göz önünde bulundurulması gerekir.

II. TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ AYRIMININ TİCARİ DAVAYA ETKİSİ

Ticari iş ve ticari dava kavramları, 6102 sayılı TTK kapsamında farklı anlam ve sonuçlara sahip olup, bu kavramlar ilk kez mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda birbirinden ayrı ele alınmıştır. Öyle ki,

⁶⁰ Konu hakkında değerlendirme için bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 418-422.

⁶¹ TKHK ile TTK arasında da özel kanun – genel kanun değerlendirilmesi yapılması mümkündür. Nitekim öğretilerde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Türk Ticaret Kanunu karşısında mutlaka özel kanun sayılmasının doğru olmayacağı; hüküm bazında değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 417. Ancak TKHK m. 83 düzenlemesinin emredici niteliği karşısında, kanun koyucunun bu şekilde bir değerlendirme yapılmasına da cevaz vermediği izlenimi doğmaktadır.

1926 tarihli mülga 865 sayılı Ticaret Kanunu döneminde, kanunun 15. maddesinden 22. maddesine kadar olan kısımda düzenlenen ticari işten kaynaklanan uyuşmazlıklar ticari dava konusu olarak kabul edilirken, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kabulüyle birlikte, bu kanunun 4. maddesinde ticari davalar tefrik edilmiş; ticari iş ve ticari dava kavramları farklı şekilde düzenlenmiştir⁶². Bu ayırımı ticari işlerden, yalnız ihtisas gerektiren meselelerin ticari dava olarak nitelendirilmesi düşüncesi hâkimdir⁶³. Ancak mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ticari davaya ilişkin 4/1 düzenlemesinde ticari işe dair 21/1 düzenlemesine atıf yapılması nedeniyle, iki kavramın birbirinden tam olarak ayrılmış olduğu da söylenemeyecektir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu düzenlemeleri kapsamında ise ticari iş ve ticari dava kavramları birbirinden bağımsız ve ancak ilişkili iki hukuki kavramdır. İki kavram arasındaki ilişkiyi ortaya koyabilmek bakımından, burada öncelikle ticari dava kavramına kısaca değinilerek, ardından ticari iş şeklindeki nitelendirmenin ticari davaya etkisi üzerinde durulacaktır.

A. Ticari Dava Nitelendirmesi

Ticari davalar, Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde ve bazı özel kanunlarda⁶⁴ düzenlenmiştir⁶⁵. TTK m. 5 düzenlemesi ise ticari davalar ve

⁶² Mülga 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda ticari işler, "*muamelatı ticariye*", "*ticarete müteallik muamele*", "*mevaddı ticariye*", "*mesaili ticariye*" gibi farklı isimlerle anılmıştır. Bu dönemde yargı kararlarında, ticari muamele ve ticari dava kavramlarının birbirinden ayırt edilmemiştir. Bu yöndeki 18 Mart 1940 tarih ve E. 19, K. 32 sayılı tevhidî içtihat kararı hakkında eleştirisi ve ticari iş - ticari dava arasındaki farklar arasındaki bilgi için bkz. HIRSCH, Ernst E., "*Ticari Muamele Mefhumu (Temyiz Mahkemesi İçtihatları Dolayısıyla)*", İÜHFİM, C. 6, 1940, s. 778-782. Mülga ticaret kanunlarındaki ilgili düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. GÜRDOĞAN, Burhan, "*Ticari Usul Hukuku*", AÜHFİM, C. 13, S. 1, 1956, s. 172-193; GÖKTÜRK, s. 9; SEMİZ, Ahmet, *Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İş - Ticari Dava*, Hamle Matbaası, İstanbul 1959, s. 40.

⁶³ Bu hususa, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun genel gerekçesinde, mutlak ticari davalardan bahsedilirken "*...bu son muameleler öz ticaret hayatına mahsus olup ayrı bir ihtisas cephesini arz ederler*" açıklamasıyla yer verilmiştir. Türk ticaret kanunu lâyihası ve Adliye Encümeni mazbatası (1/150), S. Sayısı: 198, s. 10.

⁶⁴ Bunlara örnek olarak, Kooperatifler Kanunu m. 99, İcra İflas Kanunu m. 154/3, Finansal Kiralama Kanunu m. 31, Ticari İşletme Rehni Kanunu m. 22 düzenlemeleri gösterilebilir.

⁶⁵ Bu makalede, kapsam itibarıyla ticari dava hakkında ayrıntılı açıklamaya yer verilmemekte; yalnız ticari iş ve tüketici işleminin ticari davaya etkileri üzerinde durul-

çekişmesiz yargı işlerinin görüleceği mahkemelere ilişkindir. Anılan düzenlemede, ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak nitelendirilmiştir (TTK m. 5/3). Bu durum görev kurallarının uygulanması bakımından ticari dava nitelendirilmesinin doğru yapılmasının önemini oldukça arttırmıştır.

Ticari davalar, TTK m. 4'te sistematik olarak oldukça karmaşık şekilde ele alınmıştır. Ticari dava niteliğinin belirlenmesinde belirli bir sistematik ile hareket edilmesi gerekir. Bu kapsamda ticari davalar üç grupta toplanabilir.

- Bir uyuşmazlığın ticari dava niteliğinin belirlenmesinde öncelikle, tarafların tacir olup olmadığından bağımsız olarak, o uyuşmazlığın Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlardan kaynaklanıp kaynaklanmadığına, daha sonra Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesinde 6 bent hâlinde sayılan hususlardan doğan bir dava olup olmadığına bakılmalıdır. Uyuşmazlık, söz konusu altı bentte sayılan hususlardan birinden kaynaklanmakta ise "*mutlak ticari dava*" olarak nitelendirilir ve başkaca bir şart aranmaz.

- Eğer dava, bu hususlardan kaynaklanmıyorsa uyuşmazlığın TTK m. 4/1 düzenlemesinin son cümlesinde sayılan ve bir tarafın ticari işletmesini ilgilendiren "*herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar*"dan olup olmadığına bakılması gerekir.

- Buradan hareketle de ticari dava nitelendirilmesi yapılması mümkün değilse son olarak "*nispi ticari dava*"nın varlığı araştırılır. TTK m. 4/1'in ilk cümlesinde belirtildiği üzere, "*Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri*" nispi ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır⁶⁶.

maktadır. Ticari dava hakkında bilgi için bkz. ARKAN, Ticari İşletme, s. 105-124; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 68-104; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 92-104; BOZER/GÖLE, s. 147-156; BOZKURT, s. 284-307; DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, "Ticari Davalar", MÜHF-HAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 99-109; DOMANİÇ/ÇAMOĞLU, s. 121-138; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 123-151; ŞENER, Ticari İşletme, s. 116-149; TEKİL, s. 92-100.

⁶⁶ Söz konusu kıstaslardan hareketle ticari dava niteliğinin belirlenmesi çoğu zaman yeterince net değildir. Konu hakkında haklı eleştiri ve değerlendirmeler için özellikle

B. Ticari İş – Ticari Dava İlişkisi

“Ticari iş” ve “ticari dava”, birbirinden farklı kavramlardır⁶⁷. Daha önce ele alındığı üzere, ticari iş, Türk Ticaret Kanunu’nun 3. ve 19. maddelerinde; ticari dava ise Türk Ticaret Kanunu’nun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu iki kavramın kapsamı ve sonuçları birbirinden farklıdır. Her ticari iş ticari davaya vücut vermeyeceği gibi, ticari iş niteliğinde olmayan bir hususun da ticari davaya konu olması mümkündür. Ticari iş niteliği, o işin daha ziyade maddi hukuka ilişkin sonuçları yönünden önem taşıırken; ticari dava, usul hukuku ile ilgili bir kavramdır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda ticari davalar, “ticari iş” kistasına göre değil; “ticari işletme” esasına göre belirlenmiştir⁶⁸. Zira bu hususta daha önce mülga 6762 sayılı TTK m. 21 düzenlemesine (6102 sayılı TTK m. 19 düzenlemesine karşılık gelmektedir) yapılan atıf kaldırılmıştır. Bu kapsamda bir işin ticari nitelikte olması, o işten kaynaklanan uyuşmazlığı ticari dava hâline getirmez. Esasen ticari işler, çoğu kez ticari davaya konu olmakla birlikte, bu kural mutlak değildir. Zira TTK sisteminde ticari davalar belirlenirken, özel hükümle ve sayma metodu ile ticari işletme temeline dayanılmıştır; ticari iş, bu alanda ancak kısmi bir fonksiyona sahiptir⁶⁹.

bkz. KIRCA, İsmail, “Nispî Ticarî Davaya Dair”, BATİDER, C. 33, S. 1, Mart 2017, s. 55-61; PASLI, Ticari Dava, s. 17-103.

⁶⁷ AYHAN, Rıza, “Son Değişikliklerle Ticarî Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 21; BAHTİYAR, Ticari İş, s. 51; BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, Ticari Dava, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 651-653; DELİDUMAN/ORUÇ, s. 102; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 123; GÜRDOĞAN, s. 172-173; KAYA (ÜLGEN/HELVACI/NOMER ERTAN), s. 125; POROY/YASAMAN, s. 72; SEMİZ, s. 40. Bu yönde Y. HGK, 19.09.2019, E. 2017/13-620, K. 2019/914 (KOÇYİĞİT/YEŞİLKAYA, s. 547-552).

⁶⁸ Y. HGK, 16.09.2015, E. 2015/15-440, K. 2015/1769 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). TTK sisteminde ticari dava nitelimesinde, “ticari iş”ten ziyade, “tacir” ve “ticari işletme” kavramlarının rol oynadığı yönünde ayrıca bkz. KAYA (ÜLGEN/HELVACI/NOMER ERTAN), s. 125.

⁶⁹ POROY/YASAMAN, s. 72. Birçok alanda, ticari iş niteliğinde olmasına rağmen özel düzenleme nedeniyle asliye ticaret mahkemesi dışında mahkemelerde görülecek davalarla karşılaşılabılır. Örneğin, dava konusunun değer veya tutarına bakılmaksızın “Kiralanan taşınmazların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayırık olmak üzere kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun kabulüyle birlikte, ticari iş ile ticari dava kavramları arasındaki farka yargı kararlarında da sıklıkla vurgu yapıldığı görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yakın tarihli bir kararında haklı olarak belirtildiği üzere, "...bir davanın ticari dava sayılabilmesi için, hem iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi hem de iki tarafın tacir olması gereklidir. Bu şartlar birlikte bulunmadıkça, uyuşmazlık konusunun ticari iş niteliğinde olması veya ticari iş karinesi sebebiyle diğer taraf için de ticari iş sayılması davanın ticari dava olması için yeterli değildir. Ticari iş karinesinin düzenlendiği TTK'nın 19/2. maddesi uyarınca taraflardan biri için ticari sayılan bir işin diğeri için de ticari iş sayılması, davanın niteliğini ticari hâle getirmez. TTK, kanun gereği ticari sayılan davalar haricinde, ticari davayı ticari iş esasına göre değil, ticari işletme esasına göre belirlemiştir. Hâl böyle olunca, işin ticari nitelikte olması davayı ticari dava hâline getirmez"⁷⁰.

Aynı anlama gelmemekle birlikte, ticari işe ilişkin TTK m. 3 ve 19 ile ticari davaya ilişkin TTK m. 4 düzenlemeleri kapsamında çoğu kez, ticari iş ve ticari dava kavramları birbiriyle örtüşebilir. Hatta Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar açısından bu sonuç ilk bakışta net gibi göstermektedir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlar, bir yandan ticari iş kabul edilirken (TTK m. 3), bu hususlardan doğan davalar

davalar" sulh hukuk mahkemelerinde görülür (HMK m. 4/1-a). Bu tür bir uyuşmazlıkta kira ilişkisinin ticari nitelikte olması, kanımızca, HMK m. 4/1-a'da yer alan özel düzenleme kapsamında davanın sulh hukuk mahkemesinde görülmesine engel teşkil etmemektedir. Bu yönde bkz. Y. 20. HD, 04.02.2019, E. 2018/6407, K. 2019/539 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁰ Y. HGK, 30.06.2020, E. 2019/4-231, K. 2020/487. Aynı yönde ve hemen hemen aynı ifadeleri içeren pek çok Yargıtay kararına rastlamak mümkündür. Örneğin, Y. 3. HD, 31.03.2021, E. 2020/11056, K. 2021/3407; Y. 5. HD, 16.11.2020, E. 2020/9342, K. 2020/10016; Y. 19. HD, 11.06.2020, E. 2020/439, K. 2020/976; Y. HGK, 16.04.2019, E. 2017/17-1097, 2019/458; Y. 15. HD, 16.06.2016, E. 2015/4836, K. 2016/3507 (karararama.yargitay.gov.tr). Ancak bu hususun uygulamada karışıklıklara yol açtığını da belirtmek gerekir. Zira aksi yönde, hatalı değerlendirmeye dayalı kararlara da rastlanmaktadır: "...yerel mahkemece davacı şirketin tacir olmakla beraber, işveren konumunda bulunan davalı Belediye'nin tacir sıfatını taşımadığı taraflardan biri için ticari olan işin diğeri için de ticari sayılmakla beraber, bu hususun görevli mahkemenin belirlenmesinde dikkate alınamayacağı bu itibarla açılan davaya bakma görevinin Asliye Hukuk Mahkemesi'ne ait olduğu kanaati ile görevsizlik kararı vermesi isabetli olmamıştır.

Tüm bu nedenlerle görevli mahkeme Antalya Asliye Ticaret Mahkemesi'dir" Y. 15. HD, 23.05.2013, E. 2013/1838, K. 2013/3333. Ancak bu karar daha sonra Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 16.09.2015, E. 2015/15-440, K. 2015/1769 sayılı kararı ile kaldırılmıştır. Kararın ilgili kısmı için bkz. dn. 73.

aynı zamanda mutlak ticari dava niteliğindedir (TTK m. 4/1-a). Böylece Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hususlara ilişkin ticari işlerin, mutlak ticari davaya yol açacağı sonucuna ulaşmak çoğu zaman mümkündür. Ancak bu sonuç her zaman ortaya çıkmayabilir; zira mutlak ticari davanın belirlenmesinde, Türk Ticaret Kanunu'nda "müessese (kurum) olarak" düzenlenen işlerin dikkate alınması gerekir⁷¹. Bunun dışında, sadece haklarında özel hükümler bulunan teselsül karinesi (TTK m. 7), faiz (TTK m. 8-10), tacirin ücret istemi (TTK m. 20), fahiş ücret ve sözleşme cezasının indirilmesi (TTK m. 22), ticari satış ve mal değişimi (TTK m. 23) gibi hususlardan doğan uyuşmazlıklar, TTK m. 4/1 kapsamında ticari dava olarak nitelendirilmeyebilir⁷².

Nispi ticari dava nitelendirmesi yapılırken ise, ticari iş-ticari dava kavramları her zaman örtüşmemektedir. Örneğin, bir belediye ile ticaret şirketi arasındaki özel hukuk sözleşmesinde, yapılan iş, şirket açısından ticari iştir. Bu durumda yapılan iş, TTK m. 19/2 kapsamında diğer taraf için de ticari iş sayılır. Ancak ticari iş niteliğindeki söz konusu ilişkiden doğan uyuşmazlık, TTK m. 4 kapsamında olmadıkça ticari dava niteliğinde değildir⁷³.

C. Ticari Davaların Tüketici İşleminden Kaynaklanması İhtimali

Ticari davalar kural olarak, miktar ve değerine bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinde (bulunmayan yerlerde asliye hukuk mahkemesinde) görülür (TTK m. 5/1). Ancak her ticari dava asliye ticaret mahke-

⁷¹ GÜRDOĞAN, s. 173-174; ŞENER, Oruç Hami, Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 12.

⁷² GÜRDOĞAN, s. 174; ŞENER, Ticari Uyuşmazlıklar, s. 12.

⁷³ "Uyuşmazlık konusu yolcu gemisi imalatı ve alımı işinin, davacı şirketin ticari işletmesiyle ilgili olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, davalı Belediyece uyuşmazlık konusu işin ihalesi, ticari işletmeleriyle ilgili olarak değil kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla gerçekleştirmiştir. ...Bu nedenlerle, tacirin işlerinin ticari olması ilkesi de burada işlevsiz hale gelmiştir.

Hal böyle olunca, eldeki davaya bakma görevi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca asliye hukuk mahkemesine ait olup mahkemece, yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın göreve ilişkin dava şartı noksanlığı nedeniyle reddine karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir" Y. HGK, 16.09.2015, E. 2015/15-440, K. 2015/1769. Aynı yönde Y. HGK, 18.11.2015, E. 2014/15-301, K. 2015/2659 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

mesinde görülmeyecektir. Türk Ticaret Kanunu'na göre ticari dava niteliğinde olan bir uyuşmazlık, tüketici işleminden de kaynaklanabilir. Bu kapsamda TKHK hükümleri (TKHK m. 83/2, 73/1), TTK m. 5/1 düzenlemesinin uygulanma alanını önemli ölçüde daraltmakta ve bu kurala istisna teşkil etmektedir⁷⁴.

Burada belirtmek gerekir ki, ticari iş ile tüketici işlemi özelliğinin iç içe geçtiği hâllerde, işlem tüketici işlemi olarak kabul edileceğinden, uyuşmazlığın ticari dava şeklinde nitelendirilip nitelendirilmemesine bakılmaksızın, tüketici mahkemeleri görevli olacaktır. Zira bu hâlde kanun koyucu, tercihini açıkça tüketici işleminden yana kullanarak, tüketici mahkemelerinin görevli olması bakımından tartışmaya açık olmayan düzenlemeler sevk etmiştir (TKHK m. 83/2, 73/1). Bu sonuç, o hukuki işlemin taraflardan biri açısından ticari iş niteliğini haiz olmasından da bağımsızdır. Zira ticari iş ve ticari dava kavramlarının birbirinden farklı olduğuna daha önce değinilmiştir. Kaldı ki bir taraf dava açtığına farklı mahkemenin diğer taraf davacı olduğundan bir başka mahkemenin görevli olması da zaten mümkün değildir.

Bir uyuşmazlığın tüketici mahkemesinin görev alanına girmesinin, o uyuşmazlığın ticari dava olarak nitelendirilmesine engel olup olmayacağı hususunda ise bir açıklık bulunmamaktadır. Bu sorun, hukukumuzda ticari davalarda arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi ile tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmesi arasında geçen süreçte farklı düşünce ve uygulamalara neden olmuştur⁷⁵. Zira TTK m. 5/A kapsamında dava şartı arabuluculuk, uyuşmazlığın "ticari dava" olmasının bir sonucudur ve görevli mahkemeye göre değil, dava konusuna göre belirlenmiştir. Bununla birlikte tüketici uyuşmazlıklarında da arabuluculuğun dava şartı hâline gelmesiyle birlikte, bu nitelendirme arabuluculuk uygulaması bakımından pratik önemini büyük ölçüde yitirmiştir. Ancak konu yine de, arabuluculuk sürecinde uygulanacak hükümlerin belirlenmesi gibi bazı hususlar bakımından

⁷⁴ Ticari davaların asliye ticaret mahkemesinin görev alanına girmediği hâller, tüketici işlemleri ile sınırlı değildir. Uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak bir ticari davanın Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, Sulh Mahkemesi gibi mahkemelerde görülmesi de ihtimal dâhilindedir.

⁷⁵ Söz konusu dönemde bu hususta değerlendirme için bkz. NARBAY/AKKUŞ, Arabuluculuk, s. 325-328. Ayrıca bkz. ERMENEK, İbrahim/AZAKLI ARSLAN, Betül, "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A), TBB Dergisi, S. 148, 2020, s. 139, dn. 3.

üzerinde durulmaya değer bazı sonuçlar doğurmaktadır. Öte yandan bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesi, HMK m. 220-222 hükümleri çerçevesinde ticari davalarda ticari defterlerin ibrazı ve delil olması gibi sonuçlar da ortaya çıkarmaktadır⁷⁶. Bu nedenle konu hakkındaki farklı görüşlere kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, tüketici işlemlerinden doğan davalar ticari dava olarak nitelendirilemeyecektir⁷⁷. Bu görüş kapsamında, bir uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinin görev alanına girmesi durumunda uyuşmazlık, ticari uyuşmazlık olmaktan çıkıp tüketici uyuşmazlığı kimliğine kavuşmaktadır. Bu nedenle anılan düşünce uyarınca, ticari davalarda arabuluculuğa dair hükümler tüketici mahkemelerinde uygulanamayacaktır⁷⁸.

Bizim de katıldığımız, çoğunluk tarafından kabul gören aksi görüşe göre ise, uyuşmazlığın tüketici mahkemelerinin görevine girmesi, o uyuşmazlığın ticari dava niteliğini etkilemeyecektir⁷⁹. Zira TKHK hükümleri ile ticari iş karinesine istisna getirmiş olup; işlemin, tüketici işlemi nitelendirilmesinin, o işlemde kaynaqlana uyuşmazlığın ticari dava olarak

⁷⁶ Ticari dava olmanın sonuçları hakkında bkz. BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 86-90.

⁷⁷ EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 306; TANRIVER, Süha, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", TBB Dergisi, S. 147, Ankara 2020, s. 118, dn. 2. Burada "dava" kıstasından hareket etmenin doğru olmadığı; TKHK m. 83/2 düzenlemesi karşısında konunun tartışılmasının bile yerinde olmadığı yönünde AKİPEK ÖCAL (ERMENEK/YILDIRIM/KUTLAY), s. 136.

⁷⁸ TANRIVER, s. 118, dn. 2.

⁷⁹ AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 97; BOZKURT, s. 309; DOMANIÇ/ULUSOY, s. 129; EMİNOĞLU (EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2020), s. 219-220; ERMENEK/AZAKLI ARSLAN, s. 139, dn. 3; ERMENEK (AKİPEK ÖCAL/YILDIRIM/KUTLAY), s. 136; KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, HİGM Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2019, s. 125; KOÇYİĞİT (YEŞİLKAYA), s. 205, 207; NARBAY, Modül, s. 15; NARBAY/AKKUŞ, Arabuluculuk, s. 324; PASLI, Ali, "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Editörler: SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 16-17, 24; PASLI, Ticari Dava, s. 86-89; TAŞDELEN, Nihat, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 68. Ticari davaların asliye ticaret mahkemesi dışındaki yargı mercilerinde görülmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 86-87.

kabulüne engel olacak bir düzenleme mevcut değildir⁸⁰. Bu düşünce kapsamında, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar, aynı zamanda ticari dava niteliğinde olsa bile görevli mahkeme yine tüketici mahkemeleri olacaktır⁸¹.

Bu hususta yargı kararları arasında da yeknesaklık sağlanamamıştır. Tüketici işlemlerinde dava şartı arabuluculuğun kabulüne kadar olan süreçte verilen bazı kararlarda, ticari davaların TTK m. 5/A kapsamında bulunması hâlinde tüketici mahkemelerinde görülse de dava şartı arabuluculuğa tâbi olacağı kabul edilmiştir⁸². Bazı yargı kararlarına göre ise, TKHK kapsamında tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevli olduğundan, bu davalar ticari dava olarak nitelendirilemeyecektir⁸³.

Kanaatimizce, uyuşmazlığın tüketici işleminden kaynaklanması nedeniyle tüketici mahkemelerin görevine girecek olması, ticari dava niteliğini etkilememekte; yalnız görevli mahkemenin tüketici mahkemesi olmasına neden olmaktadır. Böylece bir ticari dava, tüketici mahkemesinde de görülebilir. Kaldı ki öğretide haklı olarak belirtildiği üzere⁸⁴, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da "tüketici davası" şeklinde ayrı bir dava türü öngörülmemiş; yalnız TKHK m. 73/1 hükmünde tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklarda

⁸⁰ ERMENEK (AKİPEK ÖCAL/YILDIRIM/KUTLAY), s. 136.

⁸¹ KOÇYİĞİT/BULUR, s. 125.

⁸² Ankara BAM 23. HD, 19.09.2019, E. 2019/1720, K. 2019/1365 (TANRIVER, s. 118, dn. 2); Ankara BAM 3. HD, 03.05.2019, E. 2019/856, K. 2019/834 (Kazancı İçtihat Bankası; NARBAY, Modül, s. 15, dn. 26). Ayrıca bkz. KOÇYİĞİT (YEŞİLKAYA), s. 206, dn. 174'te anılan kararlar.

⁸³ Ticari davalarda arabuluculuğun dava şartı olduğu ve ancak henüz tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuğun kabul edilmediği dönemdeki uyuşmazlığa ilişkin bir Yargıtay kararında "...bir tarafın tüketici olduğu davaların ticari dava sayılmayacağından dava şartı olarak arabuluculuk kapsamına girmeyeceği..." gerekçesiyle verilen karar onanmıştır. Y. 13. HD, 25.06.2020, E. 2020/1167, K. 2020/5321 (Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programı). Kapatılan Yargıtay 19. Hukuk Dairesi de, Bölge Adliye Mahkemeleri arasındaki kararları arasında bu konuda çelişki oluşması neticesinde, bu çelişkinin giderilmesi amacıyla tesis edilen bir içtihadında, bireysel kredi kartı (hamili tüketici olan) dolayısıyla talep edilen alacak nedeniyle açılan davaların ticari dava olarak kabul edilmeyeceği, bu kabul karşısında arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı ve arabulucuya gidilmiş olmasının bir dava şartı olmadığına karar vermiştir. Bkz. Y. 19. HD, 11.06.2020, E. 2020/439, K. 2020/976 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Ayrıca bkz. KOÇYİĞİT (YEŞİLKAYA), s. 206, dn. 175'teki kararlar.

⁸⁴ Bkz. PASLI, Ticari Dava, s. 85-89; KOÇYİĞİT (YEŞİLKAYA), s. 207.

tüketici mahkemesinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda, göreve ilişkin TKHK hükümleri, uyuşmazlığın ticari dava olarak nitelendirilmesine engel değildir.

III. TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ KAVRAMLARININ DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA ETKİSİ

A. Genel Olarak

Ticari davalarda dava şartı olarak arabuluculuk, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 7155 sayılı kanunla⁸⁵ eklenen 5/A maddesinde düzenlenmiştir. Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk ise 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 7251 sayılı kanunla⁸⁶ eklenen 73/A-1 maddesiyle kabul edilmiştir. Her iki türde de dava şartı arabuluculuk bazı ortak özelliklere sahiptir.

Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğa özel bir önem atfedilerek, dava şartı arabuluculuğa dava açılmadan önce başvurulması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Benzer şekilde bir uyuşmazlığın, tüketici işleminden kaynaklanması ve tüketici hakem heyetleri için öngörülen sınırı⁸⁷ aşması hâlinde de, yine dava açılmadan önce dava şartı arabuluculuğa ardından tüketici mahkemelerine başvurulması gerekir. Bu çerçevede her iki yargılamada da arabuluculuğa başvurulmasının tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı anlaşılmaktadır⁸⁸. Arabuluculuk dava şartı

⁸⁵ 06.12.2018 tarihinde kabul edilen 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesiyle eklenmiştir (RG, 19.12.2018, 30630).

⁸⁶ 22.07.2020 tarihinde kabul edilen 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 59. maddesiyle eklenmiştir (RG, 28.07.2020, 31199).

⁸⁷ 01.01.2022 tarihinden itibaren bu sınır 15.430 TL olarak belirlenmiştir (6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ, RG, 16.12.2021, 31691). Ayrıca TKHK m. 68 düzenlemesine 06.12.2017 tarihli ve 7063 sayılı Kanunla eklenen "Tarafların İcra ve İflas Kanunundaki hakları saklı olmak kaydıyla; değeri" şeklindeki ifade nedeniyle, İİK m. 67/1 uyarınca açılan itirazın iptali davası gibi İcra ve İflas Kanunu'na dayalı olarak açılan davalar, anılan miktar dâhilinde olsa bile tüketici mahkemelerinde görülmektedir. Y. 3. HD, 16.04.2019, E. 2017/9990, K. 2019/3427 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁸⁸ "...istinaf dilekçesi ekinde sunulan arabuluculuk son tutanağımdan da davacıların işbu davayı açtıktan sonra 11.12.2019 tarihinde arabulucuya başvurduğunun anlaşıldığı, 6325 sayılı Yasa'nın 18/A-2 maddesine göre davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesinde yasaya aykırı yön bulunmadığı..." yönündeki istinaf mahkemesi kararının

noksanlığı, mahkemece re'sen araştırılacak ve taraflarca da her zaman ileri sürülebilecektir⁸⁹ (HMK m. 115/1).

Bir uyuşmazlığın ticari iş niteliğinde mi yoksa tüketici işlemi niteliğinde mi olduğunun tespiti, o uyuşmazlığın hangi yargı merciinde görüleceği ve uygulanacak arabuluculuk usulü bakımından, yukarıda belirlenen esaslar dâhilinde önem arz etmektedir. Arabuluculuk usulüne uygulanacak hükümler hakkında, ilgisi nedeniyle, aşağıda arabuluculuk süresi bakımından ortaya çıkan sonuçlar incelenirken açıklama yapılacaktır.

B. Uyuşmazlığın Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuğa Yahut Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğa Tâbi Olmasının Önemi

1. Kapsam Bakımından

Ticari davalarda dava şartı arabuluculuk ile tüketici mahkemelelerinde dava şartı arabuluculuk kapsam bakımından birbirinden farklıdır. Öncelikle, daha önce de ifade edildiği üzere, TTK m. 5/A düzenlemesinde dava şartı arabuluculuk, uyuşmazlığın ticari dava niteliğine bağlanan bir

onanması yönelik bkz. Y. 11. HD, 04.02.2021, E. 2020/1970, K. 2021/844. İşMK m. 3/1 düzenlemesinde ise dava açılmadan önce denmemiş; yalnız arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun oyçokluğuyla vermiş olduğu bir kararında da, iş mahkemelerinde dava şartı arabuluculuğun tamamlanabilir dava şartı olduğuna karar verilmiştir. Y. HGK, 15.09.2020, E. 2017/2695, K. 2020/587 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Ancak diğer dava şartlarına bakıldığında, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinde, zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce sigorta kuruluşuna başvuru şartı arandığı, ancak bu şartın yargı kararlarında tamamlanabilir bir dava şartı (HMK m. 115/2) olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bkz. Y. 4. HD, 27.05.2021, E. 2021/2676, K. 2021/1901. Öte yandan davada oldukça önemli olan, genel dava şartlarından hukuki yarar, tamamlanabilir dava şartı olarak kabul edilmektedir. Y. 3. HD, 06.11.2018, E. 2016/12416, K. 2018/11055 (Kararlar için bkz. <http://karamercanhukuk.com/>). Bu kapsamda ticari davalarda arabuluculuğun tamamlanabilir dava şartı olarak düzenlenmemiş olması kanımızca eleştiriye açıktır. Böyle bir sonuç, usul ekonomisine aykırı olacağı gibi yargıya erişim hakkını da engelleyici niteliktedir.

⁸⁹ Bu noktada HMK m. 115/3 düzenlemesi gözden uzak tutulmamalıdır. Anılan hüküm uyarınca, "*Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlılık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez*". Böylece dava şartı arabuluculuğa davadan sonra başvurulmuş olmasına rağmen bu durum mahkemece fark edilmemiş ya da taraflarca ileri sürülmemişse, dava açıldıktan sonra arabuluculuğa başvurulmuş olması hâlinde dava şartı noksanlığından, usulden ret kararı verilemeyecektir.

sonuç olarak düzenlenmişken; TKHK m. 73/A hükmünde dava şartı arabuluculuk uygulaması tüketici mahkemelerinin görevli olmasına bağlanmıştır. Bu bakımdan ticari davalarda dava şartı arabuluculuğun, kapsamının belirlenmesine dair esaslar dikkate alındığında tüketici mahkemelerinde dava şartı arabuluculuğa göre daha dar kapsamlı olduğu ilk bakışta söylenebilir.

İstisnaları bakımından ele alındığında da TKHK m. 73/A düzenlemesinde dava şartı arabuluculuğun kapsamının, TTK m. 5/A göre daha geniş kapsamlı olarak belirlendiğini söylemek mümkündür. TTK m. 5/A hükmü kapsamında her tür ticari davada değil, *“konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında”* dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Ticari davalarda arabuluculuğun aksine TKHK m. 73/A düzenlemesinde genel bir sınırlamaya gidilmemiş; *“Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda”* dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu belirtildikten sonra, bu kuralın istisnaları sayma yoluyla belirlenmiştir. Tüketici mahkemelerinin görev alanına girmesine rağmen, dava şartı arabuluculuk kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar TKHK m. 73/A-1 hükmünde beş bent hâlinde, sınırlı olarak gösterilmiştir. Tüketici mahkemelerinde görülen ve dava şartı arabuluculuğun uygulanmayacağı uyuşmazlıklar; *“a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar, b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar, c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar, ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar”* dır.

Anılan kapsamda, bir ticari davanın tüketici işleminden kaynaklanması durumunda, dava şartı arabuluculuk kapsamında sayılması ihtimali de oldukça artmaktadır. Bu nedenle yalnız ticari dava olarak nitelendirilmesi durumunda dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayacak bir uyuşmazlık, tüketici işleminden kaynaklanması durumunda dava şartı arabuluculuk kapsamında sayılabilir. Örneğin, ticari nitelikteki bir tespit davası, asliye ticaret mahkemesinin görevine girdiğinde arabulucuya başvuru TTK m. 5/A gereğince dava şartı kapsamında değilken, tüketici mahkemesinin görev alanına girmesi durumunda TKHK m. 73/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tâbi olabilir.

Burada çözümlenmesi gereken asıl sorun ise, aksi ihtimal; yani tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk kapsamında olmayıp, ticari davalarda dava şartı arabuluculuk kapsamında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların akıbetidir. Zira kabul ettiğimiz görüş kapsamında, bir

davanın tüketici mahkemesinde görülmesi ticari dava olma niteliğini etkilememektedir. O hâlde bir ticari dava, tüketici mahkemelerinde görülmesine karşılık TKHK m. 73/A düzenlemesinin 1. fıkrasının (c) ve (d) bentlerinde yer alan istisnalara dâhilse yeniden TTK m. 5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmadığının tespiti gerekmektedir⁹⁰. Böyle bir hâlde, bir ticari dava TKHK m. 73/A-1 hükmünde belirtilen istisnalardan olduğunda TTK m. 5/A'ya göre dava şartı kapsamında sayılması mümkün olabilir mi? Kanımızca bu sorunun menfi yanıtlanması gerekir. TKHK m. 83/2 düzenlemesi bu bakımdan TTK düzenlemesinin uygulanmasına engeldir. TKHK m. 73/A hükmünde açıkça istisna tutulmuş bir uyuşmazlığın TTK m. 5/A kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır⁹¹.

Ticari uyuşmazlıklarda ve tüketici uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kapsamı bakımından son olarak, tüketici hakem heyetine ve Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru ihtimallerine de değinmek gerekir. Tüketici hakem heyetine yapılacak başvurular, açık kanuni düzenleme gereğince (TKHK m. 73/A-1, a), dava şartı arabuluculuk uygulamasından istisnadır. Ancak bu uyuşmazlıklarda arabuluculuğa ihtiyari olarak başvurulabilir. Tüketici hakem heyeti kararlarına itirazlarda da dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanmaması gerekir⁹².

Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru hâlinde dava şartı arabuluculuğa başvurunun gerekli olup olmadığı hususunda ise bir açıklık bulunmamaktadır. Bilindiği üzere, kimi zaman asliye ticaret mahkemelerinin kimi zaman da tüketici hakem heyetleri ile tüketici mahkemelerinin görev alanına giren sigorta uyuşmazlıklarında, koşulları varsa 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 30 uyarınca Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurulabilir. HUAK'ın 18/A maddesinin 18. fıkrasında, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru hususunda "*Özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu*

⁹⁰ Kapsam bakımından, TKHK m. 73/A düzenlemesinde istisna tutulan bir uyuşmazlığın da TTK m. 5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tâbi olması mümkün olabilir. Söz konusu istisnaların niteliği gereği, ancak (c) ve (d) bentlerinde düzenlenen hâllerin TTK m. 5/A kapsamında olması ihtimali düşünülebilirse de esasen bu oldukça uzak bir ihtimaldir.

⁹¹ TKHK m. 73/A düzenlemesinin Komisyonda olduğu süreçte, bu hususta aksi yöndeki görüş için bkz. NARBAY/AKKUŞ, Arabuluculuk, s. 327-328.

⁹² Bu yönde Y. 11. HD, 21.01.2022, E. 2021/5340, K. 2022/488 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz" düzenlemesi yer almıştır. Ancak sigorta tahkim komisyonuna başvuru zorunlu olmadığı gibi, bu başvuru taraflar arasındaki bir tahkim anlaşmasına da dayanmamaktadır. Bu nedenle sigorta tahkim komisyonuna başvuru, HUAK m. 18/A-18 kapsamında değerlendirilmeye elverişli değildir. Zira bu yöntem, kendine özgü bir tahkim yöntemidir. Bununla birlikte bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan sigorta tahkimine başvurmak için bir başka alternatif uyuşmazlık çözüm yönetimi olan arabuluculuk yoluna başvurmak zorunlu olmamalıdır. Aksi sonuca varmayı gerektiren bir kanuni düzenleme de mevcut değildir. Bu nedenle Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru öncesinde dava şartı arabuluculuğa başvurulmasının gerekli olmadığı sonucuna varmak gerekir⁹³. Varılan sonuç, hem arabuluculuk yönteminin hem de sigorta tahkim kurumunun amacına hem de usul ekonomisine uygundur. Zira dava şartı arabuluculuk da sigorta tahkimine ilişkin düzenlemeler de devlet yargısının iş yükünün hafifletilmesi, uyuşmazlıkların hızlı şekilde çözümlenebilmesi düşüncesine dayanmaktadır.

2. Arabuluculuk Süresi Bakımından

TTK m. 5/A düzenlemesinde, ticari davalarda dava şartı arabuluculuk sürecinde arabuluculuk süresine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre "*Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir*" (TTK m. 5/A-2). TKHK m. 73/A düzenlemesinde ise arabuluculuk süresine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hâlde HUAK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. HUAK m. 18/A hükmünün 9. fıkrasında ise dava şartı arabuluculuğa ilişkin olarak daha kısa bir süre öngörülmüştür. Söz konusu düzenleme uyarınca, "*Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla bir hafta uzatılabilir*" (HUAK m. 18/A-9).

Arabuluculuk süresi, bu sürenin zamanaşımına ve hak düşürücü sürelerle etkisi (HUAK m. 18/A-15) bakımından önem arz etmektedir. Esasen bu süre geçirildikten sonra da arabuluculuk sürecine ihtiyari olarak devam edilebilir. Ancak dava şartı arabuluculuk için öngörülen kanuni

⁹³ Bkz. EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, s. 394-397; KÜÇÜK, Alper Tunga, "The Issue of Whether It is Mandatory to Apply to Mediation Before Reaching The Insurance Arbitration Commission", SÜHFD, C. 30, S. 1 Mart 2022, s. 301-323.

sürenin dolmasına rağmen arabuluculuk süreci devam etmekte ise sürelerin işlemeye devam edeceğinin kabulü gerekir⁹⁴.

Burada, her iki arabuluculuk usulünde de, ilgili özel düzenlemelerde hüküm bulunmayan hâllerde uygulanacak hükümler üzerinde durmak gerekir. Gerek TTK m. 5/A gerekse TKHK m. 73/A düzenlemesinde HUAK hükümlerine atıf yapılmamıştır. Ancak açık bir atıf bulunmasa da burada hüküm bulunmayan hâllerde, dava şartı arabuluculuğa ilişkin HUAK hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira HUAK m. 18/A hükmü, dava şartı arabuluculuk açısından ilgili özel düzenlemelere nazaran (TTK m. 5/A, TKHK m. 73/A) genel ve ortak niteliktedir⁹⁵. Burada da hüküm bulunmaması hâlinde ise HUAK m. 18/A-20 uyarınca HUAK'ın diğer hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bu noktada, ticari dava niteliğini haiz olan ve TTK m. 5/A uyarınca dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlık, tüketici mahkemelerinde görülmekte ise, TKHK m. 73/A'da hüküm bulunmaması durumunda TTK m. 5/A hükmünün uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Bu sorunun cevabı, aşağıda ayrıca ele alınacak olan arabuluculuk süresi bakımından önem teşkil etmektedir. Öyle ki, ticari davalarda dava şartı arabuluculuk sürecinde özel bir arabuluculuk süresi (TTK m. 5/A-2 uyarınca 6+2 hafta) belirlenmiştir. Kanımızca, tüketici mahkemesinde görülen bir uyuşmazlık, esasen ticari dava niteliğinde olsa bile tüketici mahkemelerinde görülmesinin sonucu olarak ve özel bir hüküm gereği dava şartı arabuluculuğa tâbi olduğundan, Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen dava şartı arabuluculuk sürecine dair arabuluculuk süresinin tüketici mahkemesinde uygulanması pek mümkün gözükmemektedir. Aksi düşünce, uygulamada da kargaşaya neden olabilecektir.

3. Dava Şartının Yerine Getirilmiş Sayılması Bakımından

Tıpkı asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasında olduğu gibi, tüketici mahkemeleri ile de asliye ticaret mahkemeleri arasında da bir görev ilişkisi bulunmaktadır. Burada söz konusu mahke-

⁹⁴ İhtiyari arabuluculuk bakımından ise özel bir arabuluculuk süresi belirlenmemiş olmakla birlikte, arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçen sürenin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir (HUAK m. 16/2).

⁹⁵ TKHK m. 73/A-2 kapsamında, HUAK m. 18/A-11 düzenlemesi tüketici aleyhine uygulanmayacaktır.

melerden birinde görevsizlik kararı verilmesi durumunda, diğer mahkemeye başvuru öncesi arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartının sağlanması bakımından yeterli olup olmadığını tespiti gerekir.

Bilindiği üzere, dava şartı arabuluculuk uygulamasında arabulucular, ancak uzmanlık alanlarına dâhil olan uyuşmazlıklarda faaliyet gösterebilmektedir. Ancak bu durum arabulucular arasındaki görev dağılımına ilişkin bir meseledir. Zira ihtiyari arabuluculuk sürecine başvuruda arabulucunun özel bir uzmanlığının bulunup bulunmaması hususunda bir sınırlama söz konusu değildir.

Bu kapsamda tüketici ya da asliye ticaret mahkemelerinden birinde, diğerinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi hâlinde bunlardan biri için sağlanan arabuluculuk dava şartının diğeri için de sağlanmış sayılması gerekir. Burada önemli olan, arabulucunun o alanda uzmanlığının bulunup bulunmaması değil, arabuluculuk aşamasının tamamlanmış olup olmamasıdır. Ancak ticari davalarda arabuluculuk için öngörülen nispeten daha uzun nitelikteki sürenin (6+2 hafta), sürelerin durmasına etkisi, az önce açıklandığı üzere yalnız HUAK'ta öngörülen süre için dikkate alınabilir. Bununla birlikte öncelikle ticari davalarda arabuluculuk usulüne başvurulmuş olması nedeniyle hak kaybının oluşmaması bakımından, arabuluculukta fazladan geçen süre nedeniyle zamaşımı ya da hak düşürücü sürenin dolması durumunda, bu durumun düzeltilebilir bir yanlışlık olarak değerlendirilmesi ve TBK m. 158 hükmünün göz önünde bulundurulması gerekir.

Öte yandan, bir uyuşmazlık tüketici işlemi olarak TKHK m. 73/A uyarınca dava şartı arabuluculuk kapsamında iken, yalnız ticari iş olarak nitelendirildiğinde TTK m. 5/A kapsamında dava şartı kapsamında olmayabilir. Biraz daha düşük olasılıkla da olsa aksi ihtimal de mümkündür. Böyle bir durumda henüz arabuluculuk aşamasındayken arabulucunun uyuşmazlığın türünü nitelendirmesi ve uyuşmazlığın dava şartı kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirmesi beklenecek midir? Kanaatimizce göreve ilişkin kuralların her zaman son derece belirli olmaması ve mahkemelerin dahi görev sorununu kimi zaman yıllar içerisinde çözebildiği göz önüne alındığında arabulucunun böyle bir görevi olmasa gerektir⁹⁶. Ancak Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı 26.02.2021

⁹⁶ Konu hakkında ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için bkz. ERMENEK, İbrahim, "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltmesi", YD, C. 46, 2020/4, s. 1017-1062.

tarihli yazısında, arabulucunun kıdemli bir hukukçu olmasından bahisle, aldığı eğitimler doğrultusunda uyuşmazlık türünün hangi alana girdiğini (ticaret, iş ve tüketici hukuku) tespit etmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir⁹⁷. Görüş yazısında, arabulucunun, arabuluculuk başvurusuna konu uyuşmazlığın dava şartı kapsamında olup olmadığı hakkında hukuki değerlendirme yapma görev ve yetkisinden söz edilmiştir. Neyse ki, yazıda son olarak, arabulucuların, dava şartı kapsamına girmediği çok net olan ve ilk bakışta anlaşılabilir uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, uyuşmazlık dava şartı kapsamında olmasa bile sürece devam etmeleri durumunda arabuluculuk ücretine hak kazanacakları belirtilerek bu konuda doğabilecek karmaşalar bir nebze olsun önlenmiştir. Böyle bir hâlde de hangi uyuşmazlıkların “dava şartı kapsamına girmediği çok net olan ve ilk bakışta anlaşılabilir uyuşmazlıklar” olarak değerlendirileceği hususunda tereddüt duymak kaçınılmaz olacaktır. Ancak netice olarak, dava şartı arabuluculuğa başvuru koşulunun yerine getirilmesi bakımından arabulucunun uzmanlık alanının sonuca etkili olmadığı, yanlış uzmanlık alanında yapılan başvurunun arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş olduğu sonucunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmelidir.

SONUÇ

Hukukumuzda ticari iş ve ticari dava kavramları oldukça karışık şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, bu kavramların sınırlarının net olarak belirlenememesi uygulamada tereddütlere neden olabilmektedir. Hâl böyle iken, bir de tüketici işlemi kavramının geniş kapsamı ve dava şartı arabuluculuk uygulamaları karşısında, ticari dava ve dava şartı arabuluculuk bakımından tereddüt duyulan hususlar daha da artmıştır.

Tüketici işlemlerinin oldukça geniş kapsamlı olması ve tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıkların da tüketici mahkemelerinde görülecek olması karşısında tüketici mahkemelerinin görev alanı da bir “genel yetkili” mahkemeymişçesine geniş kapsamlıdır. Böylece nötr bir alanı ifade eden adi işlerin alanı ticari işlerle sınırlanmışken; ticari işlerin alanı da tüketici işlemleri ile önemli ölçüde daralmıştır.

Söz konusu hususlar bakımından bu makalede yapılan tespitler ve varılan sonuçlar şu şekildedir:

⁹⁷ “Bir Uyuşmazlığın Dava Şartı Kapsamında Olup Olmadığı ve Uyuşmazlık Türünün Belirlenmesine İlişkin Görüş” için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/gorusler26022021030829>.

- Bir uyuşmazlıkta tüketici işleminin özellikleri ile ticari işin unsurları aynı anda bulunabilir. Böyle bir hâlde TKHK m. 83/2 düzenlemesinin açık ve emredici hükmü gereği işlem tüketici işlemi olarak nitelendirilecektir. Bununla birlikte bazı hâllerde tüketici işlemi niteliğindeki bu işlemin, karşı taraf bakımından ticari iş sayılması mümkündür. Söz konusu ihtimalde, TKHK hükümlerinden sonra gelmek ve tüketici lehine yorum ilkesi göz önünde bulundurulmak suretiyle ticari hükümlerin uygulanması söz konusu olabilir.

TKHK m. 73/1 düzenlemesinde bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümlerin uygulanacağına yer verilmiştir. Genel hükümlerin uygulanmasında da, tüketici lehine yorum ilkesi göz önünde bulundurulurken, kendi içinde özelden genele doğru bir sıra izlenmeli ve varsa işlemin karşı taraf açısından ticari iş niteliği dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun da TKHK karşısında genel hüküm niteliğinde olduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir.

- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri kapsamında ticari iş ve ticari dava kavramları, birbirlerine yakın ve kimi zaman ilişkili olsalar da birbirinden farklı kavramlardır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ticari davalar, "ticari işletme" esasına göre belirlenmiştir. Ticari dava niteliğinde ticari işler, ancak kısmi bir fonksiyona sahiptir. Her ticari iş ticari davaya neden olmayacağı gibi her ticari dava da ticari işten kaynaklanmayabilir. Bununla birlikte ticari davaların tamamı da asliye ticaret mahkemelerinde görülmemektedir. Öğretide aksi yönde görüşler de bulunmakla birlikte, bir davanın ticari dava olarak nitelendirilmesi, çoğu kez görev kuralları bakımından belirleyici olsa da bundan bağımsızdır. Dolayısıyla ticari davaların tüketici mahkemeleri gibi farklı ihtisas mahkemelerinde görülmesi, bu niteliğini ortadan kaldırmayacaktır.

- TTK m. 5/A hükmünde, dava şartı arabuluculuğun kapsamı ticari dava esasına göre belirlenmiş ve kapsamı, tüketici mahkemelerinde görülme kistasına bağlanan TKHK m. 73/A hükmüne göre daha sınırlı şekilde düzenlenmiştir. İlgili hükümlerde sayılan istisnalar bakımından da ticari davalarda arabuluculuk dava şartının daha dar kapsamlı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte tüketici mahkemesinin görevine giren bir ticari davanın, TKHK m. 73/A kapsamında dava şartı arabuluculuk bakımından istisnalar arasında sayılmışken, TTK m. 5/A uygulanmak suretiyle yine dava şartı arabuluculuğa tâbi sayılması kanımızca mümkün değildir.

Her iki usulde de, ilgili özel düzenlemelerde hüküm bulunmayan hâllerde, arabuluculuk usulü bakımından genel ve ortak nitelikteki HUAK m. 18/A hükmü; orada da hüküm bulunmaması hâlinde HUAK m. 18/A-20 uyarınca HUAK'ın diğer hükümleri uygulanmalıdır. Ancak tüketici mahkemesinin görevine giren bir ticari davada, TKHK m. 73/A'de düzenlenmemiş bir hususta (özellikle arabuluculuk süresi bakımından) TTK m. 5/A hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelebilirse de, böyle bir durumda tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlık bakımından artık TTK m. 5/A hükmüne başvurulamayacağı'nın kabulü gerekir.

- Arabuluculukta geçirilen süre, bu sürede zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlememesi bakımından önem teşkil etmektedir. HUAK m. 18/A-9 hükmü uyarınca, dava şartı arabuluculukta genel nitelikteki arabuluculuk süresi, üç haftadır. Anılan süre zorunlu hâllerde bir hafta uzatılabilmektedir. TTK m. 5/A-2 düzenlemesinde ise, dava şartı arabuluculuğa ilişkin diğer düzenlemelerden farklı bir arabuluculuk süresi belirlenmiştir. Buna göre ticari davalarda arabuluculuk süresi altı hafta olup, bu sürenin zorunlu hâllerde iki hafta uzatılabileceği öngörülmüştür. Arabuluculuk süresi, bu sürede zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlememesi bakımından önem teşkil etmektedir. Hâl böyle olunca, özellikle farklı arabuluculuk usulüne başvuru hâlinde, arabuluculukta geçirilen sürenin etkisi bakımından tereddütlerle karşılaşılması mümkündür. Bu tür bir durumda hak kaybı yaşanmaması adına, TBK m. 158 kapsamında düzeltilebilir bir yanlışlığın varlığı kabul edilmelidir.

Benzer durum, görevsiz mahkemeye başvuru öncesi işletilen arabuluculuk sürecinin, görevli mahkeme tarafından dava şartının yerine getirilmiş sayılmasına etkisi bakımından da söz konusudur. Arabulucular bakımından farklı uzmanlık alanları belirlenmişse de bu durum arabulucular arasındaki görev dağılımına ilişkin bir mesele olduğundan, görevsizlik hâlinde, diğer mahkemeye başvuru öncesinde yürütülen arabuluculuk süreci ile dava şartının sağlandığının kabulü gerekecektir.

KAYNAKLAR

- AKİPEK ÖCAL, Şebnem**, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması”, Tüketicinin Korunması Hakkında Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 11-19 (Sempozyum).
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem**, Akipek Şerhi, Milli Şerh (National Commentary), 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editörler: TOKBAŞ, Hakan/TÜZÜNER, Özlem Aristo Yayınları, İstanbul 2016, s. 40-60 (Şerh).
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem/YILDIRIM, Abdulkerim/ERMENEK, İbrahim/KUTLAY, Selda**, Tüketici Hukukunda Uzman Arabuluculuk, Editörler: AKİPEK ÖCAL, Şebnem/YILDIRIM, Abdulkerim, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı/Optimist Yayın, Ankara 2020.
- AKKUŞ, Muhammed**, Ticari İş Kavramı ve Ticari İşlerde Faiz, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- AKSOY, Sami**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Taşıma Hukukuna Müdahalesi”, BATİDER, C. 31, S. 2, Haziran 2015, s. 305-336.
- ARKAN, Sabih**, “Tüketici Kredileri”, BATİDER, C. 18, S. 1-2, Haziran – Temmuz 1995, s. 35-42 (Tüketici Kredileri).
- ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, BTHAE Yayınları, Ankara 2018 (Ticari İşletme).
- ARSLANLI, Halil**, Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), Sulhi Garan Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1960.
- ATAMER, Kerim**, “Tacirler Arası Sözleşmelere Genel İşlem Koşullarıyla İlgili Hükümler (TBK m. 20-25) Uygulanır mı?”, XXX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (23.12.2016), Ankara 2017, s. 11-37.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan**, Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- AYHAN, Rıza**, “Son Değişikliklerle Ticarî Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2015, s. 11-62 (Ticari Dava).
- AYHAN, Rıza**, “Ticari İş - Ticari İşletme - Tacir - Ticaret Sicili - Ticaret Unvanı - Haksız Rekabet”, EÜHFD, C. 16, S. 3-4, 2012, s. 31-53 (Ticari İşletme).

- AYHAN, Rıza**, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", GÜHFD, C. 17, S. 2, 2013, s. 291-314 (Ticari İş).
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet**, Ticari İşletme Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- BAHTİYAR, Mehmet**, "6502 Sayılı TKHK'nın Ticari İşe ve Ticari Davaya Etkisi (II)", Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 49-55 (Ticari İş).
- BAHTİYAR, Mehmet**, Ticari İşletme Hukuku, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020 (Ticari İşletme).
- BAHTİYAR, Mehmet/ BİÇER, Levent**, "Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, 2016, Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 395-436.
- BATTAL, Ahmet**, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE Yayınları, Ankara 1998, s. 313-332.
- BİÇER, Levent**, "6502 Sayılı TKHK'nın Ticari İşe ve Ticari Davaya Etkisi (I)", Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 43-47.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal**, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, BTHAE Yayınları, Ankara 2017.
- BOZKURT, Tamer**, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker**, Ticari Dava, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- ÇABRİ, Sezer**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- ÇELİK, Aytekin**, "Ticari İşlerde Faiz Konusundaki Hükümlerin Tüketici İşlemlerinde Uygulanması", BÜHFD, C. 7, S. 2, 2021, s. 259-290 (Ticari İşlerde Faiz).
- ÇELİK, Aytekin**, Ticaret Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021 (Ticaret Hukuku).
- ÇITIR, Eren**, "Ticari İş - Tüketici İşlemi İlişkisi", GÜHFD, C. 20, S. 3, 2016, s. 37-52.
- DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup**, "Ticari Davalar", MÜHF-HAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 99-109.
- DOMANIÇ, Hayri/ULUSOY, Erol**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul 2007.

- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural**, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin**, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- ERMENEK, İbrahim**, "Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi", YD, C. 46, S. 4, 2020, s. 1017-1062.
- ERMENEK, İbrahim/AZAKLI ARSLAN, Betül**, "İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A), TBB Dergisi, S. 148, 2020, s. 135-196.
- GÖKTÜRK, Kürşat**, "Ticari İş Kavramı, Sınırlanması ve Faiz Meselesi", GÜHFD, C. 19, S. 2, 2015, s. 3-44.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I (Madde 1-46), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- GÜRDOĞAN, Burhan**, "Ticarî Usul Hukuku", AÜHFD, C. 13, S. 1, 1956, s. 172-193.
- HIRSCH, Ernst E.**, "Ticari Muamele Mefhumu (Temyiz Mahkemesi İçtihatları Dolayısıyla)", İÜHF, C. 6, 1940, s. 775-797.
- HOFER, Philipp**, Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in Spanien und Österreich, Dissertation, Wien 2010.
- İNAL, Tamer**, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- KAYA, Arslan**, "Adi ve Ticari İşlerde Faiz", İÜHF, C. 54, S. 1-4, s. 347-366.
- KIRCA, İsmail**, "Nispî Ticarî Davaya Dair", BATİDER, C. 33, S. 1, Mart 2017, s. 55-61 (Ticari Dava).
- KIRCA, İsmail**, "Ticarî İş ve Ticarî Hükme Dair", BATİDER, C. 34, S. 3, Eylül 2018, s. 5-17 (Ticari İş).
- KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, HİGM Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Ankara 2019.
- KOÇYİĞİT, İlker/YEŞİLKAYA, İzzet**, Ticarî Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- KÜÇÜK, Alper Tunga**, "The Issue of Whether It is Mandatory to Apply to Mediation Before Reaching The Insurance Arbitration Commission", SÜHFD, C. 30, S. 1 Mart 2022, s. 301-323.

- NARBAY, Şafak/AKKUŞ, Muhammed**, "Ticari İş Niteliğinin Belirlenmesi ve Ticari İş - Tüketici İşlemi Ayrımı", Prof. Dr. Sabih ARKAN'a Armağan, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 823-881 (Ticari İş).
- NARBAY, Şafak/AKKUŞ, Muhammed**, "Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler", TAAD, S. 44, Ekim 2020, s. 301-333 (Arabuluculuk).
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin**, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)", AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 55-90.
- ÖZEL, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- PASLI, Ali**, "Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Editörler: SÜRAL EFEÇİNAR, Ceyda/YARDIM, Mehmet Ertan, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 13-25 (Arabuluculuk).
- PASLI, Ali**, "Yargıtay Kararları Bağlamında Ticari Dava", Yürürlüğünün 8. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu - IV - (Tebliğler - Tartışmalar), 23 Ekim 2020, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 17-103 (Ticari Dava).
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- SEMİZ, Ahmet**, Türk Ticaret Kanununa Göre Ticari İş - Ticari Dava, Hamle Matbaası, İstanbul 1959.
- ŞENER, Oruç Hami**, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020 (Ticari İşletme).
- ŞENER, Oruç Hami**, Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2021 (Ticari Uyuşmazlıklar).
- TANRIVER, Süha**, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", TBB Dergisi, S. 147, Ankara 2020, s. 111-142.
- TAŞDELEN, Nihat**, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- TAŞKIN, Mustafa**, "Tüzel Kişilerin ve Şirketlerin Tüketicilik Vasfı", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 54, 1997/1, s. 30-37.

- TEKİL, Fahiman**, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul 1997.
- TUTUMLU, Mehmet Akif**, Tüketici Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün**, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- ÜNAL, Ahmet Cemil**, "Ticari İş – Tüketici İşlemi Ayrımı Kapsamında Tüzel Kişi Tacirlerin Durumu", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, Ocak 2020, s. 37-52.
- YAĞCI, Kürşad**, "Anapara Faizi ve Temerrüt Faizine Üst Sınır Getiren TBK. m. 88 ve TBK. m. 120 Hükümlerinin Ticari Faizler (TTK m. 8 ve TTK m. 9) Bakımından Uygulanabilirliği", İÜHFM, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 421-438.
- YÜCESOY YILMAZ, Yasemin**, "Ticari İşlerde Faiz ve Yargıtay Uygulaması", TBB Dergisi, S. 140, 2019, s. 303- 330.
- ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.
- ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- ZORLUER, Onur**, Ticari İş Kavramı ve Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.



AİLE HAYATINA SAYGI VE AİLE HAYATININ KORUNMASI HAKKI BAĞLAMINDA ELE ALINAN BİRKAÇ KURUM ÜZERİNE İNCELEME

Arş. Gör. Özlem USTA*

Öz

Aile hayatına saygı ve aile hayatının korunması hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20 ve 41. maddelerinde koruma altına alınmış temel bireysel haklardır. Ancak düzenlemeler detaylı olarak incelendiğinde, birey ve aileye sağlanan korumaların kapsam ve sınırlarında belirsizlikler bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla kapsam ve sınırları belirlemede AİHM ve Anayasa Mahkemesi gibi yüksek mahkemeler bize yol göstermekte, hatta bazı durumlarda hakkın kapsamını genişletebilmektedir. Bu kapsamda yapılan çalışmada, aile hayatına saygı hakkı ve ailenin korunması hakkı bağlamında değerlendirilen hususlar, Çocuğun Soyadı, Evlenme Hakkı, Fiili Birliktelikler, Eş Durumu Tayini ve Pembe Oda başlıklarında incelenmiştir. Ayrıca çalışmada, bu hakların koruma altına alınmasına yönelik yargı kararlarında zaman içinde yapılan değişiklikler ve içtihatlarla değinilen ilkeler de incelenmiştir.

Çalışmanın sonunda, özellikle yüksek mahkeme kararlarında aile hayatının korunması ve aile hayatına saygı hakkına büyük önem verildiği, aile hayatında saygı gösterilmesine ilişkin görüş ve uygulamaların zamanla edinilen tecrübeler

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) Anabilim Dalı | Research Assistant, Ankara University, Faculty of Law, Department of Public Law, Ankara, Turkey.

✉ ustao@ankara.edu.tr • ORCID 0000-0002-6035-8456

✎ **Atıf Şekli | Cite As:** USTA Özlem, "Aile Hayatına Saygı ve Aile Hayatının Korunması Hakkı Bağlamında Ele Alınan Birkaç Kurum Üzerine İnceleme", *SÜHFD.*, C. 30, S.3, 2022, s. 1561-1589.

✎ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



ve değişen yaşam koşulları doğrultusunda yeniden düzenlendiği ve bu yöndeki kanuni yaklaşımın güncel olarak takip edildiği değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Aile • Aile Hayatı • Aile Hayatının Korunması • Aile Hayatına Saygı • Anayasa

A REVIEW ON FEW INSTITUTIONS TAKEN IN CONTEXT OF THE RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE AND PROTECTION OF FAMILY LIFE

Abstract

The right to respect for family life and the protection of family life are among the basic individual rights protected in Articles 20 and 41 of the Constitution of the Republic of Turkey. However, when the regulations are examined in detail, it is seen that there are uncertainties in the scope and limits of the protections provided to the individual and family. Therefore, high courts such as the ECHR and the Constitutional Court guide us in determining the scope and limits, and in some cases even expand the scope of the right. In this study, the issues evaluated in the context of the right to respect for family life and the right to protect the family were examined under the headings of the Child's Surname, Right to Marry, Actual Partnerships, Determination of Spouse Status and Pink Room. In addition, in the study, the changes made over time in judicial decisions regarding the protection of these rights and the principles mentioned by case law are also examined.

At the end of the study, it is evaluated that especially in the decisions of the supreme court, great importance is attached to the protection of family life and the right to respect family life, and the views and practices regarding respect for family life have been reorganized in line with the experiences gained over time and the changing living conditions, and the legal approach in this direction is followed up to date.

Key Words

Family • Family Life • Protection of Family Life • Respect for Family Life • Constitution

GİRİŞ

Aile hayatına saygı hakkı, T.C. Anayasası madde 20'de, "Özel Hayatın Gizliliği" başlığı altında düzenlenmiş bir haktır. Buna göre, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına

sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz". Benzer bir düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı 8. maddesinde de yer almaktadır. AİHS m.8'e göre; "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir." Her iki maddede yer alan tanımdan da görüldüğü üzere aile hayatına saygı hakkı, özel hayata saygı hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. Bunun sebebi aile hayatı ile özel hayatın iç içe olmasıdır. Bu yaklaşıma göre, özel hayat temelde aile hayatını da kapsamaktadır. Dolayısıyla, aile hayatının da temeli özel hayata dayanmaktadır. Ancak, aile hayatı özel hayat kavramı içerisinde ele alınan bir kavram olsa da, özel hayattan farklı bir kapsama sahiptir.¹

Aile hayatı ile ilgili Anayasadaki bir diğer düzenleme ise 41. maddede yer almaktadır. Anayasanın, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde, "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlığı altında düzenlenen 41. maddesi, ailenin toplumun yapı taşı olduğunu kabul etmekte ve devlete, aile hayatında huzurun sağlanması, özellikle anne ve çocukların korunmasının temini için gereken tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Aile birliğinin ve hayatının Anayasa ile koruma altına alınmasının amacı, evlilik birliğinin sağlıklı biçimde sürdürülmesinde sadece eşlerin değil, toplumun da yararının olmasıdır. Zira toplum adı verilen oluşum, aile birliklerinden oluşmaktadır. Bu bağlamda, evlilik birliğinin belirli bir düzen içinde devamı ile toplumsal huzur ve esenlik sağlanmış olacaktır.²

Hem ulusal hem de uluslararası hukukta "aile hayatı" özel koruma alanı olarak belirlenmiş ve güvence altına alınmış ise de aile kavramının neyi ifade ettiği ve kimlerin aileden sayılacağı belirlenmemiş ve genel bir aile tanımı yapılmamıştır. Aile kavramı, Türk hukukunda, aralarında resmi bir evlilik bağı bulunan kişilerin birlikteliğini ve bu birliktelikten meydana gelen çocukları kapsamaktadır. Basit şekilde ifade edilmesi gerekirse, Türk hukuk sisteminde, anne, baba ve çocuktan oluşan birim aile

¹ KABA, Ladji, AİHM Kararlarında Aile Hayatına Saygı Hakkının Uygulanmasında Devletin Yükümlülükleri. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018, s. 23.

² KÖNEZOĞLU, Bilge, Aile ve Ailenin Korunması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara, 2006, s. 39.

hayatı kapsamında değerlendirilerek korumaya alınmıştır. AİHM ise, aile kavramının kapsamını çekirdek aile ile sınırlı görmemekte ve aile kavramını geniş bir çerçevede ele alarak bu yönde kararlar vermektedir. AİHM, somut olayın şartlarına göre, aile içerisinde etkin konumda olan yakın akrabalar ile ilişkileri de aile hayatı kapsamında değerlendirmektedir.

Bu kapsamda yapılan çalışmada, aile hayatına saygı hakkı ve ailenin korunması hakkı bağlamında değerlendirilen koruma alanları 5 başlık halinde incelenmiştir. Bu başlıklar sırasıyla, Çocuğun Soyadı, Evlenme Hakkı, Fiili Birliktelikler, Eş Durumu Tayini ve Pembe Oda'dır. Hakkın kapsamına giren bahse konu hususlar, Anayasa'nın 20 ve 41. maddelerle bağlantı yargı kararları doğrultusunda incelenmiş ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

I. AİLE HAYATINA SAYGI VE AİLENİN KORUNMASINA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEME VE GELİŞMELER

Anayasa'nın 41. maddesi ailenin korunması açısından iki güvence sunmaktadır. Bunlardan ilki, eşler arası eşitliğin anayasal güvenceye kavuşturulması; diğeri, ailenin huzur ve refahının korunması için devlete gerekli tedbirleri alma görevinin yüklenmesidir³. Anayasa'nın anılan 41 ve 20. maddeleri doğrultusunda ailenin bir Anayasa Kurumu haline geldiği söylenebilir⁴.

Aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde birçok hukuk dalında düzenlemeler yer almakta, aile hayatının korunmasına yönelik önlem alınmakta ve tedbirler uygulanmaktadır. İş hukukundaki annelik-babalık izinleri ve anneye doğumdan sonra ücretsiz izin hakkı tanınması⁵, aile ve çocuk ödenekleri, çalışanların bakmakla yükümlü olduğu aile üyelerinin çalışanın sağlık sigortasından yararlanması hatta ailede yoksulluğun geçici olarak önlenmesi adına geliştirilen yöntemler (işsizlik sigortası, analık

³ BADUR, Emel, Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, S. 84. s. 63; ARSLAN, Gülay, s. 12.

⁴ BALO, Yusuf Solmaz, Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması, Aile ve Toplum Dergisi, 2003, C.2 s. 6; MORTAŞ, Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2014, s. 504.

⁵ İş Kanunu m. 78.

sigortası, vergi indirimleri gibi) alınan tedbirlerden bazılarıdır. Medeni hukukta da evlilik birliğinin korunması öncelikli politikadır. Aile planlamaları, evlilik ve boşanmaya dair hükümler, müşterek çocuğun ad ve soyadının belirlenmesi, evlilik içi doğumlarda kocanın baba olarak kabulü karinesi, evlilik dışı birliklerin tanınıp tanınmaması, aile konutuna ilişkin tasarruflarda diğer eşin rızasının alınması gibi durumlar aile hayatına saygı ve aile hayatının korunması hakları kapsamına giren konulardandır. Ceza hukukunda çocuk düşürme, düşürtme, kısırlaştırma fiillerinin ve çok eşliliklerin suç olarak kabul edilmesi, cinsel dokunulmazlığa ilişkin düzenlemeler, tıp hukukunda kürtajın ne zaman ve hangi durumlarda mümkün olabileceğine, bir çiftin çocuk sahibi olmak için tıbbi yardımla üreme yöntemlerini kullanma hakkına ilişkin düzenlemeler aile yaşamına saygı hakkı kapsamındadır⁶. Yine konuya dair önemli meselelerden biri infaz hukuku boyutuyla hükümlü ve tutuklular yönünden aile hayatının korunma sınırının ne olması gerektiğidir. Şüphesiz, kişinin cezaevinde bulunması, diğer özgürlükler gibi aile hayatına saygı hakkı konusunda da bir sınırlama getirecektir ancak bu dönemde kişinin aile hayatının tamamen ortadan kaldırılması da doğru olmayacaktır⁷.

Aile hayatına saygı kapsamında değerlendirilmesi gereken durumlardan biri uluslararası çocuk kaçırma olaylarının önüne geçme noktasında devlete düşen engelleme yetkisidir⁸. Bu amaçla ülkemiz Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'ye (1980 tarihli Lahey Sözleşmesi) taraf olmuş ve Sözleşme, 1 Ağustos 2000 itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Aile hayatına saygı hakkı ve ailenin korunması deyince akla gelen önemli düzenlemelerden biri de Aile İçi Şiddet, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine İlişkin 6284 sayılı Kanun'dur. Bu kanunda, şiddet uygulayan tarafa yönelik önleyici tedbirler ile şiddet

⁶ ARSLAN, Ö. Gülay, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi, 2019, s. 119-120.

⁷ MORTAŞ, s. 306.

⁸ ARSLAN, age., s. 114. Anayasa Mahkemesi de, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin, Anayasa madde 20 ve madde 41'de güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı bağlamında devlete düşen pozitif yükümlülüklerin tespitinde göz önünde bulundurulması gerektiğine işaret etmiştir. Bkz.: *Marcus Frank Cerny*, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 53.

mağduruna yönelik koruyucu tedbirler yer almaktadır⁹. Her ne kadar kanun başlığında “ailenin korunması” ifadesine yer verilse de içerik olarak ailenin korunması ve aile hayatına saygıdan ziyade aile içindeki bireylere karşı şiddete yönelik hükümler içermesi ve kadın ile çocuğu korumasından dolayı bu konu makale kapsamında incelenmemiştir.

Çalışma kapsamında bundan sonra ele alınacak başlıkların belirlenmesinde konuların kamu hukuku ve özellikle idare hukuku ile doğrudan ilişkisi dikkate alınmış olup meseleye dair özel hukuk boyutu daha ağır basan diğer konular çalışma dışında tutulmuştur.

II. ÇOCUĞUN SOYADI

Soyadı, bireyin mensup olduğu aileye aidiyetini ortaya koyan ve ayırt edici özellik taşıyan bir olgudur. Soyadı, kişinin kimliğini belirlemeye yarayan, onun hangi aileye ait olduğunu gösteren, böylece başka ailelerin bireylerinden ayırt edilmesine yarayan bir özellik taşımaktadır. Soyadına sahip olma hakkı ise, kamu düzeninden sayılan bir kişilik hakkıdır. Her bireyin bir soyadına sahip olma zorunluluğunun bulunması, soyadının rıza dışı değişmezliği, devamlılığı, vazgeçilmezliği ve devredilemezliği gibi sebeplerle, soyadı hakkı bir tür kamu düzeni olarak görülmektedir. Soyadı, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve ayrıca kişinin manevi bütünlüğünün bir parçası olması sebebiyle bir kişilik hakkıdır. Soyadı, anılan özellikleri göz önünde bulundurulduğunda kişiye hem bir hak tanımakta hem de birtakım yükümlülükler getirmektedir¹⁰.

Çocuk açısından değerlendirildiğinde, çocuk soyadını doğum ile beraber kendiliğinden kazanmakta ve soyadının nüfus siciline kaydından itibaren soyadı koruma altına alınmış olmaktadır.

⁹ ELTİMUR, Dilara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İzmir, 2018, s. 400.

¹⁰ PEHLİVAN, M. Gökhan, “Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı İle Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016; GÜLER, Zeynep, “Türk Hukuku’nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 6; GÜNDOĞDU GÖZPINAR, Begüm, “Kadının Soyadı” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, 2018, s. 20-22; TAŞKIN, Pelin, “Çocuğun Soyadıyla İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, 2018. s. 70.

Anayasa Mahkemesi, velayet hakkı kapsamında bir hukuksal çıkar olan çocuğun soyadını belirleme hakkını, aile hayatına saygı hakkı altında ele almaktadır¹¹.

Türk hukukunda eşlerin ve çocukların soyadı konusu, bu konuda çok fazla tartışma olmasından dolayı devamlı yargı kararlarına konu olmaktadır. Bu kapsamda, soyadına ilişkin yasal düzenlemelerde zaman içinde birtakım değişiklikler yaşanmış, bazı hükümlerin de iptali yoluna gidilmiştir. İptal yaptırımına uğrayan maddelerden biri Medeni Kanun m. 321'dir. Çocukların soyadını düzenleyen maddenin ilk halinde çocuğun soyadı konusunda ana ve babanın evli olup olmamasına göre ayırım yapılmış; evlilik varsa çocuğun "aile soyadını" alacağı, evlilik yoksa "ananın soyadını" alacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 2009 yılında, evlilik dışı çocukların analarının soyadını taşıyacağına öngörülmesini Anayasaya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir¹². Maddenin anılan ilgili kısmın iptal edilmiş olması isabetli olmakla birlikte, ne yazık ki hüküm bu haliyle, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun ananın soyadını alacağını ifade ederek soybağı ilişkisine dayalı olarak çocuğun soyadının belirleneceği yönünde çözüm benimsemiş, bu açıdan çocuğun menfaatini koruma noktasında yetersiz kalmıştır¹³.

Anayasa Mahkemesi'nin soyadı konusunda iptal kararı verdiği bir diğer kanun maddesi, Soyadı Kanununun 4. maddesidir. Anılan madde eski haliyle; "*Soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir. Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*" şeklinde düzenlenmiş iken, AYM, önüne gelen bir olayda, boşanan kadının velayeti altındaki çocuğuna soyadını verememesine engel olarak gördüğü ve eşitlik ilkesine aykırı bulunduğu bu maddeyi 2011 yılında iptal etmiştir¹⁴. Yargıtay ise iptal

¹¹ AYM, B. No: 2013/3434, 25/6/2015; AYM, B. No: 2013/7979, 11/11/2015. ARSLAN, Ö. Gülay, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi, 2019, s. 110.

¹² AYM, 2/7/2009, 2005/114 E. 2009/105 K.

¹³ ELTİMUR, agt., s. 437.

¹⁴ "...Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından

edilen hükme rağmen, bu hükmün iptal edilmiş olmasının, boşanan kadının velayeti altındaki çocuğunun soyadını değiştirme hakkı vermediği gerekçesiyle yapılan başvuruları reddetmiştir¹⁵.

Mahkemelerin bu uygulamasına karşı Anayasa Mahkemesine çok sayıda bireysel başvuru yapılmış; mahkeme, velayeti anneye verilen çocuğun annesinin soyadını alması yönünde ortaya çıkan taleplerin velayet hakkı ve velayet hakkının verdiği yetkilerin kullanımıyla ilgili olduğunu, Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu değerlendirme neticesinde Anayasa Mahkemesi, 2015 yılından itibaren, boşanmış eşlerin çocuklarının annenin soyadını alabileceği yönünde istikrarlı kararlar vermiş ve aksine uygulamaların aile hayatına saygı hakkının ihlalinin teşkil ettiğine hükmetmiştir¹⁶. Ancak yerel mahkemeler ve Yargıtay, bu kararlara rağmen uzun bir süre annenin velayet hakkının çocuğa soyadı verme hakkını kapsamadığı yorumunu ve eski uygulamaları devam ettirerek davaları reddetmiştir¹⁷.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın benimsemiş olduğu görüş, velayet hakkının anaya verilmiş olmasının çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı bir neden sayılmayacağı, eğer böyle kabul edilirse daha sonra mevcut durum değiştiğinde ve velayet babaya verildiğinde bu kez babanın çocuğun soyadını değiştirme hakkı olacağını kabulüne neden olacağı, bu sonucun çocuğun ruh hali üzerinde derin etki yaratacağı, ayrıca böyle

cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir." AYM, 8/12/2011, 2010/119 E. 2011/165 K.

¹⁵ BAŞOĞLU, Başak, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C. 8, S. 1, s. 355-356. "Sadece boşanma ve velayet hakkı anneye çocuğun soyadı değişikliği için dava açma hakkı vermez." Y.HGK, 13/3/2015, 2013/1755 E. 2015/1039 K. Lexpera, (E.T.: 14.7.22).

¹⁶ TAŞKIN, a.g.m., s. 72.

¹⁷ ACABEY, Beşir, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 496; TAŞKIN, s. 73; GÜLER, a.g.t., s. 164; YHGK, 29/1/2016, 2015/135 E. 2016/118 K. Lexpera. (E.T.: 17.7.22); Y. 8. HD., 9/2/2017, 2017/806 E. 2017/1478 K., Kazancı, (E.T.: 19.7.22).

bir uygulamanın nüfus kütüklerindeki kaydın güvenilirliği ve istikrarı zedeleyeceği gerekçelerine dayandırılmıştır¹⁸.

Yargıtay'ın ortaya koyduğu gerekçeler görünüşte oldukça isabetlidir. Ancak, benimsenmiş olan kuralda hiçbir istisnanın kabul edilmemesi, haklı sebeplerin bulunduğu ileri sürülmesini engelleyecek şekilde katı bir yaklaşımla yorumlanması aile hayatına saygı hakkı ile toplumsal düzenin korunması amacı arasında adil bir denge sağlanmasında ve sosyal hayatta yaşanan bazı sorunların çözümlenmesinde yetersiz kalmıştır. Yargıtay'ın önüne gelen somut olaylarda istisnaya yer vermeyen ve müşterek çocuğun yararını gözetmeyen bu katı tutumu, aşağıda detaylı izah edileceği üzere çocuğun üstün yararı ilkesinin ihlal anlamına gelebilecektir. Velayet hakkı annede bulunan bir çocuğun annesinin yanında kalması ve/veya annesinin gözetiminde yetiştirilmesi sürecinde, çocuk ile annenin farklı soyadlarını taşıması özellikle sağlık, eğitim ve ulaşım gibi alanlar olmak üzere sosyal hayatta birtakım zorluklara sebebiyet verebilmektedir. Örneğin, soyadları farklı olan anne ve çocuk, yetkililerin devamlı bu yöndeki sorularıyla karşılaşmakta, her seferinde özel hayatlarına ilişkin hususları açıklamak zorunda bırakılmaktadır¹⁹. Dolayısıyla, yaşanan benzer durumlar göz önüne alındığında, eğer haklı neden varsa, diğer bir ifadeyle soyadı farklılığından dolayı önemli zorluklar yaşanıyorsa, çocuğun soyadının değiştirilmesi mümkün olabilmelidir.

Bu doğrultuda, yakın tarihli kararlarında Yargıtay'ın görüşünü Anayasa Mahkemesi'nin bu husustaki kararları doğrultusunda yumuşattığı ve "Çocuğun Üstün Yararı" ilkesini irdelediği görülmektedir²⁰. Çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğu ilgilendiren iş ve durumlarda göz önünde bulundurulması zorunlu olan ve her somut olayda çocuk için en iyinin belirlenmesinde dikkate alınan bir ölçüttür²¹. Esasında bu husus, yalnızca

¹⁸ "Yargı mercileri bu durumu gözeterek ana ile babanın ya da ailelerin çocuk üzerinden inatlaşarak onun yararlarını hiçe sayıp, hukuken oluşmuş statüleri gerçek dışı ve yapay sebeplerle değiştirmeye çalışmalarına izin vermemeleri, söz konusu istemlerine alet olmamaları gerekir..." Y. 18. HD, 29.9.2016, 2016/9861 E. 2016/10849 K.; Yargıtay HGK, 19.6.2015, 2013/18-2352 E. 2015/1710 K. Lexpera. (E.T.: 15.2.2021).

¹⁹ AYM, Başvuru No: 2017/38724, 21.7.2020.

²⁰ Y. 2. HD, 9/4/2018, 2018/1306 E. 2018/4719 K. Lexpera. (E.T.: 15.2.2021).

²¹ YÜCEL, Özge, "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi", *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, S. 2, s. 121-122.

çocuğun veya velayet hakkına sahip kimsenin değil, toplumun da menfaatine olmaktadır. Çünkü çocuğun sosyal, kültürel, fiziksel ve psikolojik açıdan gösterdiği etkili gelişim, ilerde toplum için zararlı olabilecek davranışlarının ortaya çıkmasının önüne geçecektir. Sonuçta, boşanma veya evliliğin sona ermesiyle velayet hakkının anneye verildiği durumlarda, haklı neden gösterilmesi halinde evlilik birliği içinde doğan çocuk, annenin soyadını alabilecektir²². Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları diğer yargı organları tarafından açılacak davalarda dikkate alınacak, haklı nedenler değerlendirilecek ve eşitlik ilkesi dikkate alınarak velayet hakkına sahip annenin çocuğuna soyadını verebileceği yönünde kararlar verilebilecektir. Ancak ifade etmek gerekir ki yargı kararlarındaki bu gelişme oldukça yenidir ve bu yöndeki karar sayısı da azdır. Bu sebeple, yeni bir yasal düzenleme yapılarak belirsizliklerin giderilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Buraya kadar değinilen ve yargı kararlarına konu olan hususlar, evlilik birliği dahilinde doğan çocuklar için, anne-babalarının evliliğinin bir şekilde sona ermesi halinde yapılmaktadır. Evlilik birliği haricinde doğan çocuklar için ise bu tartışmalar söz konusu olmamaktadır. Zira 2017 yılında 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 28. maddesinin 4. fıkrasında yapılan değişiklik ile getirilen hüküm açıktır. Anılan hüküm, soybağının tanıma yolu ile veya mahkemece babalığa hükmedilmesi yolu ile kurulan çocukların babalarının hanesine kaydedileceğini ve babalarının soyadını alacağını öngörmektedir. Hükme göre evlilik birliği haricinde doğan çocukların babalarıyla soybağı kurulduktan sonra artık annelerinin soyadını alabilmesi söz konusu değildir. Yargı kararları ile aksine bir uygulamanın da önü açılmış değildir. Kısaca ifade etmek gerekirse, nüfus müdürlüklerinde esasında kanuni bir dayanağa da sahip "Ya soybağını

²² "Çocuğun üstün yararı gereği, velayetin anneye verilmesi halinde, anne hiçbir gerekçe göstermeden, sırf velayetin kendisinde olduğunu ileri sürerek çocuğa kendi kızlık soyadının verilmesini isteyemez. Anne tarafından çocuğun soyadının değiştirilmesi davası açıldığında, çocuğun üstün yararına bakılır. Eğer çocuğun üstün yararı varsa annenin kızlık soyadı çocuğa verilebilir. Üstün yarar yoksa davanın reddine karar verilmelidir." Y.2. HD, 6/11/2018, 2018/4362 E. 2018/12515 K. Lexpera. (E.T.: 14.7.22); Y.2.HD, 22/6/2020, 2020/2199 E. 2020/3166 K. Lexpera. (E.T.: 16.7.22); Y.2.HD, 11/3/2021, 2021/1042 E. 2021/2206 K. Lexpera. (E.T.: 16.7.22).

kurma ve annenin soyadı ile yaşasın, sonuçları kabullensin ya da soybağını kur babanın soyadını taşısin” şeklinde bir anlayış hâkimdir.

Özetle, evlilik birliği içinde doğan çocukların soyadı ile ilgili yaşanan tartışmalara evlilik birliği dışında doğan çocuklar açısından girilmesi büyük bir eksikliklerdir. Zira evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuğun velayetinin annede olduğu durumlarda dahi çocuğun kanun gereği babanın soyadını alması, Anayasa Mahkemesi'nin göz önünde bulundurduğu temel esaslardan biri olan “çocuğun üstün yararı” ilkesine aykırıdır. Ancak evlilik birliği içinde doğan çocuklar açısından bile günümüzdeki görüşe ulaşılmasının uzun yıllar sürdüğü göz önünde tutulduğu unutulmamalıdır. Konunun tartışmalardan uzak olmasının sebebi bu yöndeki başvuruların çok sayıda olmamasından kaynaklanabilir. Dolayısıyla, Nüfus Hizmetleri Kanunu 28/4 maddesinin Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesi halinde bu hükmün mahkemece iptal edilmesi veya Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta anılan madde hükmünü bu derece katı yorumlamayarak başvurulara olumlu yaklaşması muhtemeldir.

III. EVLENME HAKKI

Evlenme hakkı, Anayasamızda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, Anayasa Mahkemesi kararlarında aile hayatına saygı hakkının bir görünümü biçiminde incelenen bir haktır. Çalışmanın konusunu oluşturan aile hayatına saygı hakkı ve ailenin korunması hakkı açısından değerlendirildiğinde, bu haklara erişebilmek için ilk basamak görevini üstlenen ve olmazsa olmaz denilebilecek bir niteliğe sahiptir. Zira aile hayatından bahsedilebilmesi için, öncelikle bu hayatın kurulması gerekmektedir. Dolayısıyla aile hayatına saygı hakkı kapsamında, başlıca korunması ve saygı gösterilmesi hatta bazı durumlarda teşvik edilmesi gereken hususlardan birisi de evlilik hakkıdır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 20. ve 41. maddelerinin, evlenme ve aile kurma hakkı bakımından mühim sayılan bir normatif dayanak olduğunu ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin bir güvenceden bahsedilebilmesi için ilk olarak aile adıyla nitelendirilebilen birlikteliğin veya yakın bir bağın varlığının gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca, açıkça evlenme hakkından bahsedilmemekle birlikte amaçsal/gai bir yorum da katılarak

hakkın Anayasa’da güvence altına alındığı da vurgulanmaktadır. Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi kararlarında da yer aldığı şekliyle evlenme hakkı, özel bir görünüm biçimi olarak özel hayata saygı hakkının kapsamı içinde yer alan bir hak²³.

Uluslararası mevzuata bakıldığında evlenme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nde ayrıca ve açıkça düzenlenerek korumaya alınmıştır. Buna göre, AİHS m.12’de evlenme hakkı, “*Evlenme çağına giren her erkek ve kadın bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

AİHS’nin “Evlenme hakkı” başlığını taşıyan ilgili maddesi, kişilerin evlenme ve aile kurma hakkından mahrum bırakılmamasını garanti altına almaktadır. 12. madde, evlenmeye ilişkin ulusal yasaların varlığı durumunda, kişileri bu yasalar uyarınca evlenmekten alıkoymayı yasaklayan bir hak iken; 8. Maddeyle düzenlenmiş aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kişilerin özel alanları ile ilgili bir hak²⁴.

Yine, benzer bir düzenleme 16/12/1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme²⁵’nin, 23. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddede ailenin toplumun doğal ve temel birimi olduğun kabul edilerek devletin koruması kapsamında olduğu, devlet tarafından, evlenme ehliyetine sahip her bireye evlenme hakkının tanınacağı ifade edilmiştir. Maddeye genel bir çerçeveden bakıldığında emredici bir lafzı olduğu görülecektir.

Konuya ilişkin tüm bu düzenlemeler neticesinde, evlenme hakkının özel koruma gerektiren bir hak olduğu söylenebilir. İdari veya yargı makamlarının evlenme hakkının ortadan kaldırılmasına sebep olacak hareketleri karşısında Anayasa Mahkemesi, AY 20. ve 41. maddeleri doğrultusunda değerlendirmeler yaparak ihlal kararları verebilmektedir. Yakın tarihli bir AYM kararında bu yönde bir hüküm kurulmuştur²⁶. Söz konusu karara konu olayda, başvuru, boşanma kararının 17 yıl boyunca yurt dışındaki eşe tebliğ edilememesi dolayısıyla nüfus kütüğündeki

²³ AYM, Başvuru No: 2013/3440, 20/04/2016.

²⁴ KABA, a.g.e., s. 27.

²⁵ 18/06/2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete.

²⁶ AYM, Başvuru No: 2017/40199, 8/9/2020.

medeni halinin düzeltilmemesi sebebiyle evlenme hakkına engel olduğunu iddia etmektedir. Boşanma davası süresince ve özellikle dilekçe aşamasında gerekli tebligatlar yapılmış olmasına rağmen, mahkeme ilamı yurtdışındaki eşe tebliğ edilememiştir. Başvurucu Adalet Bakanlığına farklı tarihlerde tebligatın akıbetini sormuştur. Adalet Bakanlığı da her defasında durumun Dışişleri Bakanlığına sorulduğu şeklinde cevap vermiştir. Boşanmanın üzerinden birkaç yıl geçtikten sonra yapılan bir soruyu da Dışişleri Bakanlığı, giriş kayıtlarında bahsedilen evrakın bulunmadığı, yeniden gönderilmesi gerektiği şeklinde cevaplamıştır. Başvurucu ilanen tebligat yapılması için yeni bir talepte bulunmuş, ancak başvurusunun talebi mahkeme tarafından dikkate alınmamıştır. Aradan uzun bir zaman geçtikten sonra Dışişleri Bakanlığı 2014 tarihli yazısında; Tanzanya'da bürokrasinin yavaş işlediğini, bilhassa tebligat işlemleri olmak üzere adli yardımlaşma taleplerinin karşılanmasında sıkıntılar yaşandığını, bu sıkıntıların bizim ülkemizde var olan adrese dayalı nüfus sisteminin söz konusu ülkede var olmamasından kaynaklandığını, davalının ev adresinin bulunamadığını belirtmiştir. Neticede, boşanma kararı kesinleşemeyen bu yüzden de evlenme hakkının ihlal edildiğini düşünen kişi Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi bu başvuru için, evlenme hakkının özüne zarar veren hukuksal belirsizlikler, yürütülen idari ve yargısal sürecin işlevsiz ve sorunu giderme açısından yetersiz kalması sebebiyle özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınan evlenme hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

Başvuruya konu olayda Adalet Bakanlığı ve Dışişleri Bakanlığı arasında bir koordinasyonsuzluk olduğu görülmektedir. Ülkemiz makamları sorunun kaynağı olarak diğer ülkeyi sorumlu tutmuş ve alternatif bir yol da sunmamıştır. İşin sorumluluğunu kimse üstlenmediği için yurtdışında tebligat işlemi yerine getirilememiştir. Mahkemenin ilanen tebligat hükümlerini uygulamaması sebebiyle de idari ve yargısal makamların birlikte sebep olduğu bir hak ihlali ortaya çıkmıştır.

Yargı organları nezdinde görülmekte olan boşanma davalarının uzun sürmesi sebebiyle bireylerin evlenme hakkının ihlal edilip edilmediği elbette her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında, 2 yıl 5 ay sürmüş olan boşanma

davasının sürüncemede bırakılmadığı değerlendirilerek yapılarak evlenme hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır²⁷.

AİHM de, boşanma yargılamasının uzun sürmesinin başvuru-
cunun yeniden evlenmesini engelleyici bir etkisi olduğu gerekçesiyle ev-
lenme hakkın özünü zedeleyebileceğini, Sözleşme'nin evlenme hakkını
düzenleyen 12. maddesini ihlal edeceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla,
12. Maddede boşanma hakkı açıkça yer almasa da, uzun süren boşanma
yargılamalarının olası evliliklerin önüne geçerek evlenme hakkının
özünü zedelediğini ve bu hakkı sınırlandırdığını ifade ederek boşanma
hakkına göz kırpan gerekçelere yer vermektedir²⁸. Ancak mahkeme, ev-
lenme hakkının zedelendiğinden bahsetmekle birlikte genelde ihlal kar-
rarlarını adil yargılama hakkı bakımından vermektedir²⁹. Buna rağmen
12. madde yönünden verilen ihlal kararları da bulunmaktadır³⁰.

Sözleşme'nin, evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesinde devlet-
lerin negatif ya da pozitif bir yükümlülüğünden açıkça bahsedilmemekle
birlikte hem negatif hem de pozitif yükümlülüğün evlenme hakkı bakı-
mından var olduğu kabul edilmelidir. Devletin meşru sebep olmaksızın
kişilerin haklarını ihlal etmekten kaçınmasını anlatan negatif yükümlü-
lük, 12. madde açısından saygı gösterme yükümlülüğünü ifade eder.
Hakkın kullanılabilmesi için devletin birtakım olumlu edimlerde bulun-
masını anlatan pozitif yükümlülük ise evlenmeyi engelleyen durumları

²⁷ "...Somut olayda, başvuru-
cununun 16/5/2012 tarihinde açtığı boşanma davası hakkında Aile
Mahkemesi tarafından 5/11/2013 tarihinde boşanma talebinin kabulü yönünde karar verildiği
görülmemektedir. Söz konusu kararın da Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15/10/2014 tarihli hük-
müyle kesinleştiği anlaşılmaktadır. Derece mahkemeleri tarafından dava sürecinde gerçekleştirilen
yargılamaya ilişkin işlemler incelendiğinde, toplamda on duruşmanın yapıldığı ve iki-
sine başvuru-
cununun ya da vekilinin katılmadığı görülmektedir. Diğer duruşmalarda ise tanıkların
dinlenmesine ve dava konusuyla ilgili bilgi ve belgelerin toplanmasına ilişkin işlemlerin ye-
rine getirildiği anlaşılmaktadır. Toplam iki yıl beş ay sürdüğü görülen boşanma davasının
sürüncemede bırakılmadığı açık olduğu gibi derece mahkemelerince tarafların ileri sürdüğü
hususların araştırılması konusunda gerekli özen ve dikkatin de gösterildiği değerlendirilmek-
tedir. Dolayısıyla hakkın özünü zedelemeyecek şekilde boşanma davasının makul bir sürede
tamamlandığı açık olduğundan somut başvuruda evlenme hakkına yönelik bir ihlalin olmadı-
ğının açık olduğu anlaşılmıştır." AYM, Başvuru No: 2015/11159, 25/9/2019.

²⁸ AİHM, Bacuzzi v. Italie, Başvuru No: 43817/04, 24/5/2011.(deuxième section, page 5).

²⁹ KAYA KIZILIRMAK, Cansu, Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat, Oniki Levha
Yayıncılık, 2021, s.26.

³⁰ AİHM, Case of V.K. v. Croatia, Başvuru No: 38380/08, 29/4/2013, par. 98-100.

ortadan kaldırma yükümlülüğünü ifade eder. Bu bağlamda, devletler için yasal evliliklerin teşvik edilmesi gibi bir yükümlülük bulunmasa da idari makamların ya da yargı makamlarının ihmalkârlığı, üzerine düşeni yerine getirmemesi suretiyle bireylerin evlenme hakkından mahrum edilmemesi gerekir. Aksi takdirde, AİHS bağlamında evlenme ve aile hayatına saygı hakkının, Anayasa bağlamında da aile hayatına saygı hakkının ihlali söz konusu olacaktır.³¹

IV. FİİLİ BİRLİKTELİKLER

Kişilerin hukuken tanınmış bir evlilik kurumu altında olmaksızın evlilik dışı birlikte yaşamayı tercih etmesi sebebiyle oluşan birliktelikler *fiili (de facto) birliktelikler* olarak anılmaktadır. Fiili birliktelikler, birlikte yaşayan iki kişinin kayıt dışı, sabit ve devamlı ilişkisi olarak tanımlanmaktadır.³² Bu birlikteliklere hukuki varlık tanımak ve bir takım yasal sonuçlar bağlamak devletlerin tercihindedir. Türk Hukukunda de facto birliktelikler tanınmamaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi, Anayasa ve diğer kanunlarda yer alan “aile” kavramı, yasal şartları taşıyan bir evlilik ile bir araya gelen eşler ve bu eşlerin çocuklarını karşılayan bir kavramdır. De facto birliktelikler, aile kurumuna dahil edilmedikleri için aile hayatına saygı hakkı kapsamında bir korumadan yararlanamamakta, ailenin korunması amacı ile getirilen haklardan faydalanamamaktadır.

İç hukuk mevzuatımızdan ve ulusal mahkemelerimizden farklı olarak AİHM, aile kavramını geniş yorumlamaktadır. Mahkeme ilk olarak, 1979’da Marckx/Belgium kararı ile aile hayatı kavramını genişletici yönde adım atmış, ilerleyen yıllarda da bu doğrultuda kararlar vermeye devam etmiştir.³³ Mahkemeye göre, aile, sadece evliliğe dayalı birlikteliklerle sınırlı olmamakta, de facto birliktelikleri de kapsamına alabilmektedir.³⁴ Mahkemenin ifadesiyle, “Sözleşme’nin 8. maddesinin amaçları bakımından

³¹ ÇAKMAK, U. Ramazan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Evlenme Hakkı”, SÜHFD, Cilt: 25, Sayı:2, 2017, s.163-184.

³² TEKDOĞAN BAHÇIVANCI, I. Selin, “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”, TAAD, Yıl:9, Sayı:33 s. 634.

³³ BAHÇIVANCI, a.g.e., s. 642.

³⁴ DURSUN, Gizem, “AİHM Kararları Işığında Özel Hayata ve Aile Hayatın Saygı Hakkı”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13 S.167-168, 2018, Ankara; MORTAŞ, s. 230.

aile hayatının varlığı ya da yokluğu her somut olayda yakın kişisel bağların mevcut olup olmadığına bağlı olan olgusal bir sorundur"³⁵.

AİHM, fiili birlikteliklerin AİHS m. 8 anlamında aile hayatı oluşturup oluşturmadığını tespitinde şu ölçütleri kullanmaktadır³⁶:

- 1) Çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı,
- 2) İlişkinin uzunluğu,
- 3) Birlikte çocuk sahibi olarak ya da başka yollarla birlikteliklerini kanıtlayıp kanıtlamadıkları.

Fiili birliktelikler ile toplumumuzda yaygın olarak görülen dini evlilikler AİHM tarafından aile hayatı kapsamında değerlendirilmekle birlikte, yine AİHM içtihatlarına göre sözleşmeci devletler resmi nikâh dışında kalan fiili birlikteliklerde aile hayatından doğan haklar yönünden bir farklılığa gidebilmektedir³⁷.

Zira, AİHS m. 8'e göre taraf devletlere dini evlilikleri tanıma, miras ya da sosyal güvenlik ödemeleri gibi haklardan yararlandırma hakları sağlanmamaktadır. Örneğin, AİHM önüne gelen bir başvuruda, resmi nikâh olmaksızın, dini nikâhla birliktelik yaşayan başvuranın partnerinin ölmesinin ardından, eşinin maaşının ve sağlık sigortasının kendisine aktarılmasını talep etmiş ancak bu talebi evlilikleri resmi makamlarca tanınmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuru bakımından AİHM, başvuran ve eşi arasındaki ilişkinin aile yaşamı kapsamında değerlendirilebileceğini, ancak ülkemizin bu kimseler için ayrı bir hukuki rejim oluşturmakla yükümlü olmadığını ifade etmiştir. Burada mahkeme, aile hayatına saygı hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirme yaparken, resmi nikah tercih etmeyip dini nikah ile aile hayatlarını sürdürürlerken devletin bu hayatlarına engel teşkil edecek bir müdahalesi olup olmadığını esas almıştır³⁸.

³⁵ AİHM, Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.6.1979, par. 31; Kroon and Others/The Netherlands, Başvuru No: 18535/91, 27.10.1994, par. 20; K. ve T./Finlandiya [BD], Başvuru No: 25702/94, 12/7/2001, par. 150.

³⁶ AİHM, Schalk and Kopf v. Austria, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010, par. 92-94.

³⁷ ARSLAN, s. 97.

³⁸ "Başvuran ve partneri, aile hayatlarına ulusal makamların herhangi bir müdahalesi olmadan uzun yıllar huzur içinde yaşamışlardır. Bu nedenle, dini nikâhı tercih edip resmi nikâh kıymamaları karşısında, başvuranın 8. madde amaçları doğrultusunda etkili bir aile hayatı

Sonuç olarak, Mahkeme, 8. maddenin devletlere dini nikahı tanıma yükümlülüğü getirdiği biçiminde yorumlanamayacağı görüşünü savunmaktadır. Buna göre, 8. madde, taraf devletlere evli olmayan çiftler için özel düzenlemeler getirilmesini gerektiği anlamına gelmemektedir. Sözleşmeciler devletler, sosyal güvenlik ödemeleri, miras rejimi gibi hususlarda mevzuatlarına uygun şekilde işlem yapma hakkına sahiptir.

V. EŞ DURUMU TAYİNİ

Daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa'nın 41. maddesi, devlete aile birliğinin korunması, huzur ve refahının sağlanması konularında لازم gelen tedbirlerin alınması hususunda yükümlülük getirmektedir. Aile birliğinin sağlanması amacıyla yapılan düzenlemeler arasında memur eşlerin aile birliğini korumaya yönelik Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesi de yer almaktadır. Söz konusu madde, aile birliğini korumak amacıyla kurumlar arası koordinasyon da gözetilerek atamaya tabi tutulan memurun eşinin de aynı yere atamasının yapılmasını düzenlemektedir³⁹.

Bu düzenleme ile güdülen amaç; ailenin parçalanmasının önlenmesi, ailenin bir arada tutulması suretiyle ailedeki huzur ve mutluluğun sürdürülmesi ve dolayısıyla da kamu görevinde çalışan bireylerin ailevi kaygılardan uzak olarak görevlerini verimli, etkin ve sağlıklı biçimde yürütmeleri için gereken koşulların ve ortamın sağlanmasıdır.⁴⁰

Kamu hizmetlerinin niteliği gereği dönem dönem kamu çalışanlarının başka yer ve kurumlara atanmaları ihtiyacı doğabilir. Bu konuda idarelere takdir hakkı tanınmıştır. İdare bu takdir hakkını kullanırken kendi mevzuatı doğrultusunda, kamu hizmetinin gereklerini ve/veya kurumun teşkilat yapısını dikkate alacaktır. Bununla birlikte, atama-nakil

yaşamına engel teşkil edecek herhangi- idari ya da cezai- bir cezaya maruz kalmamışlardır. Bu nedenle AİHM, Devlet'in aile hayatına müdahale ettiği yönünde bir bulguya rastlamamıştır." AİHM, Şerife Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 2.11.2010.

³⁹ Yer değiştirme suretiyle atanma: "Yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda; aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında gerekli koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atamaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74 ve 76'ncı maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır."

⁴⁰ YAVUZDOĞAN, Seçkin, "Danıştay'ın Naklen Atamalarda 'Aile Birliğinin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi' İlkesine Yaklaşımı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 19, s.441; İstanbul BİM 1. D, 11/5/2017, 2017/120 E. 2017/287 K.

işlemlerinde göz önünde tutulan kamusal yarar ile bireyin aile hayatına saygı hakkı arasında makul denge kurmak gerekir. Devletin bu dengeyi sağlayamaması halinde aile hayatına saygı hakkının ihlali söz konusu olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin kararlarında bu doğrultuda yorum yapmaktadır. Mahkeme, konuya ilişkin yeni sayılabilecek bir kararında⁴¹ görüşünü açık bir şekilde ortaya koymuştur. Mahkemeye göre, kamu hizmetlerinin sürekliliğini ve aksamadan yürütülmesini temin etmekle yükümlü olan idare, bu yükümlülüğünü yerine getirirken hizmetin daha iyi yürütülmesinin ve bazı yerlerde personel ihtiyacının sağlanması amacıyla kamu görevlilerinin görev yerinin değiştirilmesi hususunda takdir hakkına sahiptir. Ancak bu takdir hakkı sınırsız bir şekilde değil, Anayasa ile güvence altına alınan temel haklar da dikkate alınarak, bu haklar zedelenmeyecek şekilde kullanılmalıdır. Anayasanın 20. Maddesinde aile hayatına saygı hakkı da güvence altına alındığına ve devlete pozitif yükümlülükler yüklediğine göre, idare personel ihtiyacını karşılamak üzere kullandığı takdir hakkında naklen atama işlemine tabi tutulan kamu görevlisinin ailesel menfaatini de gözetmelidir.

Aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği istemleri ile ilgili üzerinde durulması gereken bir kavram "*haklı beklenti*"dir. Bu konuya ilişkin yüksek mahkemelerden birisi konumunda bulunan Danıştay, yer değişikliği talebinde bulunan kimselerin talebini haklı/makul beklenti olarak değerlendirmektedir. Örnek bir kararında Danıştay, haklı beklenti kavramının tanımını yaparak, konu ile ilgili bağlantısını şu şekilde kurmuştur; "*...Haklı beklenti, yönetimin ister bir taahhüt isterse uzun süren bir uygulamasına güvenerek olsun, bireylerin çıkarlarına ya da lehlerine olan bir sonuca ulaşabileceklerini ümit etmeleridir. Ailenin korunması, Anayasa ile tanınmış sosyal bir haktır ve kamu hizmetinin daha verimli yerine getirilmesi bakımından, kamu görevlileri için daha da önem taşır. Kaldı ki, kamu hizmetinin olağan işleyişi içinde umulabilecek bir durum vardır ve kamu görevlilerinin böylesine haklı beklentiler içinde olması hizmetin gereğidir...*"⁴².

⁴¹ AYM, Başvuru No: 2014/2502, 11.10.2018.

⁴² D. 5. Daire 2003/3647 E. 2006/1140 K. 14.03.2006. Lexpera (E.T.: 18.2.2021).

Danıştay yaklaşımından vardığımız sonuca göre, devlet aile birliğinin sağlanması yönündeki görevini kamu görevlilerinin aile birliğine bağlı yer değişikliği talebi bakımından haklı beklentileri zedelemeyecek şekilde yerine getirmelidir.

Konuya ilişkin mevzuattaki düzenlemelerde dikkat çeken husus, eş durumu kapsamında yer değişikliği talep eden kamu görevlilerinin bu taleplerinin kabul edilmesinde ön şartın, talepte bulunan kimsenin eşinin de memur olması kuralıdır. Diğer eşin, serbest meslek sahibi olması halinde idarenin eş durumunu gözetme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Danıştay'ın görüşüne göre, eş kamu görevlisi olmayan kamu çalışanlarının eş durumu sebebiyle tayin taleplerini reddeden idari düzenlemeler hukuka aykırı bulunmamaktadır. Çünkü kamu görevlileri arasında eşleri serbest meslek icra edenler veya işçi konumunda olanlar yönünden, idareleri aile birliğini korumakla yükümlü tutmamaktadır. Danıştay'ın benimsemiş olduğu görüşe göre eş memur olmayan bir kamu görevlisinin naklinin eşin isteğine bağlı tutma şeklindeki anlayış her iki eşin de memur olduğu duruma kıyasen kamu görevlisi olmayan eş lehine ayrıcalık yaratmaktadır⁴³.

Eş durumu sebebi ile naklen atanma taleplerinde kamu görevlilerinin eşlerinin memur olup olmaması değerlendirmesi ile ayrıştırma yapılmasının, Anayasa'nın 10. maddesi ile koruma altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir⁴⁴.

Yine bu ayrıştırma, AİHS'in ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi ile aileye saygı hakkını düzenleyen 8. maddesine de aykırı olmaktadır. Zira kamu çalışanlarının memur eşe sahip olanlar ile olmayanların farklı muameleye tabi tutulmaları hukuki dayanaktan yoksundur.

⁴³ "Eşi aynı veya başka bir kamu kurumunda çalışmakta olan bir kamu görevlisinin kamu hizmetinin gerektirmesi halinde, eşinin de doğrudan veya kurumlar arasında gerekli koordinasyonu sağlamak suretiyle naklinin yapılabilmesine karşılık, eş memur olmayan bir kamu görevlisinin naklinin eşin istek ve iradesine bağlı tutulması yolundaki bir anlayışın, ikinci durumda olanları öncelilere göre ayrıcalıklı bir duruma sokmasının yanı sıra kamu hizmetlerinin yürütülmesi açısından da büyük sakıncalar yaratır ki 657 sayılı Yasa'nın 72. maddesinin amacıyla bağdaşmayan böyle bir yol kabul edilemez." D. İDDK, 2009/736 E. 2013/1757 K. 6.5.2013; Aynı yönde D. 5. Daire 1993/5573 E. 1995/4496 K. 28.12.1995. Lexpera. (E.T.: 18.2.2021).

⁴⁴ YAVUZDOĞAN, a.g.e., s. 205.

Eş durumu tayin istemlerinde bu ölçütün uygulanması, eşleri memur olanlar lehine olmayanlara göre ayrıcalık tanımaktır.⁴⁵ Yani Danıştay'ın kamu görevlisi olmayan eşin naklen atama talebinin kabulünün ayrıcalık yaratacağı savunmasının aksine, esasen bu hakkın kamu görevlisi olan eşe tanınıp kamu görevlisi olmayan eşe tanınmaması ayrıcalık teşkil edecektir. Bu gerekçeyle Danıştay'ın görüşüne katılmak mümkün değildir.

Netice itibariyle, aile birliği mazeretine bağlı yer değişikliği hususunu düzenleyen hükümlerde, talepte bulunan kimsenin eşinin de memur olması gerektiği yönündeki ön şartın, Anayasa m. 10 ile AİHS m. 8. ve 14'e aykırıdır. Bu sebeple, aile hayatının korunması ve aile hayatına saygı hakları bakımından devlete yüklenen yükümlülüğün tam olarak sağlanamadığı değerlendirilmektedir.

VI. PEMBE ODA

Ülkemizde genel itibariyle pembe oda olarak bilinen uygulama, hükümlü ve tutukluların aile birliğini sağlıklı bir şekilde devam ettirebilmelerine ve aile bağlarını güçlü tutabilmelerine hizmet eden, "mahrem görüşme", "mahrem ziyaret", "özel aile ziyareti", "eş ziyareti" veya İngilizce adıyla "*conjugal visit*"⁴⁶ olarak ifade edilen özel bir ziyaret uygulamasıdır. Bu uygulama kapalı görüş, açık görüş, mektuplaşma ve telefon görüşmeleri gibi uygulamalarla aynı amaca hizmet etmektedir. Tüm bu uygulamaların amacı, Anayasanın 41. maddesinde düzenlenen ve yapılan çalışmanın konularından birini oluşturan aile hayatının korunması düşüncesidir. Mahrem görüşmenin diğer görüş türlerinden farkı, personelin nezareti olmaksızın gerçekleştirilebilmesidir. Özellikle uzun süreli mahkûmiyetlerde aile ilişkileri oldukça olumsuz etkilenmektedir. Bu bağların zayıflayıp kopmasının önüne geçilebilmesi ve mahkûmların topluma kazandırılabilmesi noktasında sağlıklı bir aile ilişkisinin varlığı çok önemlidir. Dolayısıyla cezaevlerinde bulunan hükümlü ve tutukluların aile birliğini sağlamaya yönelik çalışmalar yapılması, hükümlü ve tutuklulara bazı özel haklar tanınmasına yönelik düzenlemelere ihtiyaç

⁴⁵ ULUSOY, D. Ali, "Kamu Görevlilerinin Eş Durumu Nedeniyle Tayinlerinde Ayrımcılık Hakkında Bir Karşı Oy", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, Haziran 2013, s. 3266.

⁴⁶ www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/state-felony-laws/states-that-allow-conjugal-visits, (ET: 10.3.2022).

duyulmuştur. Bu amaçla getirilen haklardan bazı kişilerin yararlandırılmaması hali ise aile hayatına saygı hakkının ihlali şeklinde yorumlanmaktadır.

Uzun süreli mahkûmiyet cezası alan hükümlüler ile aileleri üzerinde yapılan bir araştırmada hükümlülerin aile ilişkilerini devam ettirebilmeleri bakımından en büyük etkiyi ziyaret düzenlemelerinin oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır⁴⁷. Görüldüğü üzere hükümlü ile ailesi arasındaki bağların devamı noktasında yüz yüze görüşme olanakları oldukça önemlidir. Dolayısıyla bu ziyaretlerinin şekil ve içeriği aile bağlarının güçlü tutulabilmesi noktasında önem arz etmektedir. Hükümlülerin eşleriyle görüşmelerinin uygulamada genellikle kalabalık ortamlarda ve toplu olarak yapılıyor olmasının yanında görüşme esnasında bireyler arası temasın da en aza indirilmesinin yapılan ziyaretlerin maksadını zayıflatığı ifade edilebilir. Ayrıca, hükümlülerin cinsel birliktelik taleplerinin de aile hayatının korunması kapsamında değerlendirilmesinin konuya daha fazla anlam kazandıracağı düşünülmektedir⁴⁸.

Kanunda *mahrem görüşme* olarak ifade edilen *pembe oda* müessesesi, 13/12/2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun "*Ödüllendirme*" başlıklı 51. maddesinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir. Bahse konu düzenleme;

"(1) Hükümlüler, kurum içindeki veya dışındaki genel durumları, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine etkin katılımları, kurum düzenine karşı tutumları ve kendilerine verilen işlerdeki gayretleri dikkate alınarak teşvik esaslı ödüllerden yararlandırılabilirler."

(2) Hükümlülere verilebilecek ödüller şunlardır:

a) Kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan evli hükümlüler, en geç üç ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmidört saate kadar eşleri ile kurum veya

⁴⁷ MURAT, Abdullah, Hükümlü ve Tutukluların Özel Hayat ve Aile Hayatlarının Korunması. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Denizli, 2010, s. 111.

⁴⁸ EREN, Abdurrahman, Bir İnsan Hakkı Olarak Hükümlü ve Tutukluların 'Eş Ziyareti Hakkı', Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu vd. Yetkin Yay., Ankara, 2009, s. 289.

eklentilerinde ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın mahrem şekilde görüştürülebilir.” şeklindedir.

Pembe oda uygulaması olarak bilinen ziyaret uygulamasının hukuki niteliği bakımından mahkûmlara tanınmış bir hak mı yoksa bir ödül mü olduğu konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kurallarının 58. Kuralı “Eşle özel görüşme izni verildiği durumlarda, **bu hak** ayırım yapılmaksızın kullanılır.” şeklinde belirlenmiştir. Burada, yol gösterici nitelikteki uluslararası bir belgede “mahrem görüşme”nin hak olarak nitelendirildiği görülmektedir. Uluslararası anlaşma formunda tasarlanmadığı için bağlayıcı niteliği olmamakla birlikte tutuklu/hükümlü kimselere yönelik muamelelerin asgari standartlarını belirleyen bu kurallar evrensel kabul görmektedir. Ülkemizde de, bu kurallar içerisinde belirtilen standartların 2004 tarihli 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİK)’da yansımalarını görmek mümkündür⁴⁹.

Türk Hukukunda ise, yukarıda ifade edilen görüşlerin aksine, 5275 sayılı CGTİK esas alınarak çıkarılan 30/03/2013 tarihli Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik’te “mahrem görüşme”nin bir ödül olduğu ifade edilmektedir. Yönetmelik’in *Temel İlkeler* başlıklı 5. Maddesi; “Hükümlü ve tutuklulara ödül verilirken **bunların bir hak değil**, teşvik esaslı ayrıcalık olarak verilebileceği göz ardı edilemez.” şeklinde açık bir kural ortaya koymuştur. Yine Yönetmeliğin *Ödül Türleri* başlıklı 7. Maddesi de tutuklu/hükümlülere verilebilecek ödüller arasında, kapalı ceza infaz kurumlarındaki evli hükümlü ve tutuklulara, kurum personelinin yakın nezareti olmaksızın eşleri ile mahrem görüşme imkanı sağlanmasına yer vermiştir. Mahrem görüşmenin hükümlü ve tutuklulara yönelik ödüller arasında yer verilmesi, yine, bu kimselere ödül verilirken ödülün bir hak değil teşvik esaslı ayrıcalık olduğu yönünde açık ve net belirleme sebebiyle mahrem görüşmenin bir hak mı yoksa ödül mü olduğu tartışmasını ülkemizi açısından sona erdirecek niteliktedir. Bu belirlemenin yapılmasının ana sebebi güvenlik gerekçesidir. Ancak ifade edildiği gibi, hukukumuzdaki belirleme, uluslararası kabule uygun

⁴⁹ Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Nelson Mandela Kuralları), Ed.: Hasan Kemal Elban, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara, Haziran 2019.

düşmemektedir.⁵⁰ Dolayısıyla, bir ödül olarak tanınmış ise de, ödülünden faydalandırılmanın güçleştirilmesi hatta imkansızlaştırılması aile hayatına saygı hakkının özüne zarar verecektir⁵¹

AİHM, Sözleşmenin 8. maddesinin özel aile ziyareti konusunda sözleşmeye taraf ülkelere düzenleme yapma zorunluluğu getirmediğini ifade etmiştir⁵². Bu yönde önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Sözleşmeye taraf devletlerin birçoğunun mahrem görüşme imkanı tanıdığını, bunun iyi uygulama örneği olduğunu ancak Sözleşmenin böyle bir imkanın tanınması noktasında bir mecburiyet getirmediğini belirtmiştir⁵³.

AİHM'e göre, hükümlü ve tutuklular sözleşme kapsamındaki temel hakların tamamına kural olarak sahip olmakla birlikte, hükümlülük/tutukluluk sıfatının doğal sonucu olarak suçun niteliğine ve durumun koşullarına göre bir kimsenin hapisanenin özel uygulamalarına veya sınırlayıcı ziyaret uygulamalarına tabi tutulması haklı kabul edilebilmektedir. Sadece böyle bir sınırlama kendiliğinden bahse konu hakkın ihlali anlamına gelmemektedir⁵⁴. Gerçekten de ceza infaz kurumunda bulunmanın bir sonucu olarak, disiplin ve güvenliğin sağlanması, ceza infaz kurumundaki işleyiş ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerle mahkûmların haklarına sınırlama getirilebileceği kabul edilmektedir. Ancak, hükümlü ve/veya tutukluların sahip olduğu haklara yönelik getirilen sınırlamaların makul, aynı zamanda ölçülü olması gerekmektedir. Ceza infaz kurumunda güvenlik ve düzen sağlanması ile aile hayatına saygı hakkının korunması arasında da adil bir denge gözetilmelidir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi, tutuklu/hükümlülerin aile yaşamlarını sürdürebilmeleri bakımından eşle mahrem görüşme hakkının aile hayatına saygı hakkının olmazsa olmaz bir unsuru olarak her hal ve koşulda

⁵⁰ OSMANOĞLU, Bilal, PARLAK, O. Emre, "Mahpusların Ailesi ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, 2021, s. 251.

⁵¹ TİHEK, Başvuru No: 2018/2247, 12.2.2019. www.tihkek.gov.tr. (E.T.: 10.3.2022).

⁵² EREN, a.g.e., s. 285.

⁵³ AİHM, Dickson/Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 44362/04, 4.12.2007.

⁵⁴ AİHM, Vlasov/Rusya, Başvuru No: 78146/01, 12.06.2008.

⁵⁵ AYM, Başvuru No: 2013/6693, 16.4.2015.; AİHM, Gülmez/Türkiye, Başvuru No: 16330/02, 20.05.2008.

tanınması gereken bir hak olmadığı yönündeki AİHM yerleşik görüşünün farkında olarak bu doğrultuda kararlar vermektedir⁵⁶. Kararlarında pek çok paragrafta doğrudan AİHM kararlarından kesitler de yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin konuya örnek olabilecek yeni tarihli bir kararında⁵⁷, ceza infaz kurumlarının güvenlik ve düzeninin sağlanması adına alacağı tedbirler kapsamında mahpusların aile hayatlarının korunması hakkına sınırlama getirme konusunda da geniş takdir yetkisine sahip olduğunu ifade etmiştir. Mahkemeye göre, getirilen sınırlamanın makul olup olmadığı incelenirken esas alınması gereken şey, asgari imkânların⁵⁸ tanınmasıdır. Temel asgari imkanlar dışında hükümlü ve tutukluların ayrıca eşleriyle mahrem görüşme hakkı başlı başına aile hayatına saygı hakkı kapsamında korunmamaktadır. AYM bu kabulüyle, devletin aile hayatının korunması kapsamına alınan hakları belirlemede geniş takdir yetkisini ortaya koymuştur.

Açıksası, tutuklu/hükümlülerin ailelerinin ziyaret şeklinin hak olarak tanınmaması yönündeki tercihin ve bu yöndeki düzenlemelerin aile hayatının korunması bakımından zaruri olmadığı yönündeki görüşünün, yeterli kaynaklara sahip olunmaması nedeniyle şekillendiği değerlendirilmektedir. Bu görüşmeler için yer tesisi noktasında ceza ve infaz kurumlarının belirli bir bütçe ayırması ile bahse konu hakkın daha fazla tutuklu/hükümlü için de kullanılabilmesi düşünülmektedir. Elbette, mahrem görüşme hakkının her koşulda tanınması gereken bir hak olarak kabul edilmesi, bu hakkın olası bir hamilelik durumunda infaz erteleme yolu olarak kullanılması veya kadın cinayetlerinin yaşanması gibi suiistimallere de sebep olabileceği unutulmamalıdır. Bu açıdan bakıldığında mahrem görüşme hakkının sınırlamaya tabi tutulmasının yerinde olduğu söylenebilir. Ancak mahkeme kararlarında da ifade edildiği şekilde, aile hayatının korunması ve aile hayatına saygı hakkının güvence altına alınması amacıyla asgari imkânların tanınmasının tek başına bu amaca hizmet edemeyeceğinin de kabulü gerekir. Bu sebeple, bahse konu

⁵⁶ AYM, Başvuru Numarası: 2013/4708, 20.4.2016

⁵⁷ AYM, Başvuru No: 2017/34600, 6.2.2020.

⁵⁸ "...Bu bağlamda mahpusların aileleriyle açık ve kapalı ziyaret, mektupla ve telefonla haberleşme gibi imkânlarla yeterince sahip olup olmadıkları önem taşımaktadır..." AYM, Başvuru No: 2017/34600, 6.2.2020.

ziyaretlerin aile kurumu için ne derece gerekli ve zorunlu bir husus olduğu göz önünde bulundurularak, bu doğrultuda düzenlemeler yapılmasının büyük bir öneme sahip olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmada, özellikle Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında aile hayatının korunması ve aile hayatına saygı hakları kapsamında ele alınan farklı kurumlar incelenmiştir. Bireylerin aile hayatına saygı gösterilmesi konusunda herhangi bir hak ihlali yaşayıp yaşamadıklarına ilişkin mevcut hukuki düzenlemelerin günümüz ihtiyaçları karşısında yeterliliklerine yönelik değerlendirilmelerde bulunulmuştur.

Bu kapsamda yapılan çalışmada, öncelikle evlilik birliği içinde doğan çocukların soyadı ile ilgili yaşanan tartışmalara evlilik birliği dışında doğan çocuklar açısından girilmemesinin büyük bir eksiklik olduğu belirlenmiştir. Zira, evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuğun velayetinin annede olduğu durumlarda dahi çocuğun kanun gereği babanın soyadını alması, Anayasa Mahkemesi'nin göz önünde bulundurduğu temel esaslardan biri olan "çocuğun üstün yararı" ilkesine aykırı görülmektedir. Ancak, evlilik birliği içinde doğan çocuklar açısından bile günümüzdeki görüşe ulaşılmasının uzun yıllar sürdüğü göz önünde tutulduğu unutulmamalıdır. Konunun tartışmalardan uzak olmasının sebebi bu yöndeki başvuruların çok sayıda olmamasından kaynaklanabilir. Dolayısıyla, Nüfus Hizmetleri Kanunu 28/4 maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi halinde bu hükmün mahkemece iptal edilmesi veya Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda anılan madde hükmünü daha bireye ve aileye daha fazla fayda sağlayacak şekilde yorumlaması sağlanabilecektir.

Türk hukuk sisteminde yasal alt yapısı bulunmayan fiili birliktelikler açısından değerlendirildiğinde aileye saygı hakkı hususunda, devlet, yasal evlilikleri teşvik etmekle yükümlü olmasa da, idari makamların ya da yargı makamlarının üzerine düşeni tam olarak yerine getirmemesi suretiyle bireylerin evlenme hakkından mahrum edilmemesine özen gösterilmesi gerektiği söylenebilir. Aksi takdirde AİHS anlamında evlenme ve

aile hayatına saygı hakkının ihlalinin söz konusu olabileceği öngörülmektedir.

Toplumumuzda yaygın olarak uygulaması görülen dini nikah şeklindeki evlilik birlikteliklerine ilişkin olarak, sosyal güvenlik ödemeleri, miras rejimi gibi hususlarda olmak üzere mevzuata uygun düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç duyulduğu, ayrıca kamuda çalışan bireylere tanınan eş durumu tayin ve atama hakkının memur sıfatı taşımayan kişilere de tanınmasının, aile hayatının korunması ve aile hayatına saygı hakları bakımından devlete yüklenen yükümlülüğün tam olarak sağlanabilmesi açısından önemli görüldüğü değerlendirilmektedir.

Yine, tutuklu/hükümlülere tanınan bir hak olan ve pembe oda olarak tanımlanan özel ziyaret şeklinin bir ödül değil hak olarak tanınması yönünde düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç olduğu, ancak bu düzenlemeler yapılırken, mahrem görüşme hakkının her koşulda tanınması gereken bir hak olarak kabul edilmesi, bu hakkın olası bir hamilelik durumunda infaz erteleme yolu olarak kullanılması veya eş cinayetlerinin yaşanması gibi suiistimallere de sebep olabileceğinin göz önünde bulunması gerektiği ifade edilebilir.

Çalışmanın sonunda, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin görüş ve uygulamaların zamanla edinilen tecrübeler ve değişen yaşam tarzları doğrultusunda şekillendiği, birtakım kanuni değişiklikler yapıldığı ve yargı kararlarındaki içtihatlarda da güncellemelere gidildiği tespit edilmiştir. Bu sayede temel bireysel haklar arasında sayılan aile hayatının korunması ve aile hayatına saygı haklarının tam olarak korunabileceği, dolayısıyla da toplumun temel yapı taşı olan ailenin kuvvetlendirilerek daha güçlü bir toplum yapısına sahip olunacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKLAR

- ACABEY, Beşir, "Türk Hukukunda Aile Adı (Eşlerin ve Çocukların Soyadı)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 493-512.
- ARSLAN, Ö. Gülay, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi, 2019.
- BAŞOĞLU, Başak, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C.8, S. 1, s. 351-378.
- ÇAKMAK, U. Ramazan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Evlenme Hakkı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, C.25, S.2, s.163-184.
- DURSUN, Gizem, AİHM Kararları Işığında Özel Hayata ve Aile Hayatın Saygı Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C.13 s. 167-168.
- ELBAN, Hasan Kemal (Editör), "Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Nelson Mandela Kuralları)", Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları, Ankara, Haziran 2019.
- EREN, Abdurrahman, "Bir İnsan Hakkı Olarak Hükümlü ve Tutukluların 'Eş Ziyareti Hakkı'", Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na Armağan, Ed.: İbrahim Ö. Kaboğlu vd. Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- GÜLER, Zeynep, "Türk Hukuku'nda Kadının Soyadına İlişkin Gelişmeler Çerçevesinde Çocuğun Soyadı" Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- GÜNDOĞDU GÖZPINAR, Begüm, "Kadının Soyadı" Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, 2018.
- KABA, Ladji, AİHM Kararlarında Aile Hayatına Saygı Hakkının Uygulanmasında Devletin Yükümlülükleri. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2018.
- KAYA KIZILIRMAK, Cansu, Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat, Oniki Levha Yayıncılık, 2021.

- KÖNEZOĞLU, Bilge, Aile ve Ailenin Korunması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- MURAT, Abdullah, Hükümlü ve Tutukluların Özel Hayat ve Aile Hayatlarının Korunması, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Denizli, 2010.
- OSMANOĞLU, Bilal, PARLAK, O. Emre, "Mahpusların Ailesi ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, 2021, s.237-290.
- ARSLAN, Ö. Gülay, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8", Avrupa Konseyi, 2019.
- PEHLİVAN, M. Gökhan, "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı ile Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016, S. 7, s. 793-829.
- TAŞKIN, Pelin, "Çocuğun Soyadı ile İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, 2018. s. 69-94.
- TEKDOĞAN BAHÇIVANCI, I. Selin, "Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:9, Sayı:33 s. 634.
- ULUSOY, D. Ali, "Kamu Görevlilerinin Eş Durumu Nedeniyle Tayinlerinde Ayrımcılık Hakkında Bir Karşı Oy", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı, Haziran 2013, s. 3265-3267.
- YAVUZDOĞAN, Seçkin, "Danıştay'ın Naklen Atamalarda 'Aile Birliğinin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi' İlkesine Yaklaşımı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 19, s.415-446.
- YÜCEL, Özge: "Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi", Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, S. 2, s. 117-137.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.lexpera.com.tr

www.tihk.gov.tr

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})

www.criminaldefenselawyer.com/resources/criminal-defense/state-felony-laws/states-that-allow-conjugal-visits

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK

Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN * Dr. Öğr. Üyesi Şenel SARSIKOĞLU**

Öz

7394 sayılı “Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 4’üncü maddesiyle, Vergi Usul Kanunu 359’uncu maddesine cezadan indirim niteliğiyle yeni fıkralar eklenmiş ve VUK md. 371’de düzenlenen pişmanlık ve ıslah kurumu dışında yeni bir etkin pişmanlık hali öngörülmüştür. Etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmek için kaçakçılık suçuna neden olan fiillerle neden olunan vergi ziyayı, tarh edilen vergi ve gecikme zammı ile faizinin belli bir süre içinde ödenmesi lazım gelmektedir. Ayrıca vergi cezası kesilmesi ve tarh edilmesine ilişkin idari işlemlere dava açılmaması, açılmış ise feragat edilmesi gerekmektedir. Etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemeyle suç işleyen ancak pişman olan mükellefler için cezadan indirim söz konusu olacak bunun yanı sıra hazinenin uğradığı zarar da giderilecektir. Ancak indirimden yararlanmak için dava açma hakkından vazgeçme şartının öngörülmesi uygulamada birçok

* Doçent Doktor, Mersin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, Mersin, Türkiye//Ass. Prof., Mersin University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Fiscal Law, Mersin, Turkey.

✉ gulden_av@hotmail.com • ORCID 0000-0002-6467-6048

** Doktor Öğretim Üyesi, Kastamonu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Devletler Hukuku Anabilim Dalı, Kastamonu, Türkiye//Ass. Prof., Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of International Law, Kastamonu University, Turkey

✉ senels@kastamonu.edu.tr • ORCID 0000-0002-2204-8422

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ŞİŞMAN Gülden/SARSIKOĞLU Şenel “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1591-1623.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

sorunu ortaya çıkaracaktır. Vergi suçları için öngörülen yaptırımların kaçakçılığı önleme konusunda yetkinliği ve caydırıcılığı, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Bununla birlikte etkin pişmanlık düzenlemesinin cezaların caydırıcılığını azaltması söz konusu olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Etkin Pişmanlık • Kaçakçılık Suçu • Pişmanlık • Vergi Cezası • Islah.

ACTIVE REPENTANCE IN TERMS OF THE OFFENCE OF TAX EVASION

Abstract

With the Law No. 7394 on the Amendments of Treasury-Owned Immovable Property Valuation and the Value Added Tax Law and Article 4 of the Law No. 375 on the Amendments of Certain Other Laws and Decrees and with the paragraphs added to Article 359 of the Tax Procedure Law with the characterization of remission, a new state of active repentance has been prescribed apart from the repentance and amendment institution regulated in Article 371 of the Tax Procedure Law. To take advantage of active repentance, the loss of tax arising from the acts caused by the offence of smuggling, the assessed tax, the late fee and interest must be paid within a certain period of time. Also, administrative proceedings regarding the imposition and assessment of tax penalties must not be sued, and if a suit has been filed, it should be waived. There will be reduced sentence for taxpayers who commit an offense but regret it, as well as the damage suffered by the treasury will be eliminated. There will be reduced sentences for taxpayers who commit an offense but regret it, as well as the damage suffered by the treasury will be eliminated. The adequacy and deterrence of the sanctions foreseen for tax crimes in preventing smuggling is an important issue that should be emphasized. Effective repentance regulation will reduce the deterrence of penalties.

Key Words

Active Repentance • Crime of Smuggling • Repentance • Tax Sanctions • Tax Penalty Repentance and Correction

GİRİŞ

7394 sayılı ve 08.04.2022 tarihli “Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 4’üncü maddesiyle, Vergi Usul Kanunu 359’uncu maddesine cezadan indirim

nitelemesiyle yeni fıkralar eklenmiş, VUK md. 371'de düzenlenen pişmanlık ve ıslah kurumu dışında hükmedilecek ceza üzerinde etkisi olan ve daha önce VUK'ta düzenlenmemiş bir pişmanlık hali öngörülmüştür.

İlgili düzenlemeye göre:

“Bu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığıнын tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilmeye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilir.

Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır.”

Hukuk devletinde¹ suç teşkil eden davranışların cezalandırılmasına ilişkin kuralların temel fonksiyonu² toplumsal düzeni sağlamak olduğu için caydırıcılık vasfı önemlidir. Vergi kaçakçılığı suçunda bir yandan öngörülen cezaların üst sınırı yükseltilerek suçun işlenmesinin önüne geçilmekte ama diğer taraftan da etkin pişmanlık hükmü getirilerek ilgili düzenlemenin caydırıcılık özelliği azaltılmaktadır. Etkin pişmanlık hükmü

¹ CHEVALLIER, Jacques; Hukuk Devleti, (Çeviren: Ertuğrul Cenk GÜRCAN), İmaj Yayınevi, Ankara, Eylül 2010, s. 6 vd. Yazar, hukuk devleti kavramının özel bir devlet biçimi olarak bir hukuk rejimine boyun eğen bir devlet biçimi olarak düşünülmesini gerektiğini; bu tür bir devlette yönetenlerin hukuk düzeninin kabul ettiği araçları kullandığını ve yönetilenlerin ise suistimallere karşı yargısal başvuru yollarına sahip olduğunu ifade etmektedir.

² BECCARIA, Cesare; Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çeviren: Sami SELÇUK), İmge Kitabevi, Ankara, Haziran 2004, s. 69. Yazar, cezaların amacının suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemek ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemek olduğunu belirtmektedir. YANYALI, Ali Rıza / ORFANİDİS, Vasilaki; Ceza Hukuku Felsefesi (Mizan-ı Cezanın İlk Kısmı: Hikmet-i Ceza), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mart 2021, s. 22. Yazarlar, suçluya verilecek cezanın acı çekirtme (tazib) kastıyla değil, terbiye etme (tedip) amacıyla verilmesi lazım geldiğini; böylece kişinin o suçu bir daha işlememesi ve diğerlerinin de kendisini takiben suç işlemeye tevessül etmemelerinin temin edileceğini açıklamaktadır.

ile karşımıza çıkan bir diğer sorun, cezadan yapılacak indirimlerin hakaniyetle belirlenmemesidir. Soruşturma, kovuşturma ve infaz aşaması için etkin pişmanlık vesilesiyle cezadan indirim yapılması öngörülmektedir. Ancak infaz aşamasında yapılan indirim ile soruşturma aşamasındaki indirim oranının aynı olması bunun yanı sıra soruşturma ve kovuşturma aşaması için devletin zarara uğramadığı hallerde aynı indirim oranının uygulanması eleştirilere sebebiyet verecek niteliktedir.

Etkin pişmanlık hükmünden yararlanma şartları da üzerinde önemle durulması gereken konulardandır. Özellikle etkin pişmanlık uygulaması nedeniyle mükellefin cezasından indirim yapılabilmesi için vergi aslı ve gecikme zammının tamamı ile vergi ziyai cezasının bir kısmının ödenmesi ve söz konusu idari işlemlere karşı dava açma hakkından vazgeçilmesi gerekmektedir. Bu durumda idarenin tek taraflı iradesi ile ortaya çıkan tarh ve ceza kesme işlemi yargının denetimi dışında kalacaktır.

Çalışmamızda ilkin suç genel teorisi açısından etkin pişmanlık konusu, yargı kararları ile birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında ele alınacak; sonrasında vergi kaçakçılığı suçunda getirilen etkin pişmanlık hükümlerinin hukuki niteliği ve şartları üzerinde durulacak; nihayetinde yapılan yeni düzenlemenin hukuk devleti açısından ortaya çıkarabileceği muhtemel sorunlar değerlendirilecektir.

I. ETKİN PİŞMANLIK VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Etkin pişmanlık, suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan ve suçun zararlı sonuçlarının ortadan kaldırılması ya da en aza indirilmesi için eyemli bir çaba içine girilmesini ifade etmektedir³. Bir diğer ifade ile failin

³ DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:1, Onüçüncü Tıpkı Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 1997, s. 451; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Onuncu Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2017, s. 473; TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 292; SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 314. 765 sayılı mülga TCK döneminde etkin pişmanlık icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin oluşmasına istenilerek engel olunması şeklinde meydana gelmesi sebebiyle tam teşebbüs aşamasında söz konusu olmakta ve etkin pişmanlık genel bir hüküm olarak düzenlenmediğinden faile tam teşebbüs hükümleri uyarınca sorumluluk yüklenmekteydi. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. DEMİRBAŞ, Timur; Ceza

suç tamamlandıktan sonra eylemin mağdur üzerindeki etkilerini bertaraf etmeye, azaltmaya, eski hale getirmeye yönelik girişimlerde bulunmasıdır⁴. Etkin pişmanlığı; suç tamamlandıktan sonra cezanın ortadan kaldırılmasını sağlayan şahsi cezasızlık veya indirim sebebi olarak tanımlayabiliriz⁵. Etkin pişmanlık suç açısından kusurluluğu ortadan kaldırmaz. Kişinin pişmanlığının sonucu olarak kusurunu ikrar edip, suç oluşturan eylemini hukuk zeminine döndürmeye devamında da suçunun olumsuz etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik çabalarıdır.

Etkin pişmanlık düzenlemesi bazı suçlarda failin cezalandırılmasını, bazılarında da faile verilecek cezanın bir kısmının indirilmesini öngörmektedir. Bu bakımdan etkin pişmanlık hükümleri ya cezadan indirim yapılmasını icap ettiren bir şahsi sebep olarak yahut da cezanın kaldırılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak⁶ ve sadece suç sonrası pişmanlık şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁷. Dolayısıyla etkin pişmanlık müessesesi, ceza genel teorisinde gönüllü vazgeçme kurumunun

Hukuku Genel Hükümler, Onaltıncı Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021, s. 506 vd. 5271 sayılı TCK uygulamasında ise bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre; teşebbüs aşamasında tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayrımı yapılmaksızın gönüllü vazgeçmenin mümkün olduğu, buna karşılık suç tamamlanmadan evvel etkin pişmanlıktan söz edilemeyeceğini ifade etmemiz gerekir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Onyedinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021, s. 569 vd.

- 4 BAYRAKLI, Hasan Hüseyin; "Vergi Kaçakçılık Suçunda Gönüllü Vazgeçme", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7 Sayı:27, Temmuz 2016, s. 5.
- 5 ÖZER, İbrahim; "Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011. Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Erişim Tarihi: 20.07.2022.
- 6 ÖZGENÇ, s. 576; ÖZBEK, Veli Özer; Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap Genel Hükümler, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2021, s. 125. Cezalandırmanın önüne geçen bu sebepler esasen fiilin teknik olarak suç olma vasfını ortadan kaldırmamakta ve fakat çeşitli nedenlerle failin cezalandırılmasını engellemektedir. Nitekim fiil haksızlık teşkil etmeye devam ettiğinden dolayı bu sebepler hukuka uygunluk sebeplerinden ayrılmaktadır.
- 7 ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Onikinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021, s. 545.

tamamlanmış suçlardaki görünüş biçimi olarak nitelendirilmektedir⁸. Bununla birlikte suçu tamamlamaktan vazgeçmeyi teşvik amaçlı yürürlüğe konulan gönüllü vazgeçme⁹, TCK'nın genel hükümler kısmında yer alan 36'ncı maddesinde düzenlenmiş ve tüm suçlar için uygulanabilirken; etkin pişmanlık kurumu yalnızca kanunda düzenlendikleri suçlar bakımından uygulama alanı bulabilmektedir¹⁰. Ayrıca 765 sayılı mülga TCK'da fail icra hareketleri esnasında suç yolundan (iter criminis) dönebileceği gibi icra hareketlerinden sonra da neticenin meydana gelmesine engel olabilmekte ve bu durumda etkin pişmanlıktan söz edilebilmekteyken¹¹ 5237 sayılı TCK'da etkin pişmanlık hükümlerine yalnızca suç sonrasına etki edecek şekilde yer verilmiştir. Dolayısıyla suçun tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçme mümkün olmayıp, şartları varsa etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir¹².

Kanun koyucu, bazı suçlar bakımından suç tamamlandıktan sonra ve fakat cumhuriyet savcısı tarafından soruşturmaya başlanılmadan önce veya soruşturma aşamasında; kovuşturma aşamasında hüküm verilmeden önce ve hatta cezanın infazı aşamasında etkin pişmanlık gösterilmesine yönelik özel hükümler ihdas etmiştir¹³. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu TCK md. 110; hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas ve taksirli iflas suçları TCK md. 168; kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak

⁸ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ondördüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021, s. 445; GÖDEKLİ, Mehmet; "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:8 Sayı:29, Ocak 2017, s. 282.

⁹ ÖZGENÇ, s. 526; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 444.

¹⁰ HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2019, s. 517. Gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık kurumlarının farkına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. BABA, Yasemin; Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2013, s. 103 vd.

¹¹ BAYRAKTAR, Köksal; "Faal Nedamet", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:33 Sayı:3-4, Yıl:1967, s. 122.

¹² TÖNGÜR, Ali Rıza / ÇETİNTÜRK, Ekrem; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2020, s. 307.

¹³ DEMİRBAŞ, s. 512; BABA, s. 33.

suçları TCK md. 192; banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu TCK md. 245; zimmet suçu TCK md. 248’de özel olarak düzenlendiğinden etkin pişmanlık vesilesiyle cezadan indirim öngören suç tiplerine örnek verilebilecektir¹⁴. Bu hükümler, suç teşkil eden fiillerin işlenmesiyle ortaya çıkan mağduriyetin etki yahut ekonomik sonuçlarının olabildiğince aza indirilmesini gaye edinmektedir¹⁵.

VUK md. 359’a eklenen fıkralarla yapılan düzenlemelerle, kaçakçılık suçu açısından soruşturma ya da kovuşturma evresinde de etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesine olanak sağlanmaktadır. Düzenleme, VUK’ta yer alan tüm suç tiplerini kapsayan genel bir hüküm değildir. TCK’da olduğu gibi yalnızca belli suç tipleri için özel olarak düzenlenmiştir. VUK md. 359’da yapılan düzenleme, niteliği gereği sadece kaçakçılık suçu için öngörülmekte ve kişiler hakkında etkin pişmanlık hükmü uygulanarak cezadan indirim sağlanmaktadır. Etkin pişmanlık hükmünden yararlanmak için failin “VUK 359’uncu maddesinde yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammını” ödemesi gerekmektedir¹⁶. İlgili düzenlemede tarh edilen verginin ödenmesi devletin

¹⁴ BABA, s. 33; AKBULUT, Berrin; Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2020, s. 111,112.

¹⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 444; ÖZGENÇ, s. 97. Son yazar, izlenen suç politikası sayesinde mağdurların uğradığı zararların karşılanabildiğini; mesela, hapis cezasının ertelenebilmesinin mağdurun uğradığı zararların karşılanması şartına bağlandığını; benzer şekilde çeşitli suçlar için kabul edilen etkin pişmanlık hükümlerinin de aynı amaca hizmet ettiğini ifade etmektedir.

¹⁶ VUK’a 08.04.2022 tarihinde 7394 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesiyle eklenen Geçici Madde 34: “Haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar, 359. maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammını, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Hazineye ödedikleri takdirde 359. maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla soruşturma evresi için yapılan etkin pişmanlık düzenlemesinden faydalanabilir. Bu fıkrada belirtilen ceza indiriminden faydalanabilmek için vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi şarttır.” hükümlerine yer verdiğinden infaz aşamasında da etkinlik pişmanlık hükmünden faydalanılabilesinin önu açılmıştır.

(hazinenin) uğradığı zararın giderilmesidir. Bunun yanı sıra sadece devletin uğradığı zararın giderilmesi yeterli değildir. Vergi ziyayı kabahati için kesilen ceza ve ferilerinin ödenmesi de gerekmektedir. Düzenlemenin bu haliyle kaçakçılık suçunun haksızlık içeriğini azalttığını söyleyebiliriz. Ancak; failin gelecekte aynı suçu tekrar işlemesi halinde yeniden etkin pişmanlık hükmünden faydalanmasını engelleyen bir düzenleme olmadığı için failin etkisi uzun sürecek bir pişmanlığı söz konusu olmayabilir. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan etkin pişmanlık düzenlemelerinde bazı suç tiplerinde etkin pişmanlık nedeniyle cezadan indirim yapılması için failin kamunun zararını gidermesi gerekmektedir. Mesela, TCK md. 248'de zimmet suçunda etkin pişmanlık hükmünün uygulanması düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen mal aynen iade edilir veya kamunun uğradığı zarar tamamen giderilirse verilecek cezanın üçte ikisi (2/3) indirilir. Benzer düzenleme bilişim alanında işlenen suçlar açısından da öngörülmüştür. Ancak, TCK'da yer alan bazı suçlarda etkin pişmanlık hükmünden birden fazla yararlanılamayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁷. VUK md. 359'da ise bu konuda bir sınırlama söz konusu değildir.

VUK md. 359'da kaçakçılık suçu için öngörülen failin cezasının indirilmesini sağlayan etkin pişmanlık, VUK md. 371'de yer alan pişmanlık ve ıslah kurumu ile sonuçları açısından benzerlik arz etmektedir. Her iki kurum da cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebepler arasında sayılmaktadır¹⁸. Ancak pişmanlık ve ıslah kurumuna beyana dayalı vergilerde mükellef hakkında bir vergi incelemesi başlamadan, matrah takdir komisyonuna sevk edilmeden ya da resmi kayıtlara geçmiş bir ihbar olmadan önce başvurulmaktadır. Kovuşturma veya soruşturma aşamasında başvuru bir kurum değildir¹⁹. Pişmanlık ve ıslah kurumunda mükellef eğer

¹⁷ Mesela, TCK md. 221/6 hükmü uyarınca suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda failin etkin pişmanlık hükmünden birden fazla yararlanması mümkün değildir.

¹⁸ ASLANPINAR, Y. Burak; TCK'nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2021, s. 174.

¹⁹ Bununla birlikte; tamamen vergisel kabahatler düşünülerek kaleme alınan VUK md 371'de yer alan şartların ceza yargılamasına uyarlanmasının isabetli olmadığı, mesela VUK md 371 hükümlerinin bir ceza soruşturmasında ne şekilde uygulanacağını teorik ve pratik açıdan izaha muhtaç olduğu ileri sürülmüştür. Bunun yerine VUK'taki bütün suçları kapsayan bir etkin pişmanlık düzenlemesinin yapılması önerilmiştir.

şartlarını taşıyor ise hem vergi ziyayı kabahati nedeniyle kesilecek para cezası kesilmeyecek hem de kaçakçılık suçu için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmeyecektir²⁰. Hem etkin pişmanlık hem de pişmanlık ve ıslah müesseseleri, suçun tamamlanmasından sonra ve ortaya çıkarılan zararın giderilmesi şartına bağlı olarak uygulanan bir kurumdur. Ancak etkin pişmanlık hükmünden ödenecek verginin olmaması durumunda da yararlanmak mümkündür. Pişmanlık ve ıslah kurumunda ise tespit olunacak matrahın bulunmaması ya da zarar beyan edilmesi halinde mükellef pişmanlıktan yararlanamaz²¹. Farklılıklarına rağmen her iki kurumda da devlet failde oluşan pişmanlık duygusuna duyarsız kalmamakta bu nedenle de suç ve ceza ortadan kalkmamasına rağmen faili cezalandırmamakta, pişmanlığı bir nevi hukuka uygunluk nedeni olarak görmektedir²². Pişmanlık ve ıslah kurumunu, etkin pişmanlıktan ayıran bir diğer konu pişmanlığın kaçakçılık suçu iştirakçisine etkisidir. Pişmanlık ve ıslah, beyana dayanan vergilerde vergi ziyayı cezasını gerektiren halin mükellefçe kendiliğinden ilgili makama haber verilmesi ve belli şartların yerine getirilmesi neticesinde mükellef veya vergi sorumlusuna vergi ziyayı cezası kesilmesini ve iştirak halinde işlenenler dâhil olmak üzere kaçakçılık cezasına hükmolunmasını engelleyen hukukî müessesedir²³. VUK md. 359'da yer alan etkin pişmanlık hükmü nedeniyle cezadan

Açıklamalar için bkz. YURTLU, Fatih; "Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları Değerlendirme Raporu - I", Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları (Editör: İzzet ÖZGENÇ), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2021, s. 660,661.

- ²⁰ VUK md. 371 uyarınca pişmanlık ve ıslah kurumu, vergilerin asıllarını değil, yalnızca vergi cezalarını sona erdirmektedir. BATI, Murat; Vergi Hukuku (Genel Hükmüler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2021, s. 450.
- ²¹ BATI, s. 460; ÇAKMAKÇI, Ali / KÖSEER Semra, Sahte Belge ve Vergi Kaçakçılık Suçları, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2019, s. 64; AĞAR, Serkan; Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2016, s. 268. Aksi yönde görüş için bkz. DONAY, Süheyl; Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2008, s. 211.
- ²² ARSLAN, Mehmet; Vergi Hukuku, Dora Yayınevi, Bursa, Ocak 2016, s. 330; YILMAZ FURTUNA, Elif; "Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları Değerlendirme Raporu - II", Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları (Editör: İzzet ÖZGENÇ), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2021, s. 681.
- ²³ ORTAÇ, Fevzi Rifat / ÜNSAL, Hilmi; Genel Vergi Hukuku, Birinci Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2019, s. 156; ORTAÇ, Fevzi Rifat / YILMAZ FURTUNA, Elif; "Pişmanlıkla Verilen Beyannamenin İhtirazî Kayıtlarla Verilebilmesi Üzerine Bir

indirim iştirakçileri kapsamaz. Etkin pişmanlık, cezanın azaltılmasını ya da hiç ceza verilmemesini öngören şahsi bir sebep olduğu için yalnızca kanunda öngörülen davranışları gerçekleştiren kişiler bu hükümden yararlanır²⁴. Ancak her iki düzenlemenin ortak noktası mükellefin vergi aslı, vergi ziyayı cezası ve ferileri için dava açma hakkını kaybetmesidir.

Etkin pişmanlık nedeniyle cezadan indirim tamamlanmış suç açısından uygulanır. Bu yönüyle gönüllü vazgeçmeden ayrılırlar. Nitekim gönüllü vazgeçme kurumu, hukuki vasfı itibarıyla suçun icrasına başladıktan sonra ve fakat icra hareketleri tamamlanmadan veya neticeli suçlarda netice gerçekleşmeden ortaya çıkan ve failin işlemeyi kastettiği suçtan dolayı cezasını ortadan kaldıran şahsi bir sebep olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵. Vazgeçmenin gönüllü olması failin suç yolunda ilerleme imkanı varken, kendi rızasıyla suçun tamamlanmasından vazgeçmesidir²⁶.

Kanun koyucu, etkin pişmanlık hükümlerini TCK'nın genel kısmında düzenlememiş olup bazı suç tipleri açısından özel hükümler içerisinde yer vermeyi tercih etmiştir. VUK'ta yer alan etkin pişmanlık düzenlemesi de tüm vergi suçları için öngörülen genel bir düzenleme niteliği taşımamaktadır. Sadece VUK md. 359'da yer alan kaçakçılık suçu için öngörülmüştür. Bununla birlikte; VUK'ta öngörülen bütün suç tiplerini

Değerlendirme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8 Sayı:2, Yıl 2017, s. 428; ÖNER, Erdoğan; Vergi Hukuku, Onüçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2022, s. 164; SOMUNCU, Ahmet / DEĞİRMENDERELİ, Ali; Türk ve Alman Vergi Hukukunda Pişmanlık, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2015, s. 78.

²⁴ YENİDÜNYA, Ahmet Caner; "Malvarlığına Karşı Suçlarda Etkin Pişmanlık ve Uygulaması", Kişisel İnternet Blog Sayfası, <https://caneryenidunya.com/malvarligina-karsi-suclarda-etkin-pismanlik/> (Erişim Tarihi: 21.07.2022); Ayrıca bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Esas: 2017/10255, Karar: 2019/39651, Tarih: 18.12.2019. Aktaran, ÜMİT, Ceyda; "Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık Uygulaması: Yasal Gelişmeler Işığında Analitik Bir İnceleme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12 Sayı:1, Yıl 2021, s. 145. Yazar, haklı olarak iştirak halinde işlenen suçlarda suçun ortaya çıkarılmasındaki katkıya bağlı olarak etkin pişmanlık hükümlerinden yalnızca etkin pişmanlık davranışlarını gerçekleştiren kişilerin yararlanacağını belirtmektedir.

²⁵ ÖZGENÇ, s. 573; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 504; ÖZBEK /DOĞAN/BACAKSIZ, s. 577; HAKERİ, s. 506.

²⁶ YURTLU, Fatih / GENÇ, Fatma Umay / KURT KILIÇ, Elif / KILIÇ, Burak; Ceza Genel Hukuku (Editörler: İzzet ÖZGENÇ-İlhan ÜZÜLMEZ), Dördüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2021, s. 126.

kapsayıcı bir düzenlemeye yer verilmemesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında kanun koyucunun, ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla suç sayılan fiiller için öngörülen ceza, indirim ve artırım gibi konularda farklı düzenlemelere yer verebileceğini haklı olarak ifade etmiştir²⁷.

Etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemeyle suç tekil eden fiilleri işleyen ve bundan rahatsızlık duyarak tekrar hukuki zemine dönmek isteyen mükellefler için bir kurtuluş kapısı aralanmış olacak²⁸ bunun yanı sıra hazinenin uğradığı zarar da giderilecektir²⁹.

İki düzenlemeyi de dikkate alarak etkin pişmanlık nedeniyle cezadan indirim şartlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

1.1.Kaçakçılık Suçunun Tamamlanmış Olması

Etkin pişmanlık nedeniyle cezadan indirim yapılabilmesi için öncelikle suçun tamamlanmış olması gerekmektedir. Suçun tamamlanma anı; neticeli suçlar ve sırf hareket suçları açısından farklılık arz etmektedir. Belli bir neticenin gerçekleşmesi aranmadan sadece kanunda öngörülen fiilin yapılmasıyla tamamlanan suçlara "neticesiz suçlar" veya "salt hareket suçları", bir hareketin belli bir neticeyi meydana getirmesiyle

²⁷ " ... Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasa koyucu, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir. Suç sayılan eylemler arasında benzerlikler olduğu gibi farklılıklar da bulunabilir. Kimi benzerliklere rağmen eylemin toplumda yarattığı infial, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, işlenme oranındaki artış ve azalma gibi faktörlere bağlı olarak daha ağır cezayla yaptırıma bağlanması veya bu sonucu doğuracak biçimde indirim nedenlerine yer verilmemesi yasa koyucunun takdirindedir... Cezayı hafifletici sebepler de ceza siyasetine bağlı olarak yasa koyucunun takdirindedir..." Anayasa Mahkemesi, Esas: 2006/123, Karar: 2009/43, Tarih: 05.03.2009. T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/43> (Erişim Tarihi: 24.05.2022)

²⁸ BAYRAKLI, Hasan Hüseyin; "Pişmanlık ve İslah Hükümleri Karşısında Vergi Kaçakçılık Suçlarının Konumu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8 Sayı:31, Temmuz 2017, s. 51.

²⁹ KARAKOÇ, Yusuf; "Vergi Cezası Anlaşmazlıklarının Çözüm Yollarından Cezalarda İndirim Müessesesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16 Sayı: Özel, 2014, s. 3648.

tamamlanan suçlara ise “neticeli suçlar” denir³⁰. Vergi kaçakçılığı suçu, zarar suçu değil sırf hareket suçudur. Suç, her suç tipinde öngörölmüş ve hükme bağlanmış olan zarar veya tehlike biçiminde ortaya çıkabilecek neticenin gerçekleşmesiyle tamamlanmaktadır³¹. Failin, yapmış olduğu hareketle kanuni tanıma uygun olarak neticenin ortaya çıkmasıyla birlikte suçun tamamlandığı kabul edilir³². Vergi kaçakçılığına ilişkin suç tipi, VUK md. 359’da öngörölen hukuka aykırı fiilleri içeren, kasten işlenen ve vergi kaybı şartının aranmadığı bir vergi suçudur. Bu nedenle netice suçun bir unsuru olmayıp kanuni tanımda yer alan hareketlerin gerçekleştirilmesi suçun tamamlanması için yeterli olacaktır³³. Örneğin sahte belge düzenleme fiilinde belgenin düzenlenmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Sahte fatura kullanma fiili ise faturanın yasal defterlere kaydı ile tamamlanacaktır³⁴. Ancak; kaçakçılık suçuna çift defter kullanma fiilinin icrasıyla sebep olunması halinde suçun tamamlanabilmesi için eylemin

³⁰ DÖNMEZER / ERMAN, s. 381; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 264; TOROSLU, s. 123; SOYASLAN, s. 258; HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 306; BAKİ, Ensar; “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2016 Sayı:2, s. 32.

³¹ SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1994, s. 45.

³² ÇİTİL, Bünyamin; Vergi Hukukunda Sahte Fatura Suçları, Seçkin Yayıncılık, İkinci Baskı, Ankara, Eylül 2021, s. 115; UYANIK, Mustafa, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Defter, Kayıt ve Belgelerin Gizlenmesi veya İbraz Edilmemesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2014. Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Erişim Tarihi: 21.07.2022, s. 29.

³³ ÖZGENÇ, İzzet; “Sonuç ve Değerlendirme” / “Conclusion and Evaluation”, in: 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler / 5th Turkish-Korean Criminal Law Days, International Symposium on Economic Crimes in Comparative Law, Presentations (Editörler/Editors:İzzet ÖZGENÇ-Cumhur ŞAHİN-Faruk TURHAN), Cilt/Volume II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2020, s. 1907. Yazar, vergi kaçakçılığı suçunun belgede sahtecilik suçunun özel bir türü olduğunu, devletin gelir kaybına neden olunmaksızın da vergi kaçakçılığı suçunun işlenebileceğini ifade etmektedir. Ancak; uygulamada çifte defter tutma eylemleri bakımından cezaya hükmedilebilmesi için çifte defter tutulduğunun ve vergi matrahında azalma olduğunun somut delillerle tespit edilmesi gerekmektedir. Bkz. Yargıtay 21. Ceza Dairesi, Esas: 2016/1547, Karar: 2016/2947, Tarih: 26.12.2016. T.C. Yargıtay Kararlar Bilgi Bankası. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 25.05.2022)

³⁴ ÇİTİL, s. 156.

vergi matrahının azalması sonucunu da doğurması gerekir³⁵. Özellikle muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge ve sahte belge düzenlemede fiillerinde, suç hareketin yapılmasıyla tamamlanmış olmaktadır³⁶.

1.2.Kanunda Öngörülen Süre İçinde Tarh Edilen Verginin, Gecikme Faizi ve Gecikme Zammının Tamamı ile Kesilen Cezaların Yarısı ve Buna İsbet Eden Gecikme Zammının Ödenmesi

VUK md. 359'da yer alan düzenleme, kaçakçılık suçunda etkin pişmanlık nedeniyle cezadan indirim uygulanmasını, tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunup bulunmadığına göre ikili bir ayrıma tabi tutmaktadır.

Düzenlemede ilkin failin etkin pişmanlıktan yararlanması için gereken aktif davranış, tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının soruşturma aşamasında ödenmesi olup bu durumda hürriyeti bağlayıcı cezanın yarısı (1/2) indirilecektir. Kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından hüküm tesis edilinceye kadar ödenmesi durumunda cezanın üçte biri (1/3) indirilecektir.

Etkin pişmanlık hükmüyle hedeflenen amaç, suçun işlenmesiyle oluşan mağduriyetin etkisinin giderilmesi ya da ekonomik zararların mümkün olduğunca giderilmesidir. Ancak VUK md. 359'da yer alan fiillerin hepsi mutlak olarak vergi kaybına neden olmamaktadır. Mesela, defter ve belgeleri gizlemek; Maliye Bakanlığı ile anlaşma yapan matbaaların basabileceği belgeleri anlaşması olmadığı halde basmak ve basılan bu belgeleri bilerek kullanmak fiilleri bu kabildendir. İzah edilen nedenle söz konusu fiiller açısından zararın telafisi şartının yerine getirilmesi aranmayacaktır. Maddede yer alan düzenleme gereği eğer vergi kaybı yoksa, başka bir ifade, ile tarh edilecek vergi aslının ve buna bağlı cezanın bulunmaması halinde faile verilecek ceza yarısı (1/2) oranında indirilecektir. Vergi kaçakçılığı suçu, bir zarar suçu olarak tanımlanmamakla beraber hazinenin kayba uğramadığı durumlarda cezadan indirim yapılması kanaatimizce hakkaniyete uygun ve isabetli bir düzenlemedir. Nitekim her somut olayda etkin pişmanlık hükümleri, hazinenin kayba

³⁵ ASLANPINAR, s. 102.

³⁶ ŞENYÜZ, Doğan; Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 492.

uğramasına sebep olan maddi vakianın (hakikatin) açıklığa kavuşmasını sağlayan kişilerin ceza sorumluluğu açısından lehe bir durum oluşturmaktadır³⁷. Kaldı ki özel hukuktaki sorumluluk rejimlerinde dahi sorumluluğun kapsamı, kanun koyucunun ilgili hükmü ihdas etmesindeki koruma amacıyla örtüşmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁸.

1.3. Pişmanlığın Kanunda Öngörülen Zamanda Gerçekleşmesi

Etkin pişmanlık hükmünden hangi aşamada yararlanılacağına ilişkin VUK md. 359’da düzenleme yapılmıştır. Kanun, burada soruşturma ve kovuşturma evresi olmak üzere ikili bir ayrıma gitmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu md. 2’ye göre; soruşturma “kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,” kovuşturma ise “iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade etmektedir.

VUK Geçici 34’üncü maddesinin ilk fıkrasında ise “*Haklarında hükmü verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar, 359 uncu maddede yazılı fiillerle verginin ziyaa uğratıldığıнын tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammını, bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Hazineye ödedikleri takdirde 359 uncu maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla soruşturma evresi için yapılan etkin pişmanlık düzenlemesinden faydalanabilir.*” hükmüne yer verilmiştir.

Etkin pişmanlık hükmünden yararlanmanın farklı evrelere ayrılması³⁹ ve hükmedilecek cezada farklı indirim oranları uygulanmasına

³⁷ ÖZGENÇ, Sonuç ve Değerlendirme, s. 1909. Yazar, vergi ve gümrük kaçakçılığı suçları bakımından hüküm kesinleştikten sonra da etkin pişmanlık yolunun açılması gerektiğini ifade etmektedir.

³⁸ OZANEMRE YAYLA, Tolunay; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2022, s. 123. Yazar, haklı olarak zararın kanun koyucunun ilgili hükmü ihdas etmesindeki koruma amacıyla örtüşmesi gerektiğini ifade etmektedir.

³⁹ BAKİ, s. 47. Yazar, etkin pişmanlığın suçun tamamlanmasından sonraki herhangi bir aşamada mesela kovuşturma evresinde hüküm verildikten sonra hatta kovuşturma evresi tamamlandıktan sonra yani hükmün infaz aşamasında dahi söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Ancak burada ifade edilmelidir ki kanun koyucu tarafından infaz aşamasında da etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasının öngörüleceği hallerde dahi kesin hükme herhangi bir müdahale söz konusu olmamalıdır.

ilişkin Anayasa Mahkemesi itiraz yoluyla (somut norm denetimi) kendisine gönderilen bir uyuşmazlıkta, eşitlik ilkesi açısından yaptığı bir değerlendirilmede kanun koyucunun etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılmasını ceza muhakemesinin farklı aşamalarına bağlamasını anayasaya aykırı görmemiştir⁴⁰.

1.4. Tarh ve Ceza Kesme İdari İşlemine İlişkin Vergi

Mahkemesinde Dava Açılmaması, Açılmış ise Feragat Edilmesi

Kaçakçılık suçunun failinin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi, vergi mahkemesinde dava açmaması veya dava açmışsa bu davadan feragat etmesi; dava sonucuna ilişkin kanun yollarına başvurmaması veya kanun yoluna başvurmuşsa bundan vazgeçmesi koşuluna bağlanmıştır. VUK'ta düzenlenmekte olan uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden uzlaşma ve cezadan indirim kurumlarından yararlanan mükellef veya hakkında ceza kesilen kişi de dava açma hakkından vazgeçmektedir. İlgili düzenlemenin gerekçesinde de uzlaşma müessesesinden faydalanılması halinde dava açma hakkından vazgeçilmesi hususu örnek olarak verilmiştir. Gerekçe şu şekildedir: "213 sayılı Kanunda tarh edilen vergiler ile kesilen cezalara ilişkin ihtilafların dava konusu yapılmadan idari aşamada çözümlenmesine imkân veren farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi Kanunun ek 1 ilâ ek 11 inci maddelerinde düzenlenen uzlaşma müessesesidir. Mükellefler gerek tarhiyattan önce gerekse tarhiyattan sonra vergi ve cezalar için idareden uzlaşma talep edebilmektedir. Uzlaşma gerçekleşmesi halinde mükellefler uzlaşılan vergi ve cezalar için artık dava açma yoluna gidememektedir. Benzer düzenleme etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi bakımından da getirilmektedir.

⁴⁰ "... suçun işlenmesini takiben, suçluların veya suç örgütlerinin ortaya çıkarılması; mağdurun uğradığı maddi zararının bir an önce giderilmesi; ya da iftira suçunda olduğu üzere, isnat nedeniyle mağdurun cezai yaptırıma maruz kalmasının önlenmesi gibi amaçlarla, etkin pişmanlığın uygulama alanının yasa koyucu tarafından farklı suç tipleri bakımından daraltılması ya da genişletilmesi mümkündür. Bu, suçun mahiyeti ve etkin pişmanlıktan beklenen hukuki yarar ile doğrudan doğruya irtibatlı bir konudur. Dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma aşamalarındaki hukuki yararların farklılığı gözetildiğinde bunlara farklı kurallar uygulanmasında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur." Anayasa Mahkemesi, Esas: 2009/6, Karar: 2010/19, Tarih: 28.01.2010. T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2010/19> (Erişim Tarihi: 26.05.2022)

Belirtmek gerekir ki, söz konusu müesseselerin uygulanması zorunlu olmayıp, mükelleflerin kendi tercihlerine istinaden uygulanabilecektir. Bu bakımından mükellefler belirtilen uygulamaları tercih edip, dava yoluna gitmeyerek veya feragat ederek, sağlanan indirim imkânından faydalanabilecektir. Bu uygulamaları tercih etmeyen mükellefler ise sağlanan indirim imkânından faydalanamayacak ancak, bu mükelleflerin tarh edilen vergi ve kesilen cezalara ilişkin vergi mahkemelerinde dava açma hakları saklı olacaktır.”

II. ETKİN PİŞMANLIK HÜKMÜNÜN GETİREBİLECEĞİ SORUNLAR

Etkin pişmanlık düzenlemesi, birçok sorunu da beraberinde getirmeye gebe görünmektedir. Bu sorunlar uygulama aşamasında karşımıza çıkacak ve yargı kararlarına da yansıtacaktır.

2.1.Dava Açma Hakkından Vazgeçmenin Anayasa Uygunluk Sorunu

Mükellefin dava açma hakkından vazgeçmesi şartı hukuk devleti ilkesi ile doğrudan doğruya çelişen bir düzenlemedir. Hukuk devleti ilkesinin gereklerini yerine getirmek hazine yararından daha öncelikli bir konudur⁴¹. Çünkü bireylerin hak ve özgürlükleri hukuk devletinin garantisi altındadır⁴². Etkin pişmanlık uygulamasında hukuk devleti ilkesi açısından sorulması icap eden esas soru, “Mükellefin bireysel olarak vergiyi veya cezayı ödemesi mi yoksa hukuk devleti ilkesi gereği işlemdeki hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması mı ağır basmalıdır?” sorusudur⁴³. Etkin pişmanlıktan yararlanabilmenin dava açma hakkından vazgeçmeye bağlanması, Anayasaya uygunluk sorununu ortaya çıkarmıştır. Öncelikle, anayasada teminat altına alınmış olan hak arama hürriyetine

⁴¹ ORTAÇ / YILMAZ FURTUNA, s. 444.

⁴² AKTAN, Coşkun Can; Vergi, Cilt – 1: Vergi Teorisi, Vergi Politikası, Normatif Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2020, s. 324.

⁴³ ORTAÇ / YILMAZ FURTUNA, s. 444.

aykırılık oluşturmaktadır⁴⁴. Anayasaya Mahkemesi'nin bir kararında⁴⁵ hak arama özgürlüğünün hangi yolla olursa olsun kısıtlanmasının Anayasa ile bağdaşmadığı şu şekilde ifade edilmiştir: “Bu özgürlük de, öbür hak ve özgürlükler gibi, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde yasa ile ve geçici olarak sınırlanabilir. Anayasa'ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanaktan kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasa'yla bağdaşamaz.” Hak arama hürriyeti ya da özgürlüğü ancak istisnai olarak demokratik toplum düzeni için gerekli ise sınırlandırılabilir⁴⁶. İdarece tesis edilen işlemle ilgili bir hukuka aykırılık olduğu ortaya çıkarsa, hak arama hürriyeti kapsamında, mükellef bu durumu iptal davasına konu edebilmelidir⁴⁷. Nitekim 1982 Anayasası 36'ncı maddesinde; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve

⁴⁴ ÖZGENÇ, İzzet; “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık”, Ceza Hukuku Sitesi, Makaleler, <https://izzetozgenc.com/makale/vergi-kacacilig-i-sucunda-etkin-pismanlik> (Erişim Tarihi: 27.05.2022).

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, Esas: 1991/2, Karar: 1991/30, Tarih: 19.09.1991. T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/30?EsasNo=1991%2F2> (Erişim Tarihi: 27.05.2022)

⁴⁶ KABOĞLU, İbrahim. Ö., “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım),” s. 313, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6401/kaboglu.pdf> (Erişim Tarihi: 27.05.2022). Yazar, Anayasa Mahkemesi'nin hürriyetlere doğal hukuk cihetinden yaklaştığını ve demokratik toplum düzeninin gerekleri mefhumunu hakkın özü mefhumuyla özdeşleştirdiğini; dolayısıyla her iki kavramın da yüksek mahkemece demokratik bir değer ve onun ayrılmaz bir parçası olarak nitelendiğini ifade etmektedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÇATLI, Mehmet; Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2019, s. 6 vd.

⁴⁷ ORTAÇ / YILMAZ FURTUNA, s. 444.

yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.” hükmü yer almaktadır. Bu madde metninde hakkın hangi durumlarda sınırlandırılacağına ilişkin bir belirleme olmadığından 1982 Anayasası 13’üncü maddesi⁴⁸ esas alınarak sınırlandırılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ashingdane-Birleşik Krallık davası kararında⁴⁹ mahkemelere erişim hakkının kısıtlanabileceği, bu hakkın tabiatı gereği devletçe düzenlenemeye uygun konulardan biri olduğu ifade edilmiştir. AİHM kararlarında mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak olarak görülmemektedir. İlgili kararlara göre; devletlerin bireysel ve toplumsal ihtiyacı dikkate alarak mahkemeye erişim hakkını zaman ve yer bakımından sınırlandırılması mümkündür. Bununla birlikte; sınırlandırma için meşru bir amaç aranmaktadır. Ayrıca meşru amaç ölçütü, tek başına mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlama için yeterli olmayıp sınırlandırmanın hakkın özü ve ölçülülük kriterlerine de uygun olması gerekir⁵⁰.

⁴⁸ 18.10.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 13. maddesi; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” hükmünü içermektedir.

⁴⁹ DUTERTRE, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Eylül2007, s. 224. Ashingdane-Birleşik Krallık davası kararına ilişkin değerlendirmeler için bkz. (28 Mayıs 1985, Seri A No. 93, s. 24-25, Paragraf 57)

⁵⁰ İNCEOĞLU, Sibel; Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Nisan 2018, s. 24. Bununla birlikte; AİHM, Adnan Erkuş-Türkiye davası (Appl. No:61196/11, 04.12.2012, §§ 22-23) kararında ceza davalarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı neticesinde temyiz kanun yoluna başvurulamamasını mahkemeye erişim hakkı bakımından değerlendirmiştir. İlgili karara göre; CMK’da yapılan değişikliklerle sanıklara mahkemeden hükmün açıklanmasını talep etme ve böylece temyiz yoluna gitme imkanının tanınması dolayısıyla başvuru açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle reddedilmiştir. Açıklamalar için bkz. İNCEOĞLU, s. 30,31. Anayasa Mahkemesi de çok sayıda kararında HAGB kararı verilmesini kabul eden sanıkların kanun yolu incelemesini isteme haklarından vazgeçtiklerini ve söz konusu karar ile ortaya çıkan faydalardan yararlanmayı tercih ettiklerini ifade etmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, Şaban Sevinç Başvurusu (2), Başvuru Numarası: 2016/36777, Karar Tarihi: 26.05.2021. T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/36777>(Erişim Tarihi: 28.05.2022)

Vergi kaçakçılığı suçlarında etkin pişmanlık uygulamasına ilişkin düzenlemenin gerekçesinde dava açma hakkından vazgeçmenin mükellefin kendi iradesine bırakıldığı ifade edilmektedir. Ancak burada doğrudan doğruya serbest irade mevcut olmayıp etkin pişmanlıktan yararlanabilme koşulu olarak dava açma hakkından vazgeçilmesi söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan vatandaşların mahkemeye erişim hakkı hukuk devleti açısından elzem nitelikte olup 1982 Anayasası 125'inci maddesine göre idarenin her türlü işlem ve eylemi yargının denetimine açık olmalıdır.

İlgili düzenleme ile ortaya çıkabilecek diğer bir sorun, mükellefin kaçakçılık suçu nedeniyle beraat etmesi halidir. Eğer mükellef atılı suçtan beraat ederse hürriyeti bağlayıcı ceza alma endişesi ile ödemiş olduğu, zorunlu olarak yargının denetimi dışında bırakılmış olan vergi tarhi ve ceza kesilmesine ilişkin bir idari işlem söz konusu olacaktır. İzah edilen nedenle, etkin pişmanlıktan yararlanmak amacıyla vergi borcu ve cezasının ödenmesi uygulamanın amacına uygun olmakla birlikte söz konusu idari işlemlere karşı dava açma hakkından vazgeçilmesi Anayasa'ya aykırılık sorunu oluşturacaktır. Etkin pişmanlık hükmünden yararlanmak amacıyla dava açma hakkından vazgeçilmesi nedeniyle hukuka aykırı olarak tarh edilen vergi ve buna bağlı cezaların iptal edilmesi engellenmiş olacak bu durum da hukuka aykırı olarak tesis edilen birçok idari işlemin yargıya yansımadan kesinleşmesi sonucunu doğuracaktır.

Tarh ve ceza kesme işlemleri birer idari işlem niteliğindedir. Dolayısıyla bu işlemler, idare organının 1982 Anayasası 125'inci maddesi gereğince her türlü işlemleri ve eylemleri yargının denetimine açıktır hükmüne tabidir. Etkin pişmanlık hükmü ile bu durumun önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Nitekim doğası gereği idari işlemlerin tek yanlı olarak yapılması ve ilgili kişilerin rızası olmadan da temel haklara müdahale edebilmesi nedeniyle idarelerin aldığı kararların hukuka uygunluğu konusunda titiz davranması gerekmektedir⁵¹. Vergilendirme sürecinde yer

⁵¹ ERKAL, Atila; "İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltmesi ve Almanya Örneği", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 2, Aralık 2021, s. 186. Yazar, hukuka aykırı idari işlemlerin bir yanı sıra kamu düzenini ihlal etmekteyken diğer bir yönüyle de hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya devam etmesi olgusunun, idarenin hukuka bağlılığını daha da önem teşkil eder bir duruma getirdiğini haklı olarak ifade etmektedir.

alan idari işlemler de bu çerçevede aksi ispatlanıncaya kadar hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Hukuka aykırı bir idari işlemin temel hakları ihlal etmesi ve diğer yandan hukuka uygunluk karinesinden yararlanması nedeniyle etkin pişmanlık hükmünden istifade edilmesi hukuka uygunluk karinesi uyarınca tarh işleminin ve kesilen cezanın hukuka aykırı bile olsa varlığını devam ettirmesine neden olmaktadır.

Hukuka uygunluk karinesinden yararlanan bir idari işlemin, idari ya da yargısal denetim aşamasında; idari işlemin unsurlarından birindeki sakatlık nedeniyle iptal edilerek ortadan kalkması mümkündür. Dolayısıyla tarh ve ceza kesme idari işlemlerinde de sakatlık tespit edilmesi halinde idari işlem iptal edilebilecektir. Ceza indiriminden diğer deyişle etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen kişinin vergi mahkemesinde dava açmaması veya dava açmışsa bundan feragat etmesi; verilen karara karşı kanun yoluna başvurmaması veya kanun yoluna başvurulmuşsa bundan vazgeçmesi koşullarının öngörülmesi, hukuka aykırı idari işlemlerin iptal edilebilmesi imkanının ortadan kalkmasına sebep olmaktadır. Başka bir ifadeyle; kaçakçılık suçları için getirilen etkin pişmanlık hükümlerinin, mükellefi, hukuka aykırı olma ihtimali bulunan bir vergi ile buna bağlı cezayı, bu durumu bilmesine rağmen, özgürlüğü bağlayıcı ceza gözdağıyla ödemeye zorlaması beklenilmektedir. Dolayısıyla, etkin pişmanlıktan yararlanabilmeyi idari dava açmaktan feragat etme ve kanun yolundan vazgeçme şartlarına bağlayan düzenlemenin madde metninden çıkartılması hukuka uygun bir düzenleme olacaktır.

2.2.Vergi Cezalarının Caydırıcılık Etkisini Azaltması Sorunu

Vergi cezaları, her ne kadar yetersiz kalsa da vergi kaçakçılığının ve kayıt dışılığın önüne geçilmesinde caydırıcı bir etkiye sahiptir⁵². Vergi cezalarının kişiler için caydırıcı olabilmesi cezanın ağırlığı, zamanında

⁵² Nitekim, cezalandırıcı adalet anlayışında da cezaların işlenen fiilin karşılığı ve suç işleme ihtimali olanlar üzerindeki caydırıcı rolüne odaklanılmaktadır. Suça ve suçluya karşı sıfır tolerans ilkesiyle hareket edilmekte; etkin pişmanlık ve af gibi kurumlara tabiri caizse cezayı sulandıran birer işlem olarak mesafeli durulmaktadır. Ceza adaleti felsefeleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ARICAN, Mehmet; Ceza Adaleti Sistemi, Etkinliği ve İşleyişi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim2009, s. 71 vd.

uygulanması ve kesinliğine bağlıdır⁵³. Bu bağlamda Danıştay kararında ifade edildiği üzere; “Vergi cezalarında vergi kanunlarına karşı işlenen fiil nedeniyle Devletin gördüğü zarara eşit bir tazminat ya da zam almak değil, zararı aşan tutarda karşılık almak yoluyla faili cezalandırmak ve ceza tehdidiyle söz konusu fiili önlemek amacı güdülmüştür”⁵⁴. Vergi mükellefleri cezaların etkinliğini göz önünde bulundurarak bir yol haritası çizerler. Suç ve cezaların etkin olduğu bir sistemde mükellefler tercihlerini tüm kazançlarını beyan etme yolunda kullanacaklardır⁵⁵. Cezaların ağır olması her zaman caydırıcı olmamakta, toplumsal hayatı daha güvenli kılmamakta ve hatta zaman zaman haksız sonuçlar doğurabilmektedir. Özellikle mükellefin cezanın infazı sürecinde herhangi bir gelir elde edememesi ve devletin vergi kaybına karşılayacak bir faaliyetinin olmaması nedeniyle ağır hapis cezaları eleştirilmektedir⁵⁶. Vergi suçları için öngörülen cezaların ve düzenlemelerin aynı zamanda verginin ödenmesini sağlayıcı nitelikte de olması gerekir. Vergi yaptırımları, varlık amacına uygun adil bir işleve sahip olmalıdır⁵⁷. Bu nedenle, suç ve karşılığında uygulanacak cezalar düzenlenirken hassas bir dengenin kurulması gerekmektedir. Cezaların caydırıcılık özelliğinin yanında failin ıslah edilmesi, topluma yeniden kazandırılması ve vergi borçlarının da ödenmesini hedeflenmesi çağdaş yaklaşımı ifade etmektedir.

Çalışma konumuzu oluşturan etkin pişmanlık düzenlemesi ile ortaya çıkan zararın giderilmesi ya da hazinenin zarara uğramaması

⁵³ AYKIN, Hasan; “Vergi Cezalarında Caydırıcılık Sorunu”, Vergi Dosyası İnternet Blog Sayfası, <https://vergidosyasi.files.wordpress.com/2017/01/vergi-cezalarlarc4b1nda-caydc4b1rc4b1cc4b1lc4b1k-sorunu.pdf> (Erişim Tarihi: 28.05.2022)

⁵⁴ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, Esas:1977/1, Karar:1980/2, Tarih: 12.6.1980. Aktaran, ÜSTÜN, Ümit Süleyman; “Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı:3-4, Yıl 2001, s. 298.

⁵⁵ AKTAN, Coşkun Can / ÇOBAN, Hilmi; “Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi Perspektiflerinden Vergiye Karşı Tutum ve Davranışları Belirleyen Faktörler”, Vergi, Cilt – 2: Vergi Felsefesi, Vergi Psikolojisi, Vergi Ahlakı, Vergi Sosyolojisi, Vergi Tarihi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2020, s. 88.

⁵⁶ YILMAZ FURTUNA, s. 677.

⁵⁷ ÖZTÜRK, Bahri / BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda (Editörler); Vergi Kabahat ve Suçları Tasarısı, İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 18.

hallerine göre cezanın tayini hakkaniyete uygun bir düzenlemedir. Vergi kaçakçılığı suçu, zarar suçu olmadığı için VUK md. 359'daki değişiklikten önce hazinenin uğradığı zarar ve dolayısıyla zararın miktarı dikkate alınmadan cezanın tayini söz konusu olmakta ve hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilmekteydi. Bu bakımdan hazinenin zarara uğrayıp uğramasına göre cezanın belirlenmesi isabetlidir. Çünkü hazinenin az ya da çok kayba uğraması arasında farkın bulunmaması, vergi kaçakçılığını teşvik eden bir uygulamadır. Ancak zarar suçu olmayan bir fiil sebebiyle etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasının, mükellefin vergi aslı ve vergi ziyayı kabahatinin neticesinde ortaya çıkan vergi ziyayı cezası ile ferilerinin ödenmesi şartına bağlanması birçok tartışmayı beraberinde getirecektir. Üstelik fiilin suç sayılma sebebinin Hazinenin kayba uğratılması değil de kamusal düzenin ihlal edilmesi olarak kabulü nedeniyle etkin pişmanlık dolayısıyla cezadan indirim yapılması hükmü amacına aykırı olacak ve tezat oluşturacaktır⁵⁸. "Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" 4'üncü maddesiyle, Vergi Usul Kanunu 359'uncu maddesinde yer alan hapis cezalarının üst sınırında artırım sağlanmaktadır. Bu düzenleme, kaçakçılık suçuna öngörülen cezanın artırılması suretiyle vergi kaçakçılığının önlenmesi amaçlanmıştır⁵⁹. Ancak etkin pişmanlıktan yararlanan mükellef için hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla da duruma göre denetimli serbestlik hükümleri devreye girecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, sanık hakkında hükmedilen cezanın belli bir denetim süresi içerisinde sonuç

⁵⁸ Günümüzdeki kişileri suça iten nedenlerin özellikle ekonomik suçlar açısından çokça karmaşık bir görünüm arz ettiği ortadadır. Bu anlamda salt toplumsal düzen sağlamayı amaçlayan bir yaklaşımla değil, toplumun suç işlenmesine olan katkısı ve oynadığı rolün nazarı dikkate alınarak suç ve ceza adaleti politikaları belirlenmelidir. Aynı yönde, ARICAN, s. 75.

⁵⁹ Doktrinde, kanun koyucunun suçun sebepleri meselesine cezaların yeterli ve caydırıcı olmaması yönüyle bakarak sürekli cezaları ağırlaştırma yoluna gittiği; bu durumun da zaman içinde HAGB, ön ödeme, uzlaştırma gibi müesseselerin caza adaleti sistemine girmesine rağmen cezaevlerinde aşırı doluluğa yol açtığı haklı olarak ifade edilmektedir. ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yirmi birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2021, s. 65,66.

doğurmamasını, kişinin bu süreçte kasıtlı bir suç işlememesi ve yükümlülüklerine aykırı davranmaması halinde ceza kararının ortadan kaldırılmasını ve davanın düşmesini sağlayan bir uygulamadır⁶⁰. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında⁶¹ açıklandığı üzere; “5271 sayılı CMK’nun 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanabilmesi için diğer şartların yanında, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesi de gerekmektedir.” Etkin pişmanlıktan yararlanan mükellef için bu bağlamda HAGB kurumu ya da en kötü ihtimalle denetimli serbestlik hükümleri devreye girecek dolayısıyla da cezaların üst sınırının artırılması ile amaçlanan cezanın caydırıcılık özelliği ortadan kalkacak kaçakçılık suçu failine hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanması mümkün olmayacaktır.

2.3. Adaletli ve Zararla İlişkili Bir Ceza Belirlemesinin Yapılmaması Sorunu

Etkin pişmanlık nedeniyle öngörülen ceza indirimi hakkaniyet ve adalete aykırıdır. VUK md 359’da yer alan hüküm gereği etkin pişmanlık

⁶⁰ KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2010, s. 1520 vd.

⁶¹ “Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibariyle karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklerine uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CYY’nın 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2006/6.MD-346, Karar: 2008/25, Tarih: 19.02.2008. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2006-6-346.htm&kw=19.02.2008+g%C3%BCn,+346-25&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 28.05.2022). “Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kastedilen maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2008/11-250, Karar: 2009/13, Tarih: 03.02.2009. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2008-11-250.htm&kw=03.02.2009+g%C3%BCn,+250-13+&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 28.05.2022).

hükümleri soruşturma, kovuşturma ve infaz aşamasında uygulanabilecektir. Etkin pişmanlık nedeniyle cezadan yapılabilecek indirim bu üç evre esas alınarak yapılmaktadır. Etkin pişmanlık nedeniyle soruşturma evresinde veya infaz aşamasında cezadan yapılacak indirim oranı (1/2), kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar olan aşamada uygulanması durumunda indirim oranı (1/3)'tür. İlgili düzenlemeye göre, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar uygulanacak indirim oranının infaz aşamasında uygulanacak indirim oranından daha az olması oranlı ve adil bir düzenleme değildir⁶². İnfaz aşaması yargılama sürecinin sona erip cezanın kesinleştiği evredir. Kovuşturma aşamasında ise yargılama henüz başlamış ve hüküm kesinleşmemiştir. Kişinin suç işleyip işlemediği henüz sabit değildir. Mevcut düzenleme ile suçluluğu kesin hükümle sabit olan kişi için etkin pişmanlık ceza indirimi, henüz yargılaması devam eden kişiye nazaran daha fazladır⁶³.

Aynı adaletsiz yaklaşım hiç zarara sebebiyet vermeme ile zarar oluşması halinde uygulanacak ceza indirimi oranında da söz konusudur. Maddede yazılı fiillerle verginin vergi kaybının tespit edilmesine bağlı olarak tarh edilen verginin, gecikme faizi ve gecikme zammının tamamı ile kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının; soruşturma evresinde ödenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödenmesi halinde ise verilecek ceza üçte bir oranında indirilecektir.

Hem kovuşturma hem de soruşturma evresi için tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda cezadan indirim yarı oranında yapılacaktır. Bu hükümde hem kovuşturma hem de soruşturma evresi için ayı indirim oranının öngörülmesi adaletli olmayacaktır. Etkin pişmanlık nedeniyle yapılacak ceza indirimin oranlarını tekrar belirlenmesi ve hakkaniyetli bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

⁶² BATI, Murat / İNCİ, Z. Özen; "7394 Sayılı Kanunla Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK M. 359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler", Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 406, Temmuz 2022, s. 43.

⁶³ BATI / İNCİ, s. 43.

SONUÇ

“Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 4’üncü maddesiyle, kanun koyucu tarafından Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesinde değişiklikler yapılmıştır. İlgili düzenleme ile kaçakçılık suçuna ilişkin fiillerin bir kısmında cezanın üst sınırı yükseltilmiş, vergi suçlarında TCK’da yer alan zincirleme suç hükmünün uygulanacağı ifade edilmiş ve kaçakçılık suçu için etkin pişmanlık hükmü getirilmiştir.

Çalışmamızın konusu olan suçun işlenmesinden sonra ortaya çıkan etkin pişmanlık, failin işlediği suçtan dolayı pişman olması ve suçun zararlı sonuçlarını ortadan kaldırmasını sonuç olarak da cezadan indirim yapılmasını öngören ceza hukuku kurumudur. VUK md. 359’da yapılan son düzenleme ile vergi kaçakçılığı suçuna özgü etkin pişmanlık uygulaması öngörülmüştür. Kaçakçılık suçu failinin etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesi için kanunda ceza muhakemesi aşamalarında öngörülen koşullar ve sonuçları aşağıda şematize edilmiştir:

Soruşturma Aşaması	Kovuşturma Aşaması	İnfaz Aşaması
Koşulları	Koşulları	Koşulları
VUK md. 359’da yazılı fiillerle verginin ziyana sebebiyet verildiğinin tespiti.	VUK md. 359’da yazılı fiillerle verginin ziyana sebebiyet verildiğinin tespiti.	VUK md. 359’da yazılı fiillerle verginin ziyana sebebiyet verildiğinin tespiti.
Tarh edilen vergi ile gecikme faizi ve gecikme zammının tamamının ödenmesi.	Tarh edilen vergi ile gecikme faizi ve gecikme zammının tamamının hüküm	Tarh edilen vergi ile gecikme faizi ve gecikme zammının tamamının 15.04.2022 tarihinden başlayarak bir

	verilinceye kadar ödenmesi.	(1) sene zarfında ödenmesi.
Kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının ödenmesi.	Kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının hüküm verilinceye kadar ödenmesi.	Kesilen cezaların yarısı ve buna isabet eden gecikme zammının 15.04.2022 tarihinden başlayarak bir (1) sene zarfında ödenmesi.
Vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi.	Vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi.	Vergi mahkemesinde dava açılmaması, açılmışsa feragat edilmesi, kanun yollarına başvurulmaması veya başvurulmuşsa vazgeçilmesi.
Sonuç	Sonuç	Sonuç
Verilecek ceza yarısı (1/2) oranında indirilir.	Verilecek ceza üçte bir (1/3) oranında indirilir.	Hürriyeti bağlayıcı cezanın yarısı (1/2) indirilir.

Vergi suç ve cezalarına ilişkin yapılan düzenlemelerin fiillerin doğrudan kamu düzenini ihlal etmesi nedeniyle titizlikle yapılması gerekir. Vergi kaçakçılığı ve kayıt dışılığın engellenmesi amacıyla düzenlemenin hakkaniyete uygun ama caydırıcı nitelikte olması elzemdir. VUK. md. 359’da yapılan son düzenleme ile hürriyeti bağlayıcı cezaların üst sınırı yükseltilmiş ancak birçok tartışmayı da beraberinde getiren etkin pişmanlık düzenlemesi ile caydırıcılık özelliği azaltılmıştır.

Etkin pişmanlık nedeniyle cezadan indirim yapılmasına ilişkin düzenlemede üzerinde durulması gereken bir diğer husus, cezadan yapılacak indirimin hakkaniyete uygun olarak belirlenmemiş olmasıdır. Etkin

pişmanlık nedeniyle cezadan yapılan indirim üç evre esas alınarak yapılmaktadır. Etkin pişmanlık nedeniyle soruşturma evresinde veya infaz aşamasında cezadan yapılacak indirim oranı (1/2) iken kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar olan aşamada uygulanması durumunda indirim oranı (1/3) olarak karşımıza çıkmaktadır. Failin aldığı cezanın kesinleştiği infaz evresi, soruşturma evresi için öngörülen indirim oranı aynıdır. Bu durumda faile henüz suçun sabit olmadığı kovuşturma evresi için daha az indirim oranı uygulanması hakkaniyete aykırıdır. Hem kovuşturma hem de soruşturma evresi için tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda cezadan indirim yarı oranında yapılacaktır. Etkin pişmanlık nedeniyle yapılacak ceza indirimin oranlarını tekrar belirlenmesi ve hakkaniyetli bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Çünkü bir Anayasa Mahkemesi kararında⁶⁴ ifade edildiği üzere; "hukuk devletinde, ceza hukuku alanında kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir".

Etkin pişmanlık düzenlemesinde karşımıza çıkacak bir diğer sorun, mükellefin cezasından indirim yapılabilmesi için vergi aslı ve gecikme zammının tamamı ile vergi ziyai cezasının bir kısmının ödenmesi ve söz konusu idari işlemlere karşı dava açma hakkından vazgeçilmesi gerekmektedir. Bu durumda idarenin tek taraflı iradesi ile ortaya çıkan tarh ve ceza kesme işlemi yargının denetimi dışında kalacaktır. Düzenleme hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Faile tarh edilen vergi ve kesilen ceza için yargıya başvuru hakkının tanınması hukuk devleti açısından elzemdir. Etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasında ortaya çıkabilecek bir başka sorun, kişinin kaçakçılık suçundan beraat etmesi halidir. Atılı suçtan beraat eden, etkinlik pişmanlık hükmünden yararlanmak için tarh edilen vergi ve cezayı kanunda öngörülen şekilde ödemişse söz konusu işlemlerin yargının dışında kalması nedeniyle ortaya çıkacak sorunlara ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle etkin pişmanlık hükmünden yararlananların yargıya başvurma hakkından vazgeçmesinin koşul olarak öngörülmesi birçok problemi beraberinde getirecektir.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, Esas: 2001/119, Karar: 2004/37, Tarih: 23.03.2004. T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası. <https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/ND/2004/37> (Erişim Tarihi: 25.07.2022)

KAYNAKLAR

- AĞAR, Serkan; Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2016.
- AKBULUT, Berrin; Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2020.
- AKTAN, Coşkun Can; Vergi, Cilt – 1: Vergi Teorisi, Vergi Politikası, Normatif Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2020.
- AKTAN, Coşkun Can / ÇOBAN, Hilmi; “Vergileme Ekonomisi ve Vergileme Psikolojisi Perspektiflerinden Vergiye Karşı Tutum ve Davranışları Belirleyen Faktörler”, Vergi, Cilt – 2: Vergi Felsefesi, Vergi Psikolojisi, Vergi Ahlakı, Vergi Sosyolojisi, Vergi Tarihi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2020.
- ARICAN, Mehmet; Ceza Adaleti Sistemi, Etkinliği ve İşleyişi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2009.
- ASLANPINAR, Y. Burak; TCK’nın Genel Hükümleri Çerçevesinde Vergi Kaçakçılığı Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2021.
- ARSLAN, Mehmet; Vergi Hukuku, Dora Yayınevi, Bursa, Ocak 2016.
- AYKIN, Hasan; “Vergi Cezalarında Caydırıcılık Sorunu”, Vergi Dosyası İnternet Blog Sayfası, <https://vergidosyasi.com> (Erişim Tarihi: 28.05.2022).
- BABA, Yasemin; Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2013.
- BAKİ, Ensar; “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016 Sayı: 2.
- BATI, Murat; Vergi Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2021.
- BATI, Murat / İNCİ, Z. Özen; “7394 Sayılı Kanunla Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK M. 359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler”, Vergi Sorunları Dergisi, Sayı 406, Temmuz 2022.
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin; “Vergi Kaçakçılık Suçunda Gönüllü Vazgeçme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:7 Sayı:27, Temmuz 2016.

- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin; "Pişmanlık ve Islah Hükümleri Karşısında Vergi Kaçakçılık Suçlarının Konumu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8 Sayı:31, Temmuz 2017.
- BAYRAKTAR, Köksal; "Faal Nedamet", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:33 Sayı:3-4, Yıl:1967.
- BECCARIA, Cesare; Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çeviren: Sami SELÇUK), İmge Kitabevi, Ankara, Haziran 2004.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Onuncu Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2017.
- CHEVALLIER, Jacques; Hukuk Devleti, (Çeviren: Ertuğrul Cenk GÜRCAN), İmaj Yayınevi, Ankara, Eylül 2010.
- ÇAKMAKÇI, Ali / KÖSEER Semra; Sahte Belge ve Vergi Kaçakçılık Suçları, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2019.
- ÇATLI, Mehmet; Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2019.
- ÇİTİL, Bünyamin; Vergi Hukukunda Sahte Fatura Suçları, Seçkin Yayıncılık, İkinci Baskı, Ankara, Eylül 2021.
- DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Onaltıncı Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021.
- DONAY, Süheyl; Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2008.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt:1, Onüçüncü Tıpkı Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Kasım 1997.
- DUTERTRE, Gilles; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Eylül 2007.
- ERKAL, Atıla; "İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11 Sayı: 2, Aralık 2021.
- GÖDEKLİ, Mehmet; "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:8 Sayı:29, Ocak 2017.

- GÜN, Tayfun; “Vergi Kaçakçılığı Suçları ile Terörizmin Finansmanı Arasındaki İlişki ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Girişimler”, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları (Editör: İzzet ÖZGENÇ), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2021.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014.
- HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yirmiikinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2019.
- İNCEOĞLU, Sibel; Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 4, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, Nisan 2018.
- KARAKOÇ, Yusuf; “Vergi Cezası Anlaşmazlıklarının Çözüm Yollarından Cezalarda İndirim Müessesesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16 Sayı: Özel, 2014.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ondördüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021.
- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onsekizinci Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2010.
- ORTAÇ, Fevzi Rifat / ÜNSAL, Hilmi; Genel Vergi Hukuku, Birinci Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, Eylül 2019.
- ORTAÇ, Fevzi Rifat / YILMAZ FURTUNA, Elif; “Pişmanlıkla Verilen Beyannamenin İhtirazî Kayıtlı Verilebilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8 Sayı:2, Yıl 2017.
- OZANEMRE YAYLA, Tolunay; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2022.
- ÖNER, Erdoğan; Vergi Hukuku, Onüçüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2022.
- ÖZBEK, Veli Özer; Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap Genel Hükümler, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2021.

- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Onikinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021.
- ÖZER, İbrahim; "Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2011. Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Erişim Tarihi: 20.07.2022.
- ÖZGENÇ, İzzet; "Sonuç ve Değerlendirme" / "Conclusion and Evaluation", in: 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler / 5th Turkish-Korean Criminal Law Days, International Symposium on Economic Crimes in Comparative Law, Presentations (Editörler/Editors: İzzet ÖZGENÇ-Cumhur ŞAHİN-Faruk TURHAN), Cilt/Volume II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2020. (ÖZGENÇ, Sonuç ve Değerlendirme)
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Onyedinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet; "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Etkin Pişmanlık", Ceza Hukuku Sitesi, Makaleler, <https://izzetozgenc.com>, (Erişim Tarihi: 27.05.2022).
- ÖZTÜRK, Bahri / BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda (Editörler); Vergi Kabahat ve Suçları Tasarısı, İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yirmibirinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2021.
- SOMUNCU, Ahmet / DEĞİRMENDERELİ, Ali; Türk ve Alman Vergi Hukukunda Pişmanlık, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2015.
- SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Basık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- SÖZÜER, Adem; Suça Teşebbüs, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1994.

ŞENYÜZ, Doğan; Vergi Ceza Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.

TÖNGÜR, Ali Rıza / ÇETİNTÜRK, Ekrem; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz 2020.

UYANIK, Mustafa, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarından Defter, Kayıt ve Belgelerin Gizlenmesi veya İbraz Edilmemesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2014. Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, Erişim Tarihi: 21.07.2022.

ÜMİT, Ceyda; “Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık Uygulaması: Yasal Gelişmeler Işığında Analitik Bir İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12 Sayı:1, Yıl 2021.

ÜSTÜN, Ümit Süleyman; “Cezaî Yaptırım Gerektiren Vergi Suçları ve Yargılama Usûlü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı:3-4, Yıl 2001.

YANYALI, Ali Rıza / ORFANİDİS, Vasilaki; Ceza Hukuku Felsefesi (Mizan-ı Cezanın İlk Kısmı: Hikmet-i Ceza), Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, Mart 2021.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner; “Malvarlığına Karşı Suçlarda Etkin Pişmanlık ve Uygulaması”, Kişisel İnternet Blog Sayfası, <https://caner-yenidunya.com/malvarligina-karsi-suclarda-etkin-pismanlik/> (Erişim Tarihi: 21.07.2022).

YILMAZ FURTUNA, Elif; “Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları Değerlendirme Raporu - II”, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları (Editör: İzzet ÖZGENÇ), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2021.

YURTLU, Fatih; “Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları Değerlendirme Raporu - I”, Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları (Editör: İzzet ÖZGENÇ), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2021.

YURTLU, Fatih / GENÇ, Fatma Umay / KURT KILIÇ, Elif / KILIÇ, Burak;
Ceza Genel Hukuku (Editörler: İzzet ÖZGENÇ-İlhan ÜZÜL-
MEZ), Dördüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2021.

DANIŞMA GÖRÜŞÜ BAŞVURUSU: İHAS'A EK 16 NOLU PROTOKOL ÜZERİNE KAPSAMLI BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK * Arş. Gör. Ünal GENÇTÜRK **

Öz

Bu çalışma, 2013 yılında imzaya açılan ve 2018 yılında yürürlüğe giren İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne (İHAS) ek 16 Nolu Protokol'ün uygulanmasına ilişkin öğretilerdeki boşluğu doldurmayı hedeflemektedir. Mezkûr Protokol hükümlerince İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) taraf devlet yüksek mahkemeleri tarafından yapılan danışma görüşü başvuruları çalışmamız dâhilinde incelenmektedir. Mevzubahis Protokol'ün ana amaçları arasında yer alan ulusal yüksek mahkemeler ile İHAM arasındaki etkileşimi artırma hedefini başarmak için işlevsel kılınabilecek bir mekanizma, Türk hukukundaki çeşitli uygulama örneklerinden istifade edilerek çalışmamızda ayrıca önerilmektedir. Söz konusu mekanizma, İHAM'ın tavsiye niteliğindeki danışma görüşüne kısmen veya tamamen uymayan taraf devlet yüksek mahkemesine, görüşe uymama gerekçesini açıklama yükümlülüğü getirmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Rize, Türkiye//Asst. Prof., Recep Tayyip Erdogan University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Rize, Turkey.

✉ hakan.kolcak@erdogan.edu.tr • ORCID 0000-0003-1185-4055

** Arş. Gör. Ünal GENÇTÜRK, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Rize, Türkiye//Res. Asst., Recep Tayyip Erdogan University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Rize, Turkey.

✉ unal.gencturk@erdogan.edu.tr • ORCID 0000-0002-2712-5474

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: KOLÇAK Hakan/GENÇTÜRK Ünal "Danışma Görüşü Başvurusu: İHAS'a Ek 16 Nolu Protokol Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1625-1666.

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

İHAS • İHAM • 16 Nolu Ek Protokol • Danışma Görüşü Başvurusu • Yüksek Mahkemeler

REQUEST FOR ADVISORY OPINION: A COMPREHENSIVE ANALYSIS OF ECHR PROTOCOL 16

Abstract

There is a research gap on the implementation of Protocol No 16 to the European Convention on Human Rights (ECHR), which was adopted in 2013 and entered into force in 2018. This article seeks to fill the research gap in the literature concerned. Requests for advisory opinions submitted by the highest courts of state parties to the European Court of Human Rights (ECtHR) are scrutinised in the article. Fostering dialogue between the ECtHR and national highest courts is among the main goals of the aforementioned Protocol. The article offers a new mechanism by taking into account several Turkish practices that would strengthen the interaction between the ECtHR and national highest courts. This mechanism would oblige such highest courts to express their legal reasons when they do not abide by the advisory opinions in a partial or complete manner.

Key Words

ECHR • ECtHR • ECHR Protocol 16 • Request for Advisory Opinion • Highest Courts and Tribunals

GİRİŞ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), Avrupa’da İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla yönelik yeni bir Avrupa’nın inşa edilmesi düşüncesinin ürünüdür.¹ Yeni bir Avrupa inşa etme fikrine sahip olanlar, 5 Mayıs 1949 tarihinde Avrupa Konseyi’ni (AK) kurmuştur.² Daha sonra tam adı “İnsan

¹ ÖZBEY, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 13; MURATOĞLU, Tahir, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu, Görevleri ve Yargılama Usulü”, Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 7, Sayı 27, 2016, ss. 309-311; GERARDS, Janneke, “Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights”, Human Rights Law Review, Cilt 18, Sayı 3, 2018, s. 496; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ SAYGILI, Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 12. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2019, ss. 11-13.

² AK Statüsü 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, AK’a 13 Nisan 1950 tarihinde üye olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. MURATOĞLU, s. 309.

Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşme'' olan İHAS, AK çerçevesinde 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.³ İHAS, bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarih itibarıyla 47 devlet tarafından onaylanmıştır.⁴

İHAS kapsamında getirilmiş olan güvence mekanizması, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) yapılacak olan bir başvuru ile başlamaktadır.⁵ İHAS'a ek 16 Nolu Protokol yürürlüğe girene kadar İHAM'a iki tür başvuru (devlet başvurusu ve bireysel başvuru) yapılabil-mekteydi.⁶ 2013 yılında imzaya açılan ve 2018 yılında yürürlüğe giren 16 Nolu Ek Protokol, İHAM'a yeni bir başvuru yolu olarak danışma görüşü başvurusunu düzenlemiştir.⁷ Bu yeni başvuru yolu, öğretilerde yer alan sınırlı sayıdaki çalışmada incelenmiştir. Söz konusu çalışmaların bir kısmı, İHAM'ın 16 Nolu Ek Protokol'den kaynaklı yetkisi ile Avrupa Adalet Di-vanı'nın Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın 267.

³ GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*: Cilt 2, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 574; ŞİRİN, Tolga, "İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi Sorunu", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2021, s. 4.

⁴ Türkiye, İHAS'ı 4 Kasım 1950 tarihinde çekince koyarak imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde onaylamıştır. İHAS, 18 Mayıs 1954 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin İHAS'a taraf olma ve uyum süreçlerine dair öz bilgi için bkz. ARSLAN, Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler*", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1, 2000, ss. 274-294; FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu'", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1, 2000, s. 371; SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 1-2, 2009, ss. 253-281; ÖZBUDUN, Ergun/ TÜRKMEN, Fusun, "Impact of the ECtHR Rulings on Turkey's Democratization: An Evaluation", *Human Rights Quarterly*, Cilt 35, Sayı 4, 2013, ss. 986-988.

⁵ DÖNER, Ayhan, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 81; EREN, Abdurrahman, *Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması: Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 545.

⁶ AMOS, Merris, "The Value of the European Court of Human Rights to the United Kingdom", *The European Journal of International Law*, Cilt 28, Sayı 3, 2017, ss. 768-770.

⁷ 16 Nolu Ek Protokol'ün tam metnine erişim için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ENG.pdf (E.T. 20.02.2022).

maddesinden kaynaklı ön karar verme yetkisini karşılaştırmaya odaklanmıştır.⁸ Çalışmaların kalanı, genel itibarıyla mezkûr Protokol özelinde kısa mevzuat incelemesi hüviyetinde kalmıştır.⁹ 16 Nolu Ek Protokol'den kaynaklı İHAM'ın vermiş olduğu danışma görüşleri ile Protokol'ün pratik uygulamasını konu edinen çalışma sayısı ise son derece azdır.¹⁰ Öğretideki bu boşluğu doldurmak için kaleme alınan çalışmamızda, mevzu bahis danışma görüşlerinin incelenmesinin yanı sıra taraf devlet yüksek mahkemeleri ile İHAM arasındaki etkileşimi artırmak için Türk hukukundaki bir örnek üzerinden öneri geliştirilmektedir.

Çalışmamızın ilk kısmında İHAM'a başvuru yolları öz bir şekilde izah edilmektedir. Çalışmanın ikinci kısmında danışma görüşü başvurusu konu edinilmekte; danışma görüşü başvuruları üç ayrı bölüme ayrılarak incelenmektedir. Çalışmanın son kısmında ise 16 Nolu Ek Protokol'ün ana hedefinin gerçekleştirilmesine katkı sunacak bir öneri geliştirilmektedir.

⁸ Bu çalışmalardan bazıları için bkz. KRENN, Christoph, "Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13", *German Law Journal*, Cilt 16, Sayı 1, 2015, ss. 147-168; LAZOWSKI, Adam/ WESSEL, Ramses, "When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR", *German Law Journal*, Cilt 16, Sayı 1, 2015, ss. 179-212; PEERS, Steve, "The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare", *German Law Journal*, Cilt 16, Sayı 1, 2015, ss. 213-222; KORENICA, Fisnik, "A View on CJEU Opinion 2/13's Unclear Stance on and Dislike of Protocol 16 ECHR", *European Public Law*, Cilt 22, Sayı 2, 2016, ss. 269-286; HALBERSTAM, Daniel, "Opinion 2/13 of the Court (C.J.E.U.)", *International Legal Materials*, Cilt 55, Sayı 2, 2016, ss. 267-306.

⁹ Mevzubahis çalışmaların birçoğuna makalemizin ilerleyen kısımlarında atıf yapılmış olup, tamamının künyesine makalemizin kaynakçasından ulaşılabilir.

¹⁰ İHAM'ın vermiş olduğu ilk iki danışma görüşünü soyut ve somut norm denetimi yönünden inceleyen analizler için bkz. MOONEN, Toon/ LAVRYSEN, Laurens, "Abstract but Concrete, or Concrete but Abstract? A Guide to the Nature of Advisory Opinions under Protocol No 16 to the ECHR", *Human Rights Law Review*, Cilt 21, Sayı 3, 2021, ss. 752-785.

I. İHAM'A BAŞVURU YOLLARI

İHAS, insan hak ve özgürlüklerinin uluslararası çerçevede korunması bakımından ilk defa etkin bir güvence sistemi getirmiştir.¹¹ Karşılıklık ilkesine dayanmayan İHAS, bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır.¹² Ayrıca İHAS, tüm hak ve özgürlükleri kapsaması da ek protokolleriyle birlikte yaşam hakkından eğitim hakkına kadar pek çok hakkı güvence altına almaktadır.¹³ Zaman içerisinde İHAS'a protokoller eklenmiştir. Bu protokollerin bir kısmı, İHAS'ın güvence altına almış olduğu hak ve özgürlük listesini genişletirken, diğer bir kısmı mevcut haklara yeni güvenceler getirmiştir. Yine diğer bazı protokoller, İHAS kapsamında oluşturulan denetim sistemine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu protokoller, İHAS'ın güvence altına almış olduğu hak ve özgürlüklerin listesini genişletmesi ve İHAS kapsamında öngörülen denetim mekanizmasının etkililiği bakımından önemli bir rol oynamaktadır.¹⁴

11 Nolu Ek Protokol yürürlüğe girmeden önce İHAS'ın düzenlemiş olduğu denetim mekanizması ikili bir yapıdaydı.¹⁵ Ancak 11 Nolu Ek Protokol ile birlikte bu ikili yapıya son verilerek tam zamanlı çalışan tek bir yargı organı olarak İHAM kurulmuştur.¹⁶ İHAM, yapılmış olan başvuruları farklı organlar aracılığıyla karara bağlamaktadır. Bu organlar; tek hâkimlik birimler, üç hâkimden oluşan komiteler, yedi hâkimden oluşan

¹¹ KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 264.

¹² GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ/ SAYGILI, ss. 20-22.

¹³ ÖZELER, Neslihan, "İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırılması", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2017, ss. 56-57.

¹⁴ SEZER, Abdullah, "İHAS'a Ek 15 ve 16 Nolu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 8, 2015, s. 110.

¹⁵ Bu iki organ şunlardı: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı. İkili yapı içerisinde denetimin nasıl gerçekleştirildiğine dair kısa bilgilendirme için bkz. BİLİR, Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, ss. 136-137.

¹⁶ GÖZLER, s. 580.

daireler ve 17 hâkimden oluşan bir büyük dairedir.¹⁷ İHAM taraf devlet sayısı kadar, yani 47 hâkimden oluşmaktadır.¹⁸

İHAS'ın getirmiş olduğu güvence sisteminin işlemeye başlaması için İHAM'a başvuru yapılması gerekmektedir. 16 Nolu Ek Protokol yürürlüğe girene kadar İHAM'a başvuru açısından devlet başvurusu ve bireysel başvuru olmak üzere iki tür yol öngörülmekteydi.¹⁹ Ancak 16 Nolu Ek Protokol ile birlikte İHAM'a başvuru açısından yeni bir başvuru yolu daha getirilmiştir. Bu başvuru yolu, danışma görüşü başvurusudur.²⁰

İHAM'a başvuru yollarından ilki olan devlet başvurusu, İHAS'ın 33. maddesi doğrultusunda düzenlenmektedir.²¹ Bu kapsamda İHAS'a taraf olan devletlerden her biri, bir diğer taraf devletin İHAS veya İHAS'a ek protokolleri ihlal ettiği iddiasıyla İHAM'a başvuru yapabilmektedir. Devletlerarası hukukta kural olarak "*actio popularis*" yani halk davası yoktur.²² Bu hukuk düzleminde, devletler genel olarak kendi haklarını ve vatandaşlarını korumak amacıyla harekete geçerler. Ancak İHAS ile birlikte bu temel kuraldan ayrılmış ve taraf devletlere, diğer bir taraf devletin İHAS'ı ya da ek protokolleri ihlal ettiği iddiasıyla İHAM'a başvuru hakkı tanınmıştır.²³ Devlet başvurusundaki temel amaç, ortak bir kamu düzeni kurmak olup, taraf devletler bu yolla diğer taraf devletlerce kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesini önlemek için sorumluluk

¹⁷ MURATOĞLU, s. 317.

¹⁸ GÖZLER, s. 581.

¹⁹ METİN, Yüksel, "Siyasal Muhalefetin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde Korunması", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, 2007, ss. 81-82.

²⁰ Bazı yazarlar "*danışma görüşü*" terimi yerine "*istişari görüş*" ifadesini kullanmaktadır. Bu kullanım örneklerinin bazıları için bkz. DALKILIÇ, Elvin Evrim, "İlk İstişari Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 'Yeni' Yetkisinin Kısa İncelemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 36, Sayı 2, 2019, s. 157; SEZER, s. 122.

²¹ İHAS'ın tam metnine erişim için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (E.T. 20.02.2022).

²² Roma Hukukunda herhangi bir Roma vatandaşı tarafından Roma halkı adına açılan davalara "*actiones populares*" adı verilir. Daha fazla bilgi için bkz. TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 261.

²³ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ/ SAYGILI, s. 41.

altına girmektedir.²⁴ Yine devletlerarası hukukta herhangi bir devletin başka bir devlet aleyhine başvuru yapabilmesi mütekabiliyet esasına dayanırken, İHAS kapsamındaki devlet başvuruları mütekabiliyet esasına dayanmamaktadır.²⁵

Devlet başvurusu, bireysel başvurudan farklı olarak, 11 Nolu Ek Protokol yürürlüğe girmeden önce de zorunlu bir başvuru yoluydu.²⁶ Taraf devletlerden birinin İHAM'a devlet başvurusunda bulunabilmesi için, aleyhinde başvuru yaptığı devletin faaliyetlerinden kendisinin veyahut vatandaşlarının olumsuz bir şekilde etkilenmiş olmasına gerek yoktur. Taraf devletlerden birinin aleyhinde başvuru yapan devletin İHAS'a herhangi bir çekince koymamış olması veya ek protokollerdeki ilgili hükümü onaylamış olması gerekmemektedir. Ancak aleyhinde İHAM'a başvuru yapılan devletin, ihlal iddiasına konu olayın gerçekleştiği sırada ilgili hükümleri kabul etmiş olması gerekmektedir.²⁷

İHAM'a başvuru yollarından ikincisi bireysel başvurudur. İHAS'ın ilk hâlinde bireysel başvurunun tanınıp tanınmaması taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır. Bu takdir yetkisi kapsamında Türkiye bireysel başvuru hakkını 28 Ocak 1987 tarihinde tanımıştır.²⁸ Ancak 11 Nolu Ek Protokol ile birlikte bireysel başvuru hakkının tanınması zorunlu hâle getirilmiştir.²⁹ Bireysel başvuru hakkı; kişilere, taraf devletlerden birini şikâyet edebilme yetkisi vermektedir.³⁰ Her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş ya da kişi topluluğu, İHAS'da veya İHAS'a ek protokollerde düzenlenmiş hakların taraf devletlerden birisi tarafından ihlal edilmesi durumunda, İHAM'a başvuru hakkına sahiptir. Bir bireysel başvurunun kabul edilebilir olması için İHAS'ın 35. maddesi uyarınca bazı şartların

²⁴ GÖZLER, s. 584; KALABALIK, s. 268.

²⁵ KESKİNSOY, Ömer/ DEMİR, Hande Seher/ KAYA, Semih Batur, "İfade Özgürlüğü Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Hukuku Değiştirme Sorunu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 1, 2020, s. 149.

²⁶ GÖZLER, s. 583.

²⁷ MURATOĞLU, s. 319.

²⁸ ABDULLAHZADE, Cavid, "Emval-i Metruke Kapsamındaki Mülkiyet Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Süreci Açısından Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 2, 2013, s. 333.

²⁹ KALABALIK, s. 268.

³⁰ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ/ SAYGILI, s. 44.

gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, başvuruda bulunmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekir. Ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvurunun dört aylık bir süre içinde yapılmış olması gerekir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda iç hukuk yolları tüketilmeden de İHAM'a başvuru yapılabilir. İHAM'a göre, başvuru içinde bulunmuş olduğu durum ve iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin amaç dikkate alınarak, iç hukuk yollarının tüketilmesinin amaca uygun düşmeyeceği veya makul olarak istenemeyeceği ya da sorunu çözmeyeceği açık bir şekilde belli ise başvuru içinde bulunmuş olduğu durum ve iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek yoktur.³¹

İHAM'a yapılan başvurunun isimsiz olması ya da yapılan başvurunun İHAM tarafından daha önce incelenmiş veya uluslararası başka bir soruşturma ya da çözüm merciine daha evvel sunulmuş bir diğer başvuru ile aynı olması ve yeni bir olgu ihtiva etmemesi durumunda, yapılan başvuru İHAM tarafından İHAS hükümleri uyarınca kabul edilmemektedir. Yine yapılacak olan bireysel başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması ve bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olmaması gerekmektedir. Ayrıca yapılacak olan başvurunun İHAS ya da ek protokollerin hükümleriyle bağdaşması ve başvuranın önemli bir zarara uğramış olması da gerekmektedir. Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, bireysel başvuruda bulunan kişinin mağdur olması gerekmez de bu kişinin aleyhinde başvuruda bulunduğu devletin ve hatta İHAS'a taraf olan devletlerden birisinin vatandaşı olmasına gerek yoktur. Burada önemli olan, aleyhinde başvuruda bulunulan devletin İHAS'a taraf olmasıdır.³²

İHAS kapsamındaki son başvuru yolu danışma görüşüdür. Danışma görüşü başvurusu, 16 Nolu Ek Protokol vasıtasıyla düzenlenen ve İHAM ile taraf devlet yüksek mahkemeleri arasındaki irtibatı güçlendirmeyi gaye edinen yeni bir başvuru yoludur.³³ Bu başvuru yolunun inşası için ilk somut adım, 2005 yılında Varşova'da düzenlenen AK Üye Devlet

³¹ GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ/ SAYGILI, s. 81.

³² GÖZLER, s. 590.

³³ VOLAND, Thomas/ SCHIEBEL, Britta, "Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?", Human Rights Law Review, Cilt 17, Sayı 1, 2017, ss. 73-74.

ve Hükûmet Başkanları Üçüncü Zirvesi'nde (Varşova Zirvesi) atılmıştır. 2005 tarihli Varşova Zirvesi'nde kabul edilen eylem planı çerçevesinde İHAS denetleme mekanizmasının uzun vadedeki etkililiği meselesi irdelenmiştir. Ulusal mahkemelerin İHAS'ın ve ek protokollerin yorumlanması hususunda İHAM'a başvuru yapabilme olanağının sağlanması, bahsi geçen etkililiğin tesisinde önemli bir adım olarak eylem planında nitelendirilmiştir. Bu adımın netice itibarıyla sadece ulusal mahkemeler ve İHAM arasında iletişimi kuvvetlendirmeyeceği, İHAM'ın anayasal rolünü de genişleteceği mevzubahis eylem planında tahmin edilmiştir. Başvuruların ihtiyari nitelikte olup, temyiz ve anayasa mahkemeleri tarafından yapılması; yapılan başvurular için İHAM tarafından verilecek görüşlerin tavsiye niteliğinde olması seçeneği de eylem planı çerçevesinde temas edilen diğer ilgili konu başlıklarını oluşturmuştur.³⁴

Yeni bir başvuru yolu ihtimali, 26-27 Nisan 2011 tarihinde düzenlenen ve "*İHAM'ın Geleceği*" temalı İzmir Konferansı'nda daha net bir şekilde somutlaştırılmıştır. Konferans'ın sonuç bildirisinde ulusal yüksek mahkemelerin İHAS'ın yorumlanması ve uygulanması özelinde İHAM'a danışma görüşü başvurusu yapabilmesinin insan haklarının ihlal edilmesini önleyebilme potansiyeline vurgu yapılmıştır.³⁵ Danışma görüşünü hedefleyen başvuru yolu, 19-20 Nisan 2012 tarihinde Birleşik Krallık'ın Brighton kentinde düzenlenen ve İHAM'ın geleceğini konu edinen konferansta da incelenmiştir. Konferansın sonuç bildirisinde danışma görüşü başvuru yolunun 2013 yılı bitmeden çıkarılacak bir protokolle şekillendirilebileceği ve bu başvuru yolunun ulusal mahkemeler ile İHAM arasındaki etkileşimi güçlendirebileceği belirtilmiştir.³⁶

AK Bakanlar Komitesi, 23 Mayıs 2012 tarihinde gerçekleştirdiği 122. dönem toplantısında mevzubahis protokolün taslağının hazırlanması için

³⁴ Bahsi geçen eylem planının tam metnine erişim için bkz. https://www.coe.int/t/dcr/-summit/20050517_decl_varsovie_EN.asp (E.T. 20.02.2022).

³⁵ 2011 tarihli İzmir Konferansı'nın sonuç bildirisine erişim için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf (E.T. 20.02.2022).

³⁶ 2012 tarihli Brighton Konferansı'nın sonuç bildirisine erişim için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf (E.T. 20.02.2022).

AK İnsan Hakları Yürütme Komitesi'ni görevlendirmiştir.³⁷ Komite, çeşitli ön hazırlıklar ve toplantıları takiben, 22 Mart 2013 tarihindeki 77. toplantısında danışma görüşü başvuru yolunu düzenleyen taslak protokolü kabul etmiştir.³⁸ AK Bakanlar Komitesi'nin çağrısı üzerine toplanan AK Parlamenter Meclisi, taslak protokol üzerine 285 numaralı görüşünü 28 Haziran 2013 tarihinde kabul etmiştir.³⁹ Taslak metin, Bakan Vekillerinin 1176. toplantısında incelenmiş ve nihayetinde 16 Nolu Ek Protokol olarak kabul edilmiştir.⁴⁰ 2 Ekim 2013 tarihinde imzaya açılan Protokol, İHAS'ın ana metni üzerinde herhangi bir değişiklik yapmayan, İHAS'a ek hükümler getiren bir hüviyettir.⁴¹ Mezkûr Protokol'ü imzalayıp onaylamak İHAS'a taraf devletler için ihtiyari niteliktedir.⁴² Protokol'ü onaylayan taraf devletlerin İHAS'a taraf olmaya devam edip, İHAS'ın 58. maddesi doğrultusunda sadece Protokol'den çekilme hakları da mevcuttur.⁴³ Protokol, 10 taraf devletin onayı ile birlikte 1 Ağustos 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁴⁴ Türkiye, mezkûr Protokol'ü 20 Aralık 2013 tarihinde imzalamış ancak henüz onaylamamıştır. Protokol, bu çalışmanın yayına hazırlanmış tarih itibarıyla 25 taraf devletçe imzalanmış ve bu devletlerden 16'sı Protokol'ü onaylamıştır.⁴⁵ Bir sonraki kısımda danışma görüşü

³⁷ AK Bakanlar Komitesi'nin 2012 tarihli görevlendirmesine ilişkin detaya, 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor'un 4. paragrafında yer verilmiştir. Açıklayıcı Rapor'un tam metnine erişim için bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf (E.T. 20.02.2022).

³⁸ 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 4.

³⁹ 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 5.

⁴⁰ 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 6.

⁴¹ 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 28.

⁴² 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 28.

⁴³ 16 Nolu Ek Protokol, m. 6.

⁴⁴ 16 Nolu Ek Protokol, Protokol'ün 8/1. maddesinde belirtilen hüküm uyarınca yürürlüğe girmiştir. Bu hüküm doğrultusunda yürürlük, toplamda 10 taraf devletin Protokolü onaylamasını takip eden üç aydan sonra gelen ayın ilk günü gerçekleşmiştir. Protokol'ü ilk etapta onaylayan 10 devlet şunlardır: Arnavutluk, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Litvanya, San Marino, Slovenya ve Ukrayna.

⁴⁵ 16 Nolu Ek Protokol'ü henüz imzalamayan İHAS'a taraf devletler şunlardır: Almanya, Avusturya, Bulgaristan, Birleşik Krallık, Çekya, Danimarka, Hırvatistan, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İzlanda, Kıbrıs (Güney Kıbrıs Rum Kesimi), Letonya, Lihtenştayn, Macaristan, Malta, Monako, Polonya, Portekiz, Rusya ve Sırbistan.

başvurusunun usul ve esasına dair 16 Nolu Ek Protokol dairesinde bilgilendirme yapıлып, Protokol'ü onaylayan devletler özelinde detaylandırılmaya gidilecektir.

16 Nolu Ek Protokol'ün Güncel Durumu				
Sıra	Taraf Devlet	İmza Tarihi	Onay Tarihi	Yürürlük Tarihi
1.	Andorra	12.04.2018	16.05.2019	01.09.2019
2.	Arnavutluk	24.11.2014	22.07.2015	01.08.2018
3.	Azerbaycan	18.11.2021	–	–
4.	Belçika	08.11.2018	–	–
5.	Bosna-Hersek	11.05.2018	09.03.2021	01.07.2021
6.	Ermenistan	02.10.2013	31.02.2017	01.08.2018
7.	Estonya	17.02.2014	31.08.2017	01.08.2018
8.	Finlandiya	02.10.2013	07.12.2015	01.08.2018
9.	Fransa	02.10.2013	12.04.2018	01.08.2018
10.	Gürcistan	19.06.2014	06.07.2015	01.08.2018
11.	Hollanda	07.11.2013	12.02.2019	01.06.2019
12.	İtalya	02.10.2013	–	–
13.	Karadağ	13.12.2021	–	–

14.	K. Makedonya	09.09.2021	–	–
15.	Litvanya	10.06.2014	02.09.2015	01.08.2018
16.	Lüksemburg	06.09.2018	14.05.2020	01.09.2020
17.	Moldova	03.03.2017	–	–
18.	Norveç	27.06.2014	–	–
19.	Romanya	14.10.2014	–	–
20.	San Marino	02.10.2013	16.02.2015	01.08.2018
21.	Slovakya	02.10.2013	17.12.2019	01.04.2020
22.	Slovenya	02.10.2013	26.03.2015	01.08.2018
23.	Türkiye	20.12.2013	–	–
24.	Ukrayna	20.06.2014	22.03.2018	01.08.2018
25.	Yunanistan	02.03.2017	05.04.2019	01.08.2019

II. DANIŞMA GÖRÜŞÜ BAŞVURUSU

16 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesine göre; taraf devletlerin yüksek mahkemeleri, İHAS ve İHAS'a ek protokollerde tanınıp düzenlenen hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili ilke sorunlar için İHAM'dan danışma görüşü isteyebilmektedir.⁴⁶ Mevzubahis yüksek mahkemelerin tespiti, mezkûr Protokol'ün 10. maddesi doğrultusunda taraf devletlerce yapılmakta ve belirlenen mahkemeler AK Genel

⁴⁶ 16 Nolu Ek Protokolün 1. maddesi uyarınca danışma görüşü isteyebilen yüksek mahkemeler, bu isteklerini geri çekme hakkına ayrıca sahiptir. 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 7.

Sekreterliği'ne bildirilmektedir.⁴⁷ Taraf devletler, danışma görüşü isteme noktasında yetkilendirdikleri yüksek mahkemeleri Protokol'ün 10. maddesi uyarınca değiştirme yetkisine sahiptir. Hollanda, Protokol'ü onaylayan devletler arasında en fazla yüksek mahkeme yetkilendirmesi yapan devlet olarak ön plana çıkmaktadır.⁴⁸ Taraf devletlerin yetkilendirmeleri, gerek genel mahkemelere gerekse özel mahkemelere İHAM'dan danışma görüşü isteme imkânının sağlandığını göstermektedir. Ayrıca belirtmekte fayda bulunan bir başka husus, pratiğe dökülen yetkilendirmelerin adli yargıdan idari yargıya, uyuşmazlık yargısından anayasa yargısına kadar birçok yargı koluna temas eder nitelikte olmasıdır.

16 Nolu Ek Protokol Kapsamında Yetkilendirilen Yüksek Mahkemeler			
Sıra	Taraf Devlet	Yetkilendirilen Mahkeme Sayısı	Mahkemeler
1.	Andorra	2	(i) Anayasa Mahkemesi (ii) Yüksek Mahkeme
2.	Arnavutluk	2	(i) Anayasa Mahkemesi (ii) Yüksek Mahkeme
3.	Bosna-Hersek	4	(i) Anayasa Mahkemesi

⁴⁷ 16 Nolu Ek Protokol ile taraf devletler birden fazla yüksek mahkemeyi danışma görüşü isteme hususunda yetkilendirebilmektedir. Bazı yüksek mahkemeler, taraf devletin ülkesine bağlı birden fazla toprak parçasındaki uyuşmazlıkların nihai çözüm mercii olarak tasarlanmış olabilir. Taraf devlet, İHAS'ın söz konusu toprak parçalarında uygulanmasına İHAS'ın 56. maddesinde yer alan hükümler doğrultusunda karar verebileceği gibi, bazı toprak parçalarını İHAS'ın uygulama alanı dışında bırakabilir. Taraf devlet, bu ikinci grupta yer alan toprak parçalarından kaynaklı olan ve yüksek mahkemelerde görülen davalar için 16 Nolu Ek Protokol'ün kısmen veya tamamen uygulanmamasına ayrıca karar verebilir. 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 8.

⁴⁸ Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, Protokol'ü 14 Ekim 2014 tarihinde imzalayan ama bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarih itibarıyla henüz onaylamayan Romanya, imza tarihinde AK Genel Sekreterliği'ne yapmış olduğu beyan ile Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve 15 ayrı bölge temyiz mahkemesini İHAM'dan danışma görüşü istemede yetkili kılmıştır. İlgili beyana erişim için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=214&codeNature=3&codePays=ROM> (E.T. 20.02.2022).

			(ii) Federal Yüksek Mahkeme (iii) Bosna-Hersek Federe Devlet Yüksek Mahkemesi (iv) Sırp Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi
4.	Ermenistan	2	(i) Anayasa Mahkemesi (ii) Yargıtay
5.	Estonya	1	(i) Yüksek Mahkeme
6.	Finlandiya*	4	(i) Yargıtay (ii) Danıştay (iii) İş Mahkemesi (iv) Sigorta Mahkemesi
7.	Fransa	3	(i) Anayasa Mahkemesi (ii) Danıştay (iii) Yargıtay
8.	Gürcistan	2	(i) Anayasa Mahkemesi (ii) Yüksek Mahkeme
9.	Hollanda**	5	(i) Yüksek Mahkeme (ii) Danıştay (iii) Temyiz Mahkemesi (iv) Ticaret ve Endüstri Yüksek Mahkemesi (v) Karayip Hollandası Ortak Adalet Divanı
10.	Litvanya	3	(i) Anayasa Mahkemesi (ii) Yargıtay (iii) Danıştay

11.	Lüksemburg	4	(i) Anayasa Mahkemesi (ii) Danıştay (iii) Yargıtay (iv) Temyiz Mahkemesi
12.	San Marino	1	(i) San Marino Cumhuriyeti Mahkemesi
13.	Slovakya	2	(i) Anayasa Mahkemesi (ii) Yüksek Mahkeme
14.	Slovenya	2	(i) Anayasa Mahkemesi (ii) Yüksek Mahkeme
15.	Ukrayna	1	(i) Yüksek Mahkeme
16.	Yunanistan***	4	(i) Yüksek Özel Mahkeme (ii) Yargıtay (iii) Danıştay (iv) Sayıştay

Notlar:

* İş Mahkemesi ve Sigorta Mahkemesi, Fin yargı sistemi içerisinde genel mahkemeler dışında kalan ve müstakil alanlarda uyuşmazlık çözümlü hususunda yetkilendirilmiş özel mahkemelerdendir.

** Karayip Hollandası, Hollanda Krallığı'nın Karayipler bölgesindeki topraklarını nitelendirmek için kullanılan terimdir. Krallığın ülkesel bütünlüğü içerisinde yer alan bu topraklar, anayasal sınırlar dairesinde asimetrik özerklikten istifade eden şu bölgelerden oluşmaktadır: Aruba, Curaçao, Sint Maarten, Bonaire, Sint Eustatius ve Saba.

*** Yüksek Özel Mahkeme, 1975 Yunan Anayasası'nın 100. maddesi doğrultusunda kurulan özel bir mahkeme olup, yüksek mahkemelerin (Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay) görev ve yetki uyuşmazlıkları, seçim uyuşmazlıkları ile milletvekilliği sıfatının sona ermesine ilişkin uyuşmazlıkların çözümü hususunda yetkilidir.

Taraf devletlerce yetkilendirilen yüksek mahkemeler, sadece görmekte oldukları bir davaya ilişkin ilke sorunlar için İHAM'dan danışma görüşü isteyebilmektedir.⁴⁹ Bu durum, danışma görüşü çerçevesinde herhangi bir soyut norm denetiminin amaçlanmadığını göstermektedir.⁵⁰ Danışma görüşünün İngilizce yahut Fransızca istenmesi zorunlu değildir.⁵¹ Taraf devlet yüksek mahkemeleri, ulusal yargılamalarda kullanılan resmî dillerde danışma görüşü isteyebilir.⁵² Danışma görüşü isteyen yüksek mahkemenin, bu istemin gerekçesi ile birlikte görmekte olduğu davaya ilişkin hukuki ve maddi açıdan bilgilendirme yapması gerekmektedir.⁵³ Söz konusu bilgilendirme, şu beş başlık hakkında içerik sunmalıdır: (i) dava konusu uyuşmazlık hakkında ulusal mahkemelerin yapmış olduğu maddi denetimin özeti, (ii) dava konusu uyuşmazlığa uygulanan ulusal mevzuat hükümleri, (iii) dava konusu uyuşmazlık ile İHAS'ta yer alan hak ve hürriyetler arasında bağlantı, (iv) dava taraflarının ulusal mahkemeler önünde yapmış oldukları savunmaların gerekli görülmesi hâlinde kısa bir özeti ve (v) mümkün ve uygun olan durumlar dairesinde davayı görmekte olan yüksek mahkemenin uyuşmazlığın çözümüne ilişkin görüşü.⁵⁴

⁴⁹ 16 Nolu Ek Protokol, m. 1/2.

⁵⁰ 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 10.

⁵¹ AK'ın kurucu sözleşmesi olan 1949 tarihli Londra Antlaşması'nın 12. maddesine göre AK'ın resmî dilleri İngilizce ve Fransızcadır. Londra Antlaşması'nın tam metnine erişim için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/271202009390800-1_ing.pdf (E.T. 20.02.2022).

⁵² Bu durum, bireysel başvuru ile danışma görüşü başvurusunun dil kullanımı açısından aynı usulü benimsediğini göstermektedir. 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 13.

⁵³ 16 Nolu Ek Protokol, m. 1/3.

⁵⁴ 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 12.

Danışma görüşü için yüksek mahkemelerce yapılan başvurular, ilk etapta Büyük Daire içerisinde teşkil edilen ve beş hâkimden oluşan bir panel tarafından kabul edilebilirlik açısından incelenmektedir.⁵⁵ Protokol'ün 1. maddesi hükümleri uyarınca inceleme yapan panelin kabul edilebilir bulunduğu başvurular, İHAS'ın 43. maddesi hükümlerince Büyük Daire'ye havale edilmektedir.⁵⁶ Danışma görüşü Büyük Daire tarafından verilmektedir.⁵⁷ Kabul edilemezlik kararı vermesi durumunda ise panelin bu kararın gerekçesini açıklaması gerekmektedir.⁵⁸ Söz konusu gerekçelendirme, İHAS'ın 43. maddesi doğrultusunda aranmayan, 16 Nolu Ek Protokol ile danışma görüşü başvurusu için getirilen ve ulusal yüksek mahkemeler ile İHAM arasındaki etkileşimi artırmayı hedefleyen bir şarttır.⁵⁹

⁵⁵ 16 Nolu Ek Protokol, m. 2/1.

⁵⁶ 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 14.

⁵⁷ 16 Nolu Ek Protokol, m. 2/2.

⁵⁸ 16 Nolu Ek Protokol, m. 2/1.

⁵⁹ Gerekçelendirmenin hem kabul edilemez hem de kabul edilebilir bulunan danışma görüşü başvurularında işlevsel kılınmasının İHAM ile ulusal yüksek mahkemeler arasında etkileşimi artıracaklarını belirten görüşler mevcuttur. Mevzubahis görüşler, gerek İHAM kararları gerekse öğreti kapsamında ifade edilmektedir. Ermeni Anayasa Mahkemesi'nin başvurusu üzerine İHAM'ın 2020 yılında verdiği danışma görüşüne ayrık oy yazan ve danışma görüşünü veren Büyük Daire'nin *ad hoc* üyesi olan Arman Sarvaryan, gerekçelendirmenin sadece kabul edilemez bulunan başvurularla sınırlı kalmaması gerektiğini belirtmiştir. Yargısal düzlemde insan hakları bölgesel koruma mekanizmalarına atf yapan Sarvaryan, kabul edilebilir bulunan başvurular için panel tarafından yazılacak gerekçelendirmenin de İHAM ile ulusal yüksek mahkemeler arasındaki etkileşimi artıracaklarını savunmuştur. Bu yöndeki gerekçelendirmenin sadece Avrupa Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı tarafından işlevsel kılınmadığını belirten Sarvaryan, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nin de aynı yönde hareket ettiğini belirtmiştir. Sarvaryan, 16 Nolu Ek Protokol'ün kabul edilebilir bulunan başvurular için gerekçelendirmeyi gerekli görmemesinin bir engel teşkil etmediğini belirtmiştir. Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi ile Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi özelinde de kabul edilebilir bulunan başvurular için gerekçe yazma zorunluluğu mevzuattan kaynaklanmasa da belirtilen mahkemeler, kabul edilebilir buldukları başvurular için gerekçe yazmaktadır. Benzeri tutumun İHAM tarafından da sergilenebileceği Sarvaryan tarafından belirtilmiştir. Paralel yöndeki bakış açıları öğretilerde yer alan yazılı eserlerde de izah edilmektedir. Bu eserlerden birkaçı için bkz. DZEHTSIAROU, Kanstantsin/ O'MEARA, Noreen, "Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-control?", *Legal Studies*, Cilt 34, Sayı 3, 2014, ss. 444-468; GERARDS, Janneke, "Advisory

Danışma görüşü başvurusu yapan yüksek mahkemenin bulunduğu taraf devletin İHAM üyesi hâkimi, bu başvuru için karar verecek panel ile Büyük Daire'nin *ex officio* (doğal) üyesidir.⁶⁰ Söz konusu hâkimin panel yahut Büyük Daire'de görev almasının mümkün olmadığı durumlarda, taraf devlet tarafından sunulan liste içerisinde birini, panel veya Büyük Daire'de yer alması için İHAM Başkanı seçer.⁶¹ Bahsi geçen seçim için işlevsel kılınan yöntem, İHAS'ın 26/4. maddesi mucibince Daireler ve Büyük Daire için öngörülen usulün aynısıdır.⁶²

Danışma görüşü isteyen yüksek mahkemenin bulunduğu taraf devlet ile AK İnsan Hakları Komiseri'nin danışma görüşü için yazılı görüş bildirme hakkı bulunmaktadır.⁶³ Taraf devlet temsilcisi ile Komiserin danışma görüşü için duruşma düzenlenmesi durumunda, bu duruşmalara katılma hakkı da vardır.⁶⁴ İHAM Başkanı; diğer taraf devletler ile kişileri, yazılı görüş bildirmeye veya duruşmalara katılmaya ayrıca davet edebilir.⁶⁵

16 Nolu Ek Protokol'ün 4/1. maddesi uyarınca danışma görüşünün gerekçeli olması gerekmektedir.⁶⁶ Söz konusu görüşe tamamen veya kısmen katılmayan Büyük Daire üyesi hâkim yahut hâkimler, karşı oylarını kullanıp ayrı bir görüş sunabilir.⁶⁷ Büyük Daire tarafından verilen

Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Cilt 21, Sayı 4, 2014, ss. 630-651; LEMMENS, Koen, "Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?", *European Constitutional Law Review*, Cilt 15, Sayı 4, 2019, ss. 691-713.

⁶⁰ 16 Nolu Ek Protokol, m. 2/3.

⁶¹ 16 Nolu Ek Protokol, m. 2/3.

⁶² 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 18.

⁶³ 16 Nolu Ek Protokol, m. 3.

⁶⁴ Üçüncü taraflara tanınan bu hak, İHAS'ın 36. maddesi hükümleri doğrultusunda Daireler ve Büyük Daire'de görülen davalarda da caridir. 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 19.

⁶⁵ Burada belirtilen davet etme hakkı, İHAM Başkanı tarafından her durumda kullanılabilir mutlak bir hak değildir. Protokol'ün 3. maddesinde yer alan ilgili hüküm, davet etme hakkının, doğru yargı yönetiminin yararına bir uygulama olması hâlinde kullanılabilirliğini belirtmektedir.

⁶⁶ 16 Nolu Ek Protokol, m. 4/1.

⁶⁷ 16 Nolu Ek Protokol, m. 4/2.

danışma görüşü, başvuruyu yapan yüksek mahkeme ile bu mahkemenin bulunduğu taraf devlete bildirilmekte; bu görüş, İHAM tarafından yayınlanmaktadır.⁶⁸ Danışma görüşü, başvuruyu yapan yüksek mahkeme açısından bağlayıcı olmayıp, tavsiye niteliğindedir.⁶⁹ Tavsiye niteliğindeki danışma görüşüne uyularak hüküm tesis edilmiş olan bir davanın tarafı, gerekli usul şartlarını yerine getirerek İHAS'ın 34. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru yoluna da gidebilmektedir.⁷⁰ İHAM'a yapılan bu tip bir bireysel başvuruda, danışma görüşü içeriğinde değinilen meselelerin konu yönünden herhangi bir farklılık teşkil etmemesi, netice itibarıyla bireysel başvurunun kabul edilemez bulunmasına sebep olmaktadır.⁷¹

A. Verilen Danışma Görüşleri

Danışma görüşü başvurularının ilki Fransız Yargıtay'ı tarafından 12 Ekim 2018 tarihinde yapılmıştır.⁷² Başvuru, istenilen babanın spermeleri ile üçüncü taraf bir kadının yumurtaları kullanılarak taşıyıcı annelik yoluyla doğan çocuğun, taşıyıcı annesi olan ve yurt dışında düzenlenen doğum belgesinde kendisinin yasal annesi olarak kabul edilen anne ile analık ilişkisinin tanınmamasının İHAS'ın 8. maddesinde düzenlenen kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkının bir ihlalini oluşturup oluşturmadığına ilişkindir.⁷³ Yapılan başvuru, 3 Aralık 2018 tarihinde beş hâkimden oluşan panel tarafından kabul edilebilir bulunup, danışma görüşünün verilmesi için Büyük Daire'ye havale edilmiştir.⁷⁴ Görüşü verecek Büyük Daire, 4 Aralık 2018 tarihinde İHAM İç Tüzüğü'nün 24/2. maddesine göre teşkil edilmiştir.⁷⁵ 7 Aralık 2018 tarihinde derdest davanın taraflarına 16 Ocak 2019 tarihine kadar yazılı görüşlerini İHAM'a bildirmeleri istemiyle davet gönderilmiştir.⁷⁶ Yazılı görüşler sadece dava taraflarından alınmamış olup, bazı taraf devletler ile kişilerden de 16 Nolu Ek Protokol'ün 3.

⁶⁸ 16 Nolu Ek Protokol, m. 4/3-4.

⁶⁹ 16 Nolu Ek Protokol, m. 5.

⁷⁰ 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 26.

⁷¹ 16 Nolu Ek Protokol'e Dair Açıklayıcı Rapor, § 26.

⁷² Fransız Yargıtay, B. No: P16-2018-001, 10/04/2019, § 1.

⁷³ Fransız Yargıtay, § 9.

⁷⁴ Fransız Yargıtay, § 2.

⁷⁵ Fransız Yargıtay, § 3.

⁷⁶ Fransız Yargıtay, § 4.

maddesi doğrultusunda yazılı görüşler alınmıştır.⁷⁷ Birleşmiş Milletler sert ve yumuşak mevzuat kaynakları ve İHAM içtihatları dâhil olmak üzere, ilgili birçok devletlerarası hukuk kaynağını inceleyen Büyük Daire; danışma görüşünü şekillendirmek için 43 ayrı devletin dava konusuna ilişkin yasal mevzuatını da karşılaştırmalı hukuk yöntemleriyle incelemiştir.⁷⁸

Büyük Daire, kapsamlı incelemeler ve etraflı muhakemeler sonrasında danışma görüşünü 10 Nisan 2019 tarihinde oy birliğiyle vermiştir. Danışma görüşünde çocuğun üstün yararına vurgu yapılmış,⁷⁹ yukarıda not edilen ilişkinin tanınmamasının çocuğu zedeleme potansiyeli taşıdığı belirtilmiştir.⁸⁰ İlişkinin tanınmasını İHAS'ın 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının bir gereği olarak gören Büyük Daire, bu tanımın yurt dışında düzenlenen doğum belgesine uyumlu bir şekilde nüfus sicil kayıtlarına işlenmesini zorunlu görmemiştir.⁸¹ Taraf devletin bu noktada takdir yetkisinin mevcudiyetine atıf yapan Büyük Daire, ulusal mevzuat doğrultusunda tanımaya imkân sağlanması gerekliliğini ön plana çıkarmıştır.⁸² Evlat edinme yoluyla söz konusu bağın kurulabileceğini belirten Büyük Daire,⁸³ bu hususa ilişkin ulusal mevzuatın yorumlanmasının Fransız mahkemelerinin yetkisinde olduğunu ifade etmiştir.⁸⁴

⁷⁷ Birleşik Krallık, Çek ve İrlanda hükümetleri, Fransız Kamu Denetçiliği Kurumu, Trento Üniversitesi Disiplinlerarası Cinsiyet Çalışmaları Merkezi ile Helsinki İnsan Hakları Vakfı, Taşiyıcı Anneliğin Lağvedilmesi İçin Uluslararası İttifak, Bükreş Katolik Doktorlar Derneği gibi çeşitli sivil toplum kuruluşları da İHAM'a yazılı görüş bildirmiştir. Yazılı görüş bildirmek için davet edilen Çocuk Hakları Uluslararası Ağı ise İHAM'a herhangi bir görüş sunmamıştır. Fransız Yargıtay, § 4.

⁷⁸ Fransız Yargıtay, §§ 10-24.

⁷⁹ Danışma görüşü konusu özelinde İHAM'ın karara bağladığı bireysel başvurularda çocuğun üstün yararının neden öncellenmesi gerektiği bütün yönleriyle açıklanmaktadır. Bu hususa ilişkin detaylı bilgi için bkz. Paradiso ve Campanelli/İtalya, B. No: 25358/12, 24/01/2017, § 208; Mennesson/Fransa, B. No: 65192/11, 26/06/2014, § 81; Labassee/Fransa, B. No: 65941/11, 26/06/2014, § 60; Wagner ve J.M.W.L./Lüksemburg, B. No: 76240/01, 28/06/2007, § 133.

⁸⁰ Fransız Yargıtay, §§ 40, 49.

⁸¹ Fransız Yargıtay, §§ 48-53.

⁸² Fransız Yargıtay, § 54.

⁸³ Fransız Yargıtay, §§ 56-57.

⁸⁴ Fransız Yargıtay, § 58.

İkinci danışma görüşü başvurusu, Ermeni Anayasa Mahkemesi tarafından 2 Eylül 2019 tarihinde yapılmıştır.⁸⁵ Başvuru, Anayasa Mahkemesi'nin 2009 tarihli Ermeni Ceza Kanunu'nun "*anayasal düzeni bozma*" kenar başlıklı 300/1. maddesi özelinde yürütmekte olduğu bir somut norm denetimine ilişkindir.⁸⁶ Bu denetim için Anayasa Mahkemesi'ne başvuran ise Yerevan (Erivan) İlk Derece Mahkemesi'dir.⁸⁷ Bidayet mahkemesi, 1998-2008 yılları arasında Ermenistan Cumhurbaşkanı olarak görev yapan Robert Koçaryan'ı yargıladığı bir davaya ilişkin olarak, ceza kanunlarının geçmişe yürüme yasağı ve hukuki güvenlik ilkesi dairesinde mezkûr maddenin 1995 Ermeni Anayasası'na uygunluğunun

⁸⁵ Ermeni Anayasa Mahkemesi, 2 Ağustos 2019 tarihli dilekçesi ile danışma görüşü başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme, İHAM'ın talepleri doğrultusunda 26 Ağustos ile 2 Eylül tarihlerinde başvurusuna ek belgeleri ayrıca sunmuştur. Başvuru tarihi bu sebepten ötürü dilekçenin ilk gönderildiği tarihten ziyade ek belgelerin gönderildiği ve başvurunun bütün yönleriyle tamamlandığı 2 Eylül tarihi olarak kaydedilmiştir. Ermeni Anayasa Mahkemesi, B. No: P16-2019-001, 29/05/2020, § 2.

⁸⁶ Koçaryan davası, 2008 yılının erken dönemlerinde Ermenistan'da yaşanan protestolarla doğrudan ilintilidir. 19 Şubat 2008 tarihinde düzenlenen cumhurbaşkanlığı seçimini Başbakan Serj Sarkisyan'ın seçim sahteciliği ile kazandığını iddia eden Levon Ter-Petrosyan destekçileri Erivan'da kitlesel protestolar düzenlemiştir. 10 gün süren ve Ermeni hükümetinin ivedilikle durdurulmasını istediği gösterilere binlerce protestocu katılmıştır. 1 Mart 2008 tarihine kadar devam eden gösteriler, Ermeni kolluk güçleri ile silahlı kuvvetlerin müdahalesiyle son bulmuştur. Güvenlik görevlileri, 1 Mart sabahı güç kullanarak göstericileri dağıtmış; yaşanan olaylar neticesinde sekizi sivil, ikisi kolluk kuvvetleri mensubu olmak üzere toplam 10 kişi yaşamını yitirmiştir. Protestolar esnasında göstericilerin bir marketi yağmaladığını iddia eden Cumhurbaşkanı Koçaryan, çeşitli anayasal hakların kullanımını sınırlandıran 20 günlük olağanüstü hâl ilan etmiştir. Protestolar, 2 Mart 2008 tarihinde Levon-Ter-Petrosyan'ın isteği doğrultusunda bütünüyle sona ermiştir. Sona eren gösterileri takiben cumhurbaşkanlığı görevine devam eden ve bu görevi iki dönem yürüten Sarkisyan, 2018 yılının Nisan ayında başbakanlık görevini yürütürken "*Kadife Devrimi*" olarak nitelendirilen kitlesel protestolar sonrasında istifa etmiş ve protestoların öncüsü konumunda bulunan Nikol Paşinyan'ın başbakanlığında yeni Ermeni hükümeti kurulmuştur. 27 Temmuz 2018 tarihinde Koçaryan ile diğer birkaç kişi hakkında, 2008 yılında yukarıda belirtilen olaylardaki eylemlerinden ötürü "*anayasal düzeni bozma*" suçundan soruşturma başlatılmıştır. İlgili iddianame, 29 Nisan 2019 tarihinde Yerevan İlk Derece Mahkemesi'ne gönderilmiş; 9 Mayıs 2019 tarihinde iddianame kabul edilmiştir. Mahkeme, 20 Mayıs 2019 tarihinde davayı görmeyi geri bırakıp, 2009 tarihli Ermeni Ceza Kanunu'nun 300/1. maddesinin 1995 Ermeni Anayasası'nın 72, 73 ve 79. maddelerine uygunluğunun denetimi için Ermeni Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 13-22.

⁸⁷ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 17.

denetimini 20 Mayıs 2019 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nden istemiştir.⁸⁸ İtiraz (def'i) başvurusu, Anayasa Mahkemesi tarafından 8 Temmuz 2019 tarihinde kabul edilebilir bulunmuştur.⁸⁹ Kabul edilebilirlik kararının akabinde, 2 Ağustos 2019 tarihinde Ermeni Anayasa Mahkemesi danışma görüşü için İHAM'a başvurmuştur.⁹⁰ İHAM'ın talepleri doğrultusunda başvuruya ek belgeleri 26 Ağustos ve 2 Eylül tarihlerinde tamamlayan Anayasa Mahkemesi, danışma görüşü için şu dört soruyu İHAM'a yöneltmiştir:

1. *“İHAS'ın 7. maddesinde ve 8 ila 11. maddeler aralığı dâhil olmak üzere başka maddelerde de atıf yapılan 'kanun' kavramı; kesinlik, erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve güvenilirlik gibi niteliksel gerekliliklere aynı derecede sahip midir?*
2. *Eğer değilse, bunları nitelendirmenin kıstasları nelerdir?*
3. *Bir suçu tanımlayan ve normlar hiyerarşisi açısından daha üstte bulunan mevzuat hükümlerine atıf yapmakla birlikte üst seviyede soyutluk içeren bir ceza kanunu hükmü; kesinlik, erişilebilirlik, öngörülebilirlik ve güvenilirlik şartlarını sağlar mı?*
4. *Suçun işlendiği zaman yürürlükte olan ceza kanunu maddesi ile sonrasında değiştirilen maddenin karşılaştırılmasında, İHAS'ın 7/1. maddesinde düzenlenen ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi, içeriksel/maddi benzerlikler ile farklılıkları hangi ölçütlerle tespit etmeyi gerekli kılar?”*⁹¹

Yukarıdaki sorulardan oluşan danışma görüşü başvurusu, 2 Ekim 2019 tarihinde beş hâkimden oluşan panel tarafından kabul edilebilir bulunup, danışma görüşünün verilmesi için Büyük Daire'ye havale

⁸⁸ Bidayet mahkemesinin yanı sıra Koçaryan da Ermeni Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmıştır. 1995 Ermeni Anayasası'nın 169/1-8. maddesi uyarınca yapılan bu başvurularda 2009 tarihli Ermeni Ceza Kanunu'nun 300/1. maddesinin 1995 Anayasası'nın 72, 73, 78 ve 79. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir. 30 Mayıs ve 4 Haziran 2019 tarihlerinde Koçaryan tarafından yapılan iki ayrı başvuru, 21 Haziran 2019 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilebilir bulunup birleştirilmiştir. Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 18.

⁸⁹ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 19.

⁹⁰ Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 1-2.

⁹¹ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 11.

edilmiştir.⁹² Görüşü verecek Büyük Daire, 7 Ekim 2019 tarihinde İHAM İç Tüzüğü'nün 24/2. maddesine göre oluşturulmuştur.⁹³ 9 Ekim 2019 tarihinde derdest davanın taraflarına 19 Kasım 2019 tarihine kadar yazılı görüşlerini İHAM'a bildirmek üzere davet gönderilmiştir.⁹⁴ Belirtilen zaman dilimi içerisinde Ermeni Ulusal Meclisi ile Robert Koçaryan yazılı görüşlerini İHAM'a sunmuştur.⁹⁵ Ermeni hükûmeti de 16 Nolu Ek Protokol'ün 3. maddesi doğrultusunda İHAM'a yazılı görüş vermiştir.⁹⁶ Danışma görüşünün şekillendirilmesinde 41 taraf devletin yasal mevzuatını karşılaştırmalı hukuk yöntemleriyle inceleyen Büyük Daire, 29 Mayıs 2020 tarihinde görüşünü oybirliğiyle vermiştir.⁹⁷

İHAM, danışma görüşünün ulusal mahkemeler huzurunda görül-
mekte olan bir dava için verilebileceğini belirtip, Ermeni Anayasa Mahkemesi'nin danışma görüşü için yöneltmiş olduğu ilk iki soruyu, bu soruların Koçaryan davası ile arasında bir bağlantı bulunmaması ve dolayısıyla 16 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinde belirtilen şartları sağlamadığı gerekçesiyle cevaplandırmamıştır.⁹⁸ İHAM, ilk iki soruya verilecek cevapların soyut ve genel nitelikte kalacağını ayrıca belirtip, mevzubahis cevapların danışma görüşünün kapsamının dışına çıkacağını belirtmiştir.⁹⁹

Ermeni Anayasa Mahkemesi'nin İHAM'a yönelttiği üçüncü soru ile İHAS'ın 7. maddesi kapsamındaki muhtemel bir ihlalin mevcudiyeti irdelenmiştir.¹⁰⁰ Söz konusu soru, genel itibarıyla Koçaryan'ın örtülü atıf yöntemi kullanılarak tanımlanan bir suçtan dolayı suçlanmasına

⁹² Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 4.

⁹³ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 5.

⁹⁴ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 6.

⁹⁵ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 6.

⁹⁶ AK İnsan Hakları Komiseri, danışma görüşü için 16 Nolu Ek Protokol'ün 3. maddesinden kaynaklanan yazılı görüş sunma hakkını kullanmamıştır. İHAM; Helsinki İnsan Hakları Vakfı ile 2008 olaylarında mağdur olanların aile üyelerinin temsilcisinden de yazılı mütalaa almıştır. Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 7-8.

⁹⁷ Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 29-30.

⁹⁸ Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, İHAM ilk iki soru ile görülen dava arasındaki bağın, soruların yeniden düzenlenmesi yoluyla kurulmasını da mümkün görmemiştir. Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 52-56.

⁹⁹ Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 52-56.

¹⁰⁰ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 60.

ilişkindir.¹⁰¹ 2009 tarihli Ermeni Ceza Kanunu'nun 300/1. maddesi, 1995 Ermeni Anayasası'nın 1, 5 ve 6/1. maddelerine atıf yapmaktadır.¹⁰² Anayasa Mahkemesi'ne göre, hiyerarşik olarak daha üstün olan ve atıf yapılan hükümler, Ermeni Ceza Kanunu'na nazaran daha fazla soyutluk içermektedir.¹⁰³ Bu durumun İHAS'ın 7. maddesine uygunluğu ile açıklık ve öngörülebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığı İHAM'dan sorulmuştur.¹⁰⁴

Yukarıda not edilen soruya danışma görüşünü verebilmek için karşılaştırmalı hukuk yöntemlerinden istifade ederek 41 taraf devletin ulusal mevzuatını inceleyen İHAM, taraf devletlerin birçoğunun anayasal düzene karşı suçların tanımlanmasında örtülü atıf yöntemini kullandığını gözlemlemiştir.¹⁰⁵ Taraf devletlerce yaygın bir şekilde kullanılan bu yöntemin bir başına İHAS'ın 7. maddesinin ihlalini oluşturmayacağı danışma görüşünde belirtilmiştir.¹⁰⁶ Öngörülebilirlik şartı açısından İHAM'ın altını çizdiği husus, atıf yapan hüküm ile atıf yapılan hükmün birlikte okunduğunda kişiler için öngörülebilirliği sağlaması gerekliliğidir.¹⁰⁷ Başka bir deyişle, öngörülebilirlik şartının gereği, kişinin kendisinin yahut gerekli görülen hâllerde aldığı hukuki yardım eşliğinde iki hükmü birlikte okuması sonrası hangi durumun veya durumların ceza sorumluluğu doğurabileceğini öngörebilmesidir.¹⁰⁸ İHAM'a göre, bu durum atıf yapılan hükmün atıf yapan hükme nazaran hiyerarşik olarak daha üstün olduğu ve daha yüksek derecede soyutluk içerdiği düzlemde de aynen geçerlidir.¹⁰⁹ Atfın sarih olmasının, açıklığın ve öngörülebilirliğin

¹⁰¹ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 58.

¹⁰² Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 59.

¹⁰³ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 59.

¹⁰⁴ Açıklık ve öngörülebilirlik şartlarına ilişkin olarak bireysel başvurular dairesinde şekillendirilen İHAM'ın yerleşik içtihadı hakkında öz bilgi için bkz. Rohlena/Çekya, B. No: 59552/08, 27/01/2015, § 50; Mihai Toma/Romanya, B. No: 1051/06, 24/01/2012, §§ 26-31; Korbely/Macaristan, B. No: 9174/02, 19/09/2008, § 71; Kononov/Letonya, B. No: 36376/04, 17/05/2010, § 185; Pessino/Fransa, B. No: 40403/02, 10/10/2006, §§ 35-36; Ali-muçaj/Arnavutluk, B. No: 20134/05, 07/02/2012, §§ 154-162.

¹⁰⁵ İncelenen soru özelinde İHAM tarafından yapılan karşılaştırmalı analizlerin kısa özeti için bkz. Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 29-35.

¹⁰⁶ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 74.

¹⁰⁷ Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 74-75.

¹⁰⁸ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 74.

¹⁰⁹ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 74.

sağlanması için en etkin yollar arasında sıralandığını belirten İHAM, atıf yapılan hükmün suçun unsurlarının sıralandığı atıf yapan hükümde belirtilen cezanın kapsamını genişletmemesi gerekliliğine de ayrıca vurgu yapmıştır.¹¹⁰

Danışma görüşü kapsamında İHAM'a yöneltilen dördüncü soru, İHAS'ın 7. maddesi ile bağlantılı standartlara ilişkindir.¹¹¹ Dava konusu uyuşmazlık kapsamında Koçaryan, soruşturmaya konu olan olayların akabinde yürürlüğe giren bir ceza kanunu hükmü uyarınca suçlandırılmıştır.¹¹² Bir başka ifadeyle, soruşturmaya konu olan olayların yaşandığı dönemde yürürlükte bulunan ilgili ceza kanunu hükmü farklıdır.¹¹³ Ermeni Anayasa Mahkemesi'ne göre, iki hüküm arasında anayasal düzeni bozma suçunun tanımı açısından önemli derecede farklılık bulunmaktadır.¹¹⁴ Dördüncü soru ile söz konusu hükümlerin hangisinin uygulanacağını tespitinde İHAS'ın 7. maddesi uyarınca gözetilmesi gereken standartların neler olduğu sorulmuştur.¹¹⁵

Dördüncü soruya danışma görüşü vermek için 41 taraf devletin ulusal mevzuatını karşılaştırmalı hukuk yöntemleriyle inceleyen İHAM, ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesi açısından pek çok taraf devletin somutlaştırma ilkesini kullandığını tespit etmiştir.¹¹⁶ İHAM'a göre; söz konusu ilke, her bir somut olayda ayrı değerlendirme yapmayı ve sanık için yeni hükmün mü yoksa iddia edilen suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan hükmün mü lehe olduğunun tespitini gerekli kılar.¹¹⁷ Danışma görüşünde İHAS'ın 7. maddesinin sanığın aleyhine olan sonradan yürürlüğe girmiş hükmün geri yürütülmesini yasakladığını belirten

¹¹⁰ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 74.

¹¹¹ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 75.

¹¹² Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 76-77.

¹¹³ Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 76-77.

¹¹⁴ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 77.

¹¹⁵ Ermeni Anayasa Mahkemesi, § 75.

¹¹⁶ Mevzubahis karşılaştırmalı hukuk çalışması hakkında kısa bir bilgilendirme için bkz. Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 36-40.

¹¹⁷ Bahsi geçen tespit, bireysel başvurular dairesinde İHAM tarafından da sıklıkla pratiğe dökülmektedir. Bu hususa ilişkin bazı örnekler için bkz. Berardi ve Mularoni/San Marino, B. No: 24705/16 ve 24818/16, 10/01/2019, §§ 46-56; Maktouf ve Damjanović/Bosna-Hersek, B. No: 2312/08 ve 34179/08, 18/07/2013, §§ 65-68.

İHAM, sanığın lehine olan sonradan yürürlüğe giren hükmün uygulanmasının mezkûr madde açısından bir ihlal teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.¹¹⁸

Dördüncü soru için bu şekilde genel bir cevaplandırma yapan İHAM, Koçaryan davasında uygulanan 2009 tarihli Ermeni Ceza Kanunu'nun 300/1. maddesinin İHAS'ın 7. maddesine bir ihlal oluşturma meselesinin soyut düzlemde cevaplanamayacağını da belirtmiştir.¹¹⁹ İHAM'a göre; bu soru, somut olay özelinde somut bir düzlemde yapılacak değerlendirmeye karara bağlanabilir.¹²⁰ Bu değerlendirme neticesinde; iddia edilen suçun işlendiği tarihten daha ileri bir tarihte yürürlüğe konan mezkûr madde, iddia edilen suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ilgili hükme göre sanık açısından eğer daha lehe görünüyorsa, bu madde İHAS'ın 7. maddesi gereğince uygulanmalıdır.¹²¹

B. Kabul Edilemez Bulunan Başvuru

Danışma görüşü kapsamında ilk kabul edilemez bulunan başvuru, 19 Kasım 2020 tarihinde Slovak Yüksek Mahkemesi tarafından yapılmıştır.¹²² Yüksek Mahkeme, görmekte olduğu bir davaya ilişkin olarak

¹¹⁸ Burada belirtilen geri yürütme yasağı, İHAM'ın yerleşik içtihadında bütün yönleriyle izah edilmiştir. Daha fazla detay için bkz. Vasiliauskas/Litvanya, B. No: 35343/05, 20/10/2015, §§ 165-166; Del Río Prada/İspanya, B. No: 42750/09, 21/10/2013, §§ 77-80, 91-93.

¹¹⁹ Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 89- 91.

¹²⁰ Ermeni Anayasa Mahkemesi, §§ 91-92.

¹²¹ Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, lehe olan sonradan yürürlüğe girmiş ceza kanunu hükmünün sanık açısından uygulanması ilkesi İHAS'ın 7. maddesinde doğrudan belirtilmemektedir. Bu ilke, İHAM'ın yerleşik içtihatları çerçevesinde olgunlaştırılmıştır. Söz konusu olgunlaşma sürecinin temel köşe taşları hakkında daha fazla bilgi için bkz. Scoppola/İtalya, B. No: 10249/03, 17/09/2009, §§ 108-109; Gouarré Patte/Andorra, B. No: 33427/10, 12/01/2016, §§ 28-36; Koprivnikar/Slovenya, B. No: 67503/13, 24/01/2017, § 59; Parmak ve Bakır/Türkiye, B. No: 22429/07 ve 25195/07, 03/12/2019, § 64.

¹²² Slovak Yüksek Mahkemesi, 25 Eylül 2020 tarihli dilekçesi ile danışma görüşü başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme, İHAM'ın talepleri doğrultusunda 19 Kasım tarihinde başvurusuna ek belgeleri ayrıca sunmuştur. Başvuru tarihi bu sebepten ötürü dilekçenin ilk gönderildiği tarihten ziyade ek belgelerin gönderildiği ve başvurunun bütün yönleriyle tamamlandığı 19 Kasım tarihi olarak kaydedilmiştir. Slovak Yüksek Mahkemesi, B. No: P16-2020-001, 14/12/2020, § 1.

İHAM'a şu soruyu yöneltilip, danışma görüşü isteminde bulunmuştur:¹²³ *"İçişleri Bakanının amirliğinde faaliyet yürüten İçişleri Bakanlığı Teftiş Birimi'nin, yine İçişleri Bakanının amirliği altında çalışan polis memuru hakkında yürütmüş olduğu disiplin soruşturmasında elde edilen deliller kullanılarak tamamlanan ceza soruşturması ve akabinde yargılaması, İHAS'ın 2/1, 3 ve 6/1. maddelerindeki hükümler dairesinde şekillendirilen adil yargılanmanın teminatlarını ihlal eder mi?"*¹²⁴

Slovak Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan başvuruyu kabul edilebilirlik yönünden inceleyen panel, başvurunun İHAS'a ek 16 Nolu Protokol'ün 10. maddesi doğrultusunda belirlenmiş bir yüksek mahkeme tarafından yapıldığını ve başvurunun söz konusu yüksek mahkemenin görmekte olduğu bir davaya ilişkin olduğunu ilk etapta tespit etmiştir.¹²⁵ Kabul edilebilirlik incelemesi kapsamında panelin 16 Nolu Ek Protokol'ün 1/1. maddesi doğrultusunda yöneldiği bir sonraki husus, yapılan

¹²³ Slovak Yüksek Mahkemesi tarafından İHAM'a yöneltilen danışma görüşü istemi, 2014 yılının Temmuz ayında bir kadına hukuk dışı müdahale ederek fiziksel zarar verdiği iddia edilen polis memuru I.E. hakkında devam eden ceza yargılamasına ilişkindir. Söz konusu iddialara karşı İçişleri Bakanlığı Teftiş Birimi tarafından disiplin soruşturması başlatılmış ve olayın görgü tanıkları ile olaya müdahil olanların ifadeleri dikkate alınarak polis memuru I.E.'nin disiplin suçu işlediğine karar verilmiştir. Teftiş Birimi'nin başvurusu üzerine polis memuru hakkında 23 Temmuz 2015 tarihinde ceza soruşturması açılmıştır. Polis memuru hakkındaki iddianame, Komárno Yerel Mahkemesi tarafından kabul edilmiş; yapılan yargılama neticesinde; I.E., adam yaralama suçundan 23 Nisan 2018 tarihinde hüküm giymiş ve 1000 Avro adli para cezasına çarptırılmıştır. I.E., ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karara itiraz etmiş; istinaf mercii olan Nitra Bölge Mahkemesi, 7 Kasım 2018 tarihinde bu itirazı reddetmiştir. İstinaf mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna giden polis memuru I.E., Slovak Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Temyiz dilekçesinde Teftiş Birimi'nin teşkilinin sorunlu olduğunu belirten I.E., Birimin Emniyet Genel Müdürlüğü'nün bir organı olmasından ziyade İçişleri Bakanının hiyerarşisi altında bir yapı olduğunu ve Bakanın doğrudan siyasi nüfuz alanı içerisinde yer aldığını belirtmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü içerisinde bir birim olmadığından dolayı Teftiş Birimi'nin Slovak Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca polis memurları hakkında soruşturma yürütmede yetkisiz olduğunu iddia eden I.E., yetkisiz bir organın toplamış olduğu delillerin geçersiz olacağı savıyla ceza yargılamasında kullanılamayacağını ileri sürmüştür. Yüksek Mahkeme, Teftiş Birimi'nin İHAS'ta belirtilen hükümlerle uyum içerisinde etkili soruşturma yapabilecek tarafsız ve bağımsız bir makam olup olmadığının cevaplanması için İHAM'a danışma görüşü başvurusu yapmıştır. Slovak Yüksek Mahkemesi, §§ 3-10.

¹²⁴ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 2.

¹²⁵ Slovak Yüksek Mahkemesi, §§ 15-16.

başvurunun İHAS ve İHAS'a ek protokollerde tanınip düzenlenen hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanması ile ilgili bir ilke sorun teşkil edip etmediğinin belirlenmesi olmuştur.¹²⁶ Panel, ilke sorunun nitelendirilmesini de ayrıca yaparak, yüksek mahkemeler tarafından görülmekte olan davada hüküm verebilmek için çözülmesi kaçınılmaz olarak lazım gelen sorunların bu kategoride değerlendirilebileceğini ifade etmiştir.¹²⁷

Danışma görüşünün amacının uyuşmazlığın çözümünün İHAM'a havale edilmesi olmadığının altını çizen panel, 16 Nolu Ek Protokol'ün gaye ve hedefinin yüksek mahkemeler ile İHAM arasında etkileşimi artırmak olduğunu hatırlatmıştır.¹²⁸ Yine İHAM'ın danışma görüşü ile istemde bulunan yüksek mahkemeye görmekte olduğu davada hüküm verirken karşılaştığı İHAS'a ilişkin meselelerin çözümünde yardımcı olabileceğinin de altı çizilmiştir.¹²⁹ Panel, 16 Nolu Ek Protokol uyarınca İHAM'ın bir davanın unsurlarını yorumlama veya İHAS'ın ışığı altında ulusal hukukun yorumlanması üzerine belirtilen taraf görüşlerini değerlendirme ya da adli takibatların sonuçlarına karar verme yetkisinin bulunmadığını ayrıca hatırlatmıştır.¹³⁰ Protokol'ün öngördüğü danışma görüşü başvurusunun soyut norm denetimini amaçlamadığını belirten panel, İHAS'a ilişkin genel mahiyetteki ve soyut nitelikteki soruların da kapsam dışı kalacağını ifade etmiştir.¹³¹

Panel, danışma görüşü başvurusundaki asıl meseleyi davalı I.E.'nin adil yargılanmasının İHAS'ın 6/1. maddesi hükümlerince sağlanıp sağlanmadığı hususu olarak tespit etmiş; İHAS'ın 2 ve 3. maddelerinin Slovak Yüksek Mahkemesi'nin başvuruya konu olan derdest davası ile doğrudan bağlantısı bulunmadığını ifade etmiştir.¹³² Adil yargılanma teminatlarının gerek yargılama gerekse soruşturma dâhil olmak üzere, yargılama öncesi aşamalarda geçerli kılınmasının İHAS'ın 6. maddesinin bir

¹²⁶ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 17.

¹²⁷ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 17.

¹²⁸ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 11.

¹²⁹ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 18.

¹³⁰ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 18.

¹³¹ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 18.

¹³² Slovak Yüksek Mahkemesi, § 19.

gereği olduğunu belirten panel,¹³³ mezkûr madde hükümleri doğrultusunda bir davada karar verecek olan mahkemenin teşri ve icrai makamlarla beraber söz konusu davanın taraflarından da bağımsız olması lazım geldiğine vurgu yapmıştır.¹³⁴

Yukarıda belirtilen ilkesel hususları ifade etmenin yanı sıra sanık veya davalı açısından ceza yargılamasının adilliği ile hakkında disiplin soruşturması açılan kişi yönünden soruşturmanın bağımsızlığı ve etkililiği arasında net bir farklılığın bulunduğunu belirten panel, söz konusu farklılığın istemde bulunan yüksek mahkemece de tespit edilmiş olmasını not etmiştir.¹³⁵ Farklılığı somut bir şekilde göstermek adına hareket eden panel, bir mahkeme tarafından sanık veya davalıya sağlanan bağımsızlık teminatının, hakkında ceza yargılaması aşaması henüz başlamamış bir kişi için bütün yönleriyle aynen mümkün kılınamayabileceğini belirtmiştir.¹³⁶ Panele göre, sanık veya davalı için ceza yargılaması güvenceleri kapsamındaki adil yargılanma hakları açısından esas olan şey, yargılamayı yapan mahkemenin bağımsızlığıdır.¹³⁷ Söz konusu bağımsızlığın bulunup bulunmadığına ilişkin istemde bulunan mahkemenin danışma görüşü başvurusu dâhilinde sunmuş olduğu göstergelerle beraber bir cevabının bulunduğu da panel tarafından ayrıca ifade edilmiştir.¹³⁸ Bu durumda danışma görüşünün İHAS ve İHAS'a ek protokollerde tanınıp düzenlenen hak ve özgürlüklerin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili bir ilke sorun yöneltmediğine kanaat getiren panel, Slovak Yüksek Mahkemesi'nin başvurusunu kabul edilemez bulmuştur.¹³⁹

¹³³ Adil yargılanmaya ilişkin teminatların ön yargılama aşamalarında da işlevsel kılınması gerektiği İHAM'ın yerleşik içtihatları çerçevesinde ifade edilmektedir. Bu hususa ilişkin daha fazla bilgi için bkz. Berliński/Polonya, B. No: 27715/95 ve 30209/96, 20/06/2002, § 75; Adamkiewicz/Polonya, B. No: 54729/00, 02/03/2010, § 82; Gäfgen/Almanya, B. No: 22978/05, 01/06/2010, § 163; Dvorski/Hırvatistan, B. No: 25703/11, 20/10/2015, §§ 76, 79 ve 81.

¹³⁴ İHAS'ın 6. maddesi mucibince ifade edilen bu gereklilik hakkında ayrıca bkz. Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye, B. No: 24014/05, 14/04/2015, § 221.

¹³⁵ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 22.

¹³⁶ Burada belirtilen farklılığın tafsilatlı izahı için bkz. R.R. ve R.D./Slovakya, B. No: 20649/18, 01/09/2020, §§ 113-117.

¹³⁷ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 22.

¹³⁸ Slovak Yüksek Mahkemesi, § 22.

¹³⁹ Slovak Yüksek Mahkemesi, §§ 23-24.

C. Danışma Görüşü Beklenen Başvurular

Bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarih itibarıyla İHAS'a ek 16 Nolu Protokol uyarınca kabul edilebilir bulunup danışma görüşü bekleyen üç başvuru bulunmaktadır. Bu başvurulardan ilki, Litvanya Danıştay'ı tarafından 5 Kasım 2020 tarihinde yapılmıştır.¹⁴⁰ Yapmış olduğu başvuruda Danıştay, meclis soruşturmasına ilişkin yasal mevzuatın İHAS'a ek 1 Nolu Protokol'ün "*serbest seçim hakkı*" kenar başlıklı 3. maddesine uygunluğunun nasıl değerlendirileceği hususunda İHAM'dan danışma görüşü istemiştir.¹⁴¹ Başvuru, 25 Ocak 2021 tarihinde beş hâkimden oluşan panel tarafından kabul edilebilir bulunup, danışma görüşünün verilmesi için Büyük Daire'ye havale edilmiştir. Görüşü verecek Büyük Daire, İHAM İç Tüzüğü'nün 24/2. maddesine göre teşkil edilmiş olup, bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarih itibarıyla danışma görüşü henüz verilmemiştir.¹⁴²

¹⁴⁰ Litvanya Danıştay'ı 2 Ekim 2020 tarihli dilekçesi ile danışma görüşü başvurusunda bulunmuştur. Danıştay, İHAM'ın talepleri doğrultusunda 5 Kasım tarihinde başvurusuna ek belgeleri ayrıca sunmuştur. Başvuru tarihi bu sebepten ötürü dilekçenin ilk gönderildiği tarihten ziyade ek belgelerin gönderildiği ve başvurunun bütün yönleriyle tamamlandığı 5 Kasım tarihi olarak kaydedilmiş olup, ilgili başvuru P16-2020-002 şeklinde numaralandırılmıştır.

¹⁴¹ Danışma görüşü başvurusu, Litvanya Danıştay'ının görmekte olduğu ve 2014 yılında meclis soruşturması yoluyla suçlandırılmakla birlikte, 2020 yılının Ekim ayında yapılan genel seçimlerde yarışmak isteyen eski bir milletvekilinin davasına ilişkindir. Söz konusu seçimlerde yarışmak isteyen şahsın adaylık başvurusu, Merkezi Seçim Komisyonu tarafından reddedilmiştir. Ret kararına itiraz eden eski milletvekili, Komisyon'un İHAM'ın 2011 tarihli Paksas/Litvanya kararı üzerine değiştirilen ulusal mevzuatı hesaba katmadan hareket ettiğini iddia etmiştir. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu mevzuat değişikliği, Litvanya Anayasa Mahkemesi tarafından 1992 Litvanya Anayasası'na aykırı bulunmuştur. Yine kısaca bahsetmekte fayda bulunan bir diğer husus, İHAM'ın 2011 tarihli Paksas/Litvanya kararıdır. İlgili kararda İHAM, Eski Litvanya Cumhurbaşkanı hakkında yürütülen meclis soruşturmasını takiben ilgili parlamento döneminin sonrasına sirayet edecek vaziyette kalıcı olmakla beraber, geri alnamaz şekilde milletvekilliğinin sona erdirilmesini İHAS'a ek 1 Nolu Ek Protokol'ün 3. maddesinin bir ihlali olduğunu değerlendirmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Paksas/Litvanya, B. No: 34932/04, 06/01/2011.

¹⁴² Başvuru hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-6919881-9297465%22%5D%7D> (E.T. 24.02.2022).

Danışma görüşü bekleyen ikinci başvuru, Ermeni Yargıtay'ı tarafından 11 Mart 2021 tarihinde yapılmıştır.¹⁴³ Yapılan başvuruda Yargıtay, işkence ve benzeri suçlar açısından ortaya çıkan cezai sorumluluk için devletlerarası hukukun sert mevzuat kaynaklarına yaslanarak ulusal mevzuatta düzenlenen dava zamanaşımı sürelerinin uygulanmamasının, ulusal mevzuatın mevzubahis dava zamanaşımı sürelerinin uygulanmamasını zorunlu kılmadığı durumda, İHAM'ın 7. maddesine aykırılık teşkil edip etmeyeceği hususunda İHAM'dan danışma görüşü istemiştir.¹⁴⁴ Başvuru, 10 Mayıs 2021 tarihinde beş hâkimden oluşan panel tarafından kabul edilebilir bulunup, danışma görüşünün verilmesi için Büyük Daire'ye havale edilmiştir. Görüşü verecek Büyük Daire, 12 Mayıs 2021 tarihinde İHAM İç Tüzüğü'nün 24/2. maddesine göre oluşturulmuştur. Danışma görüşü, bu çalışmanın yayına hazırlandığı tarih itibarıyla henüz verilmemiştir.¹⁴⁵

Danışma görüşü bekleyen son başvuru, Fransız Danıştay'ı tarafından 15 Nisan 2021 tarihli dilekçe ile yapılmış ve 19 Nisan tarihi itibarıyla İHAM'a ulaşmıştır. Yapmış olduğu başvuruda Danıştay, arazi sahipleri derneklerinin, resmî olarak onaylanmış bir av derneğinin av sahasından mülkiyetindeki arazileri çıkarma salahiyetini sınırlandıran kanun hükmünün İHAS'a uygunluğunun hangi kriterler dairesinde değerlendirileceğini sormuştur. İHAS'ın "*ayrımcılık yasağı*" kenar başlıklı 14. maddesi ile İHAS'a ek 1 Nolu Protokol'ün "*mülkiyetin korunması*" kenar başlıklı 1. maddesi hükümleri dairesinde danışma görüşü istenen mevzubahis başvuru, 31 Mayıs 2021 tarihinde kabul edilebilir bulunup, Büyük Daire'ye

¹⁴³ Ermeni Yargıtay'ı 1 Şubat 2021 tarihli dilekçesi ile danışma görüşü başvurusunda bulunmuştur. Yargıtay, İHAM'ın talepleri doğrultusunda 11 Mart tarihinde başvurusuna ek belgeleri ayrıca sunmuştur. Başvuru tarihi bu sebepten ötürü dilekçenin ilk gönderildiği tarihten ziyade ek belgelerin gönderildiği ve başvurunun bütün yönleriyle tamamlandığı 11 Mart tarihi olarak kaydedilmiş olup, ilgili başvuru P16-2021-001 şeklinde numaralandırılmıştır.

¹⁴⁴ Ermeni Yargıtay'ı tarafından istenen danışma görüşü, İHAM'ın 2012 tarihli Virabyan/Ermenistan kararıyla ilgilidir. Not edilen kararda İHAM, 2004 yılında gözaltı sürecinde kötü muameleye maruz kalmış şahsın işkenceye uğradığına karar vermiştir. Daha fazla bilgi için bkz. Virabyan/Ermenistan, B. No: 40094/05, 02/10/2012.

¹⁴⁵ Başvuru hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int /eng-press#%22itemid%22:%22003-7020362-9470289%22> (E.T. 24.02.2022).

havale edilmiştir. Başvuruya ilişkin görüş verme süreci, çalışmamızın yayına hazırlandığı tarih itibarıyla devam etmektedir.¹⁴⁶

III. UYULMAYAN DANIŞMA GÖRÜŞLERİ İÇİN BİR ÖNERİ

16 Nolu Ek Protokol kapsamında İHAM tarafından verilen danışma görüşlerinin tavsiye niteliğinde olduğunu çalışmamızın önceki kısmında ifade etmiştik. Söz konusu görüşlerin hüviyetine ilişkin olarak öğretilerde çeşitli eleştiriler ileri sürülmüştür.¹⁴⁷ Danışma görüşlerinin taraf devlet yüksek mahkemeleri açısından bağlayıcı olmaması kanaatimizce doğrudur. Öncelikle getirilen kurumun ismi dikkate alındığında İHAM tarafından verilecek olan görüşlerin “danışma (*advisory*)” niteliğinde olduğu açıktır. Bununla beraber ayrıca belirtmemiz gerekir ki, danışma görüşlerinin tavsiye niteliğinde olması, taraf devlet yüksek mahkemeleri ile İHAM arasındaki etkileşimi doğrudan olumsuz yönde etkileyecek bir husus olarak algılanmamalıdır. Aksine, 16 Nolu Ek Protokol danışma görüşlerine yüksek mahkemelerce uyulması noktasında mühim bir kurum inşa etmiştir. Çalışmamızın önceki kısmında kayda geçirdiğimiz üzere, taraf devlet yüksek mahkemesinde görülen bir davada, mevzubahis mahkemece İHAM’dan danışma görüşü istenmesi, söz konusu dava taraflarının gerekli usul şartlarını sağlamak kaydıyla İHAM’a bireysel başvuru yapmasını engellememektedir. Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki, yüksek mahkemenin danışma görüşüne uyararak hüküm tesis etmiş olduğu bir davanın tarafının, danışma görüşü kapsamında belirtilen hususlarda konu yönünden herhangi bir farklılığı belirtmeden İHAM’a bireysel başvuru yapması, bu başvurunun kabul edilemez bulunması sonucunu beraberinde getirmektedir. Not ettiğimiz durum, danışma görüşlerine uyma hususunda yüksek mahkemeleri teşvik edici niteliktedir.

Yukarıda belirttiğimiz kurum ile aynı olmamakla beraber, danışma görüşlerine uyumu artırmak ve netice itibarıyla yüksek mahkemeler ile İHAM arasındaki etkileşimi artırmak için ayrı bir kurumun inşası da mümkündür. Söz konusu kurum, danışma görüşüne uymayan yüksek mahkemenin, verilen görüşe uymama gerekçesini kararında açıkça

¹⁴⁶ Başvuru hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-7037895-9499238%22%5D%7D> (E. T. 24.02.2022).

¹⁴⁷ DALKILIÇ, ss. 161-162.

beltirme zorunluluğunu getirebilmesidir. Bu tip bir kurumun varlığı, 16 Nolu Ek Protokol'de düzenlenmediği gibi, Protokol'ün açıklayıcı raporunda da bahsi geçen kurumun mevcudiyetine değinilmemiştir.

Bahsi geçen kurumun anlaşılması için Türk hukukundaki bir uygulamanın örnek olarak incelenmesi yerinde olacaktır. İncelenmesi gereken uygulama, ilk derece mahkemelerinin ya da bölge adliye veya bölge idare mahkemelerinin direnme veya ısrar kararlarında direnme gerekçelerini göstermeleri hususudur. 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) göre kural olarak, "*bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir*".¹⁴⁸ Temyiz incelemesi Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi tarafından yapılır.¹⁴⁹ Yargıtay, temyiz incelemesi neticesinde; onama, bozma ya da bozarak düzeltme kararı verebilir.¹⁵⁰ Yargıtay'ın bozma kararı vermesi hâlinde; dosya, ilk derece mahkemesine veya bölge adliye mahkemesine gönderilir.¹⁵¹ Dosya kendisine gelen mahkeme, Yargıtay'ın bozma kararına uymak zorunda değildir.¹⁵² Bozma kararı sonrasında davaya yeniden bakacak olan mahkeme, direnme kararı verebilecektir.¹⁵³ CMK'nın 307/4. maddesine göre; direnme kararı, kararına direnilen daireye gönderilir. Daire, direnme kararını yerinde görmezse, dosyayı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na (YCGK) gönderir. Direnme üzerine YCGK tarafından verilecek olan kararlara karşı direnilemez.

Direnmeye ilişkin gerekçe veya gerekçelerin direnme kararında gösterilmesi gerektiğine ilişkin CMK'da açık bir hüküm yoktur. Ancak YCGK farklı birçok kararında Yargıtay ceza dairesinin kararına

¹⁴⁸ 5271 sayılı CMK, m. 286/1. 5271 sayılı CMK'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5271&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> (E.T. 25.02.2022).

¹⁴⁹ CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 935.

¹⁵⁰ ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku: Cilt 2, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 276.

¹⁵¹ ŞAHİN/ GÖKTÜRK, ss. 277-279.

¹⁵² BALCI, Fidan/ ÖZTÜRK, Seyithan, Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 528.

¹⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, ss. 993-994.

direnilmesi hâlinde, mahkemenin direnme kararında ayrıca direnme gerekçesini de göstermesi gerektiğini belirtmiştir. YCGK, gerekçeli karar hakkına da atıfta bulunduğu bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “Ceza Genel Kurulunun yerleşmiş uygulamalarına göre, bir karar bozulmakla tamamen ortadan kalkacağından, bozma sonrası yerel mahkeme tarafından CMK’nın 34, 230 ve 232. maddeleri uyarınca yeniden usulüne uygun olarak hükmün kurulması, bunun yanında direnmeye ilişkin gerekçenin de gösterilmesi gerekmektedir”.¹⁵⁴

YCGK, bir başka kararında direnme kararı veren mahkemenin, direnme gerekçesini de göstermesi gerektiğini şöyle belirtmiştir: “Yerel Mahkemece, gerekçeli kararda başlık kısmından sonra ‘Gereği Düşünüldü’ başlığı altında, iddianameden ve yapılan yargılama sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karardan söz edilip sanığın denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi nedeniyle cezalandırıldığı, bu hükmün de temyizi üzerine Özel Dairece bozulduğu belirtilerek Özel Dairenin bozma ilamının bir kısmına yer verildiği, direnme gerekçesi de gösterilmeden direnme kararı ile direnme kararına konu hükmün kurulduğu anlaşılmalı; Yerel Mahkemece gerekçeli kararın ‘başlık’ ve ‘sonuç’ bölümlerinin yazımında CMK’nın 232. maddesinde yazılı hususlara riayet edilip ‘Gereği Düşünüldü’ başlığı altında da, iddianameye yer verilmekle birlikte sanığın savunmasına, hükme esas alınan ve reddedilen delillere yer verilmemesi, sanığın suç oluşturduğu kabul edilen fiilin gösterilip nitelendirilmesinin yapılmaması, hüküm bölümünde yer alan uygulamaların dayanaklarının gösterilmemesi, yine direnme gerekçesinin bulunmaması karşısında, Yerel Mahkemenin direnme kararına konu hükmünün, Anayasa’nın 141 ve 5271 sayılı CMK’nın 34 ve 230. maddelerinde öngörülen şekilde kanuni ve yeterli gerekçeyi içermemesi, yine usul ve kanuna uygun direnme gerekçesi gösterilmemesi isabetsizliklerinden diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir”.¹⁵⁵

Ceza muhakemesi hukuku bakımından değindiğimiz direnme gerekçesinin gösterilmesi gerekliliği, medeni usul hukuku açısından da

¹⁵⁴ YCGK, 02.07.2019, E.2015/1150, K.2019/516 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (E.T. 25.02.2022).

¹⁵⁵ YCGK, 07.02.2019, E.2017/448, K.2019/77 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (E.T. 25.02.2022). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. YCGK, 29.04.2021, E.2017/946, K.2021/189 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (E.T. 25.02.2022).

geçerlidir. 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) göre, “bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlar ile hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabilir”.¹⁵⁶ Temyiz incelemesi, Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesi tarafından yapılır. Yargıtay esastan yapılan temyiz incelemesi neticesinde bozma veya onama ya da düzelterek onama kararı verebilir.¹⁵⁷ Yargıtay'ın bozma kararı vermesi hâlinde; dosya, ilk derece mahkemesine veya bölge adliye mahkemesine gönderilir.¹⁵⁸ Dosya kendisine gelen mahkeme, kural olarak bozma kararına uymak zorunda değildir;¹⁵⁹ mahkeme, kendi kararında direnebilir.¹⁶⁰ Direnmeye ilişkin gerekçe veya gerekçelerin, direnme kararında gösterilmesi gerektiğine ilişkin HMK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide ise direnme kararının iki bölümden oluştuğu ifade edilmiştir. Buna göre, mahkeme ilk bölümde direnme gerekçesini belirtir; ikinci bölümde ise bozulmuş olan eski kararını tekrar eder.¹⁶¹ Yine öğretilerde direnme kararında bozma kararına neden uyulmadığının ayrıntılı ve tatmin edici gerekçelerle açıklanmasının gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK) da direnme kararında direnme gerekçelerini gösterme gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Söz konusu husus, YHGK'nın bir kararında şu şekilde belirtilmektedir: “Direnme kararları, yapıları gereği, Yasa'nın hukuka uygunluk denetimi yapmakla görevli kıldığı bir Yargıtay Dairesinin bu denetimi sonucunda hukuka aykırı bularak, gerekçesini açıklamak suretiyle bozduğu yerel mahkeme kararının aslında hukuka uygun bulunduğuna, dolayısıyla bozmanın yerinde olmadığına ilişkin iddiaları

¹⁵⁶ 6100 sayılı HMK, m. 361/1. 6100 sayılı HMK'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf> (E.T. 25.02.2022).

¹⁵⁷ PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 544.

¹⁵⁸ 6100 sayılı HMK, m. 373/1-2.

¹⁵⁹ KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2020, s. 309.

¹⁶⁰ 6100 sayılı HMK, m. 373/5.

¹⁶¹ KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 548.

¹⁶² YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi: Cilt 4, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 5105.

ıçerdiklerinden, o iddiayı yasal ve mantıksal gerekçeleriyle birlikte ortaya koymak zorundadırlar.”¹⁶³

YHGK'nın bir başka kararında da benzeri görüşler şöyle not edilmiştir: *“Yukarıda ayrıntısıyla belirtildiği üzere, yerel mahkemenin temyize konu kararında, Özel Daire'nin yukarıya başlık bölümüne aynen alınan ve özellikle başta, kusur esasına dayalı rücu davasında davalı işveren asıl alacak miktarını ödemiş ise de, sonra açılacak davalara esas olmak üzere davalı işverenin kusur oranını belirleyen kusur raporu alınmamasının isabetsiz olduğu, ardından da tazmin edilecek miktarın tespiti ve ileride açılacak davalara etkisine işaret eden bozma nedenlerine karşı hangi gerekçeyle direnildiğine, bozma kararının hangi nedenle doğru bulunmadığına ilişkin herhangi bir özel açıklamaya yer verilmemiş; dolayısıyla hangi gerekçeyle direnildiği ortaya konulmamıştır. Bu hâliyle, anılan direnmenin, Anayasanın ve yasanın aradığı anlamda gerekçe içerdiğinden söz edilemez. Zira, Yargıtay'ca bozulan karar (kararın hem hüküm fıkrası hem de gerekçesi) ortadan kalkacağından, hukuki geçerliliğini yitirir. O hâlde, Mahkemece yapılacak iş; Anayasa'nın 141/3. maddesi ve ona koşut bir düzenleme içeren 6100 sayılı HMK'nın 297. (Mülga HUMK'nın 381, 388 ve 389.) maddeleri de gözetilerek ve özellikle bozma ilamında yer verilen bozma gerekçesine karşı, direnmenin gerekçesini de (gerekirse yeni bir hüküm oluşturmayacak şekilde yasal sınırlarda genişleterek) açıkça kaleme alarak kararda göstermek olmalıdır”.*¹⁶⁴

06.01.1982 tarih ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na (İYUK) da nihai kertede değinmek isabetli olabilir. İYUK'da “direnme” kavramı yerine “ısrar” kavramı kullanılmıştır. İYUK'un 50/3. maddesine göre; *“bölge idare mahkemesi, Danıştayca verilen bozma kararına uyabileceği gibi kararında ısrar da edebilir.”*¹⁶⁵ İsrar (direnme) gerekçesinin gösterilmesi gerekliliğine dair açık bir hükme İYUK'da da yer verilmemiştir. Ancak idari yargılama hukukunda da mahkemenin eski kararında ısrar etmesi

¹⁶³ YHGK, 21.10.2009, E.2009/9-397, K.2009/453 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (E.T. 25.02.2022).

¹⁶⁴ YHGK, 11.04.2012, E.2012/149, K.2012/291 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (E.T. 25.02.2022). Aynı yöndeki bir başka karar için bkz. YHGK, 04.10.2018, E.2017/2840, K.2018/1422 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>) (E.T. 25.02.2022).

¹⁶⁵ İdari yargılama hukukunda temyiz incelemesinin kapsamı ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, ss. 1704-1720.

hâlinde, bunun hukuksal gerekçelerini açıklaması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶⁶ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu (DVDDK), bu hususu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: *“İtiraz edilen tahakkukun miktarına sözü edilen yazının etkisi; davaya konu yapılan işlemin kapsamı ile dava dilekçesinde gösterilen miktar ve Danıştay Yedinci Dairesince bozma nedeni yapılan hukuksal durum gözetilip, değerlendirilmeksizin verilen, ilk kararda ısrar edilmesine ilişkin kararda yargılama usulüne ve hukuka uygunluk görülmemiştir.”*¹⁶⁷

Türk hukukunda direnme (veya ısrar) kurumuna ilişkin yaptığımız bu açıklamalar kapsamında şu anlaşılmaktadır: Bir mahkeme kararının temyiz mercii tarafından bozulması akabinde, ilgili alt derece mahkemesi, bu bozma kararına uymak zorunda olmayıp, kendi kararında direnebilmektedir; ancak, mahkemenin direnme kararı verirken neden bozma kararına uymadığına ilişkin hukuksal gerekçelerini de ortaya koyması gerekir. Bu husus esasında mahkemeler tarafından verilen her türlü kararın gerekçeli olması gerekliliğinin bir sonucudur.¹⁶⁸ Türk hukukundaki bu usulün İHAS kapsamında danışma görüşü bakımından da uygulanmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Buna göre, danışma görüşü isteyen yüksek mahkeme, İHAM tarafından verilen danışma görüşüne uymak, yani danışma görüşü doğrultusunda karar vermek zorunda değildir. Böyle bir zorunluluğun getirilmesi de yukarıda izah ettiğimiz nedenlerle doğru olmayacaktır. Bu bakımdan ilgili mahkeme danışma görüşüne kısmen veya tamamen uymayabilir. Ancak mahkemenin danışma görüşüne uymaması hâlinde, neden danışma görüşüne kısmen ya da tamamen uymadığını gerekçeleriyle birlikte ortaya koyması, netice itibarıyla 16 Nolu Ek Protokol ile amaçlanan yüksek mahkemeler ve İHAM arasındaki etkileşimi artıracaktır.

¹⁶⁶ BİLGİN, Hüseyin, “Son Yasal Değişiklikler Bağlamında İdari Yargıda ‘İsrar’ Kararı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 1, 2020, s. 85; CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 1157.

¹⁶⁷ DVDDK, 24.10.2008, E.2008/507, K.2008/714 (<https://karararama.danistay.gov.tr/>) (E.T. 25.02.2022).

¹⁶⁸ Nitekim 1982 Türk Anayasası'nın 141/3. maddesine göre; *“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır”*. 1982 Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf> (E.T. 28.02.2022).

SONUÇ

Çalışmamız, İHAS'a ek 16 Nolu Protokol'ün uygulanmasına dair öğretilerdeki boşluğu doldurmak için teşebbüste bulunmuştur. Protokol'e taraf olan devletlerce İHAM'dan danışma görüşü isteme hususunda yetkilendirilen yüksek mahkemeler, çalışmamız içeriğinde belirtilmiştir. Mevzubahis başvuru yolunun usul ve esas yönünden detaylandırılmasına da çalışmamız kapsamında ayrıca yer verilmiştir.

Çalışmamızın yayına hazırlandığı tarih itibarıyla İHAM'a yapılan danışma görüşü başvuruları sayısı altıdır. Bu başvuruların ikisi Ermeni, ikisi Fransız, biri Litvanya ve diğeri de Slovak mahkemelerince yapılmıştır. Yapılan başvurulardan sadece biri İHAM tarafından kabul edilemez bulunmuştur. Kabul edilebilir bulunan başvurulardan ikisi için danışma görüşü verilmiş olup, kalanlar özelinde ilgili süreçler devam etmektedir. Verdiği bir danışma görüşünde İHAM; taşıyıcı anne ile çocuk arasındaki aile ilişkisinin tanınmasını, İHAS'ın "*özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. maddesinin bir gereği olarak görmüştür. Bir başka danışma görüşünde İHAM; somutlaştırma ilkesi ışığı altında ceza kanunlarının geriye yürümezliği ilkesinin uygulanmasının, İHAS'ın 7. maddesinin bir gereği olduğunu belirtmiştir. Yapılan başvuruların muhakkak İHAS veya İHAS'a ek protokollerde tanınıp düzenlenen hak ve hürriyetlerin yorumlanması yahut uygulanmasına ilişkin bir ilke sorun içermesi gerektiği de İHAM'ın kabul edilemez bulduğu başvuruda not edilmiştir.

Taraf devlet yüksek mahkemeleri ile İHAM arasındaki etkileşimi artırmak, 16 Nolu Ek Protokol'ün ana hedeflerinden birisidir. Protokol, bu hedefin başarılmasına yönelik olarak önemli mekanizmalar inşa etmiştir. Belirtilen hedefin başarılmasına katkı sunacak bir başka adım, İHAM'ın verdiği danışma görüşüne kısmen veya tamamen uymayan taraf devlet yüksek mahkemesinin, uymama gerekçesini açıkça izah etme zorunluluğunun getirilmesiyle atılabilir. Türk hukukundaki örnekler üzerinden çalışmamızda somutlaştırılan bu öneri, mevzubahis gerekçelendirmenin Avrupa ölçekli bir düzlemde uygulanabilirliğini konu eden muhtemel benzeri çalışmalar vasıtasıyla tafsilatlı bir şekilde tahlil edilebilir.

KAYNAKLAR

- ABDULLAHZADE, Cavid, "Emval-i Metruke Kapsamındaki Mülki-yet Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Süreci Açısından Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 2, 2013, ss. 317-348.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Açıklama-lı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Savaş Ya-yınevi, Ankara, 2019.
- AMOS, Merris, "The Value of the European Court of Human Rights to the United Kingdom", The European Journal of International Law, Cilt 28, Sayı 3, 2017, ss. 763-785.
- ARSLAN, Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, 2000, ss. 274-294.
- BALCI, Fidan/ ÖZTÜRK, Seyithan, Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- BİLGİN, Hüseyin, "Son Yasal Değişiklikler Bağlamında İdari Yargıda 'İsrar' Kararı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 28, Sayı 1, 2020, ss. 75-125.
- BİLİR, Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 55, Sayı 1, 2006, ss. 135-156.
- CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- DALKILIÇ, Elvin Evrim, "İlk İstisnai Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 'Yeni' Yetkisinin Kısa İnceleme-si", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 36, Sayı 2, 2019, ss. 155-166.
- DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- DZEHTSIAROU, Kanstantsin/ O'MEARA, Noreen, "Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet

- for Dialogue and Docket-control?", *Legal Studies*, Cilt 34, Sayı 3, 2014, ss. 444-468.
- EREN, Abdurrahman, *Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması: Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu’", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1, 2000, ss. 363-385.
- GERARDS, Janneke, "Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal", *Maast-richt Journal of European and Comperative Law*, Cilt 21, Sayı 4, 2014, ss. 630-651.
- GERARDS, Janneke, "Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Cilt 18, Sayı 3, 2018, ss. 495-515.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt 2, 1. Baskı*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/ SAYGILI, Abdurrahman, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 12. Baskı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- HALBERSTAM, Daniel, "Opinion 2/13 of the Court (C.J.E.U.)", *International Legal Materials*, Cilt 55, Sayı 2, 2016, ss. 267-306.
- KALABALIK, Halil, *İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- KARSLI, Abdurrahim, *Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- KESKİNSOY, Ömer/ DEMİR, Hande Seher/ KAYA, Semih Batur, "İfade Özgürlüğü Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Hukuku Değiştirme Sorunu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2020, ss. 139-190.
- KORENICA, Fisnik, "A View on CJEU Opinion 2/13’s Unclear Stance on and Dislike of Protocol 16 ECHR", *European Public Law*, Cilt 22, Sayı 2, 2016, ss. 269-286.

- KRENN, Christoph, "Autonomy and Effectiveness as Common Concerns: A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13", German Law Journal, Cilt 16, Sayı 1, 2015, ss. 147-168.
- KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ŁAZOWSKI, Adam/ WESSEL, Ramses, "When Caveats Turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR", German Law Journal, Cilt 16, Sayı 1, 2015, ss. 179-212.
- LEMMENS, Koen, "Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue?", European Constitutional Law Review, Cilt 15, Sayı 4, 2019, ss. 691-713.
- METİN, Yüksel, "Siyasal Muhalefetin Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinde Korunması", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, 2007, ss. 63-104.
- MOONEN, Toon/ LAVRYSEN, Laurens, "Abstract but Concrete, or Concrete but Abstract? A Guide to the Nature of Advisory Opinions under Protocol No 16 to the ECHR", Human Rights Law Review, Cilt 21, Sayı 3, 2021, ss. 752-785.
- MURATOĞLU, Tahir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu, Görevleri ve Yargılama Usulü", Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 7, Sayı 27, 2016, ss. 307-364.
- ÖZBEY, Özcan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- ÖZBUDUN, Ergun/ TÜRKMEN, Füsun, "Impact of the ECtHR Rulings on Turkey's Democratization: An Evaluation", Human Rights Quarterly, Cilt 35, Sayı 4, 2013, ss. 985-1008.
- ÖZELER, Neslihan, "İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırılması", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 2017, ss. 43-62.
- PEERS, Steve, "The EU's Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare", German Law Journal, Cilt 16, Sayı 1, 2015, ss. 213-222.
- PEKCANİTEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015.

- SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler”, Gazi Üniversitesi Hu-kuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1-2, 2009, ss. 253-281.
- SEZER, Abdullah, “İHAS’a Ek 15 ve 16 Nolu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 8, 2015, ss. 107-129.
- ŞAHİN, Cumhur/ GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku: Cilt 2, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- ŞİRİN, Tolga, “İnsan Haklarının ve Temel Hakların Korunması İçin Sözleşme’nin Türkçe Çevirisi Sorunu”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 9, Sayı 1, 2021, ss. 1-64.
- TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2012.
- VOLAND, Thomas/ SCHIEBEL, Britta, “Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?”, Human Rights Law Review, Cilt 17, Sayı 1, 2017, ss. 73-95.
- YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi: Cilt 4, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.



KARMA HÜKÜMETTEN DENETİM VE DENGEE ERKLER AYRILIĞI İLKESİ

Dr. Öğr. Üyesi Aslan DELİCE*

Öz

Tarih boyunca en iyi yönetimin hangisi olduğu ve nasıl gerçekleştirileceği filozof ve hukukçuları hep meşgul etmiştir. Aristo'dan 17. asra kadar toplumun farklı kesimlerinin iktidara ortak edilmesine odaklanılmış, ılımlılık ve ölçüye dayanan, alt sınıflara iktidardan pay veren karma hükümetlerin en iyi devlet şekli olduğu kabul edilmiştir. 17. asırdan itibaren denge fikrinden uzaklaşarak, mülkiyet ve özgürlükleri içeren burjuva kapitalist değerlerin korunması temel amaç haline getirilmiştir. Üç işlevin üç ayrı organa verilmesiyle oluşacak özgürlükler alanında kendini gerçekleştiren bireylerin refah ve adaletin kaynağı olacağı beklentisi, erkler ayrılığının kabulündeki asıl saiktir. Geniş halk kitlelerinin gerçekleşmeyen adalet ve refaha ilişkin hayal kırıklıkları modern negatif anayasacılık kurgusunun temellerinin sorgulanması için yeterli bir gerekçedir. Çalışma karma hükümetten farklı olarak erkler ayrılığının tüm kesimlerin değil sermaye sınıfının çıkarları doğrultusunda anayasal bir yapı oluşturduğu fikrine dayanır. TBMM'nin çıkardığı kanunlar da dahil olmak üzere hiçbir işleminin yargı denetimine tabi tutulmaması teklifi de halk adına egemenliği kullanan yasama organıyla diğerleri arasındaki bozulan dengenin yeniden tesisi için önerilmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Fatih Sultan Mehmet Vakıf University Faculty of Law Constitutional Law Department, Istanbul, Turkey.

✉ adelice@fsm.edu.tr • ORCID 0000-0002-3596-8420

- ✎ **Atıf Şekli** | Cite As: DELİCE Aslan, "Karma Hükümetten Denetim ve Dengeye Erkler Ayrılığı İlkesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1667-1704.
- ✎ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.
- ✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

Karma Hükümet • Erkler Ayrılığı • Denetim ve Denge • Anayasa Yargısı • Egemenlik

THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS FROM MIXED GOVERNMENT TO CHECKS AND BALANCES

Abstract

Philosophers and lawyers have always been occupied with the best administration and how it will be implemented throughout history. From Aristotle to the 17th century, the focus was on the aim of making different segments of society a partner in power. Mixed governments, based on moderation and temperance, and giving a share of power to the lower classes, were considered the best form of government. Since the 17th century, the idea of balance has been abandoned and the protection of bourgeois capitalist values including property and freedoms has become the main objective. The expectation that individuals who realize themselves in the field of freedoms that will be formed by assigning three functions to three separate organs will be the source of welfare and justice is the main motivation for the acceptance of the separation of powers. The disillusionment of the large mass of people with the unrealized justice and welfare is sufficient justification to call into question the foundations of the modern construct of negative constitutionalism. The study is based on the idea that, unlike the mixed government, the separation of powers creates a constitutional structure in line with the interests of the capitalist class, not all segments. The proposal that none of the acts of the TGNA, including the laws enacted, be subject to judicial review was also brought forward to restore the balance between the legislature that exercises sovereignty on behalf of the people, and the others.

Key Words

Mixed Government • Separation of Powers • Checks and Balances • Constitutional Justice • Sovereignty

GİRİŞ

1982 Anayasası başlangıç kısmı dördüncü paragrafına göre “kuvvetler ayrımı”, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret medeni bir iş bölümü ve iş birliğidir.

Başlangıç kısmının lafzına bakıldığında erkler arasında bir ayırım yapıp yapılmadığı hususunda şüpheye düşülebilir. İlk olarak ayrılan

erklerin hangileri olduğu zikredilmemiştir. İkinci olarak erkler arasındaki hiyerarşi reddedilmiştir. Son olarak yetkilerin kullanılmasında iş bölümünün mü yoksa iş birliğinin mi esas olduğu belli değildir. Hükümler okunmaya devam edildiğinde Anayasanın “Cumhuriyetin Temel Organlarını” düzenleyen Üçüncü Kısmı Birinci Bölümünün “Yasama” başlığı altında Türkiye Büyük Millet Meclisini, (1982 AY m. 75 vd.) İkinci Bölümün “Yürütme” başlığı altında Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini, (1982 AY m. 101 vd.) Üçüncü Bölümünse “Yargı” başlığı altında Mahkemeleri düzenlediği görülür. (1982 AY m. 138 vd.) Başlangıçtaki “kuvvetler ayrılığına” ilişkin satırların yasama, yürütme, yargı organları arasındaki yetki paylaşımına işaret edildiği izlenimi vermek için kaleme alındığı söylenebilir.

I. KURGU VE AMAÇLAR

Somut ifadesini 1776 Virginia Haklar Bildirisi¹ ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin 16. maddesinde bulan erkler ayrılığı ilkesine göre² “Hakları teminat altına almayan ve erkler ayrılığını inşa etmeyen toplumların bir anayasası yoktur.”³ Şayet modern anayasa kavramının asli içeriğini erkler ayrılığıyla temel haklar oluşturuyorsa⁴ yukarıda bir örneği verilen yasama, yürütme, yargı organları üzerine inşa edilen anayasal mimarinin köken ve işlevinin ortaya konulması devlet kavrayışımızı derinleştirecektir. Hukuk devleti ideali, kişilerin değil hukukun üstünlüğü ve yönetimi olarak kabul edilir.⁵ Siyaset ve hukuk

¹ VILE, M. J. C., *Constitutionalism and The Separation of Powers*, Indianapolis, 1998, s.131.

² BARENDT, Eric, *Separation of Powers and Constitutional Government*, s.275, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.

³ [Avalon Project - Declaration of the Rights of Man - 1789 \(yale.edu\)](http://avalon.law.yale.edu/1789/decl_of_rights.asp) (31.10.2021)

⁴ TEUBNER, Gunther, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Çev.: NORBURY, Gareth, Oxford, 2012, s.83. SCHMITT, Carl, *Constitutional Theory*, Çev.: SEITZER, Jeffrey, Durham and London, 2008, s.170-197. GRIMM, Dieter, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, 2016, s.13. VILE, s.108.

⁵ RAZ, Joseph, *The Rule of Law and Its Virtue*, s.78, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016. ELLIS, Richard J., *Judging Executive Power: Sixteen Supreme Court Cases That Have Shaped American Presidency*, Lanham, 2009, s.144.

külliyatında ise daha dar bir anlamı vardır; devletin yasayla yönetmesi ve ona tabi olmasıdır.⁶ Bu ideal 17. asırda yasama ve hükümeti [kralı] kısıtlamak amacıyla yürütülen mücadele sonucunda İngiltere’de ortaya çıkmış,⁷ bir yandan egemenliğin kraldan halka aktarılması diğer yandan kamu yetkilerinin yalnızca ortak çıkarlar için kullanılmasına yönelmiştir.⁸ Bu aşamadan sonra işlevsel bir hukuk düzeni ihtiyacı duyan her devlet⁹ “şiddet tekelinin siyasi çıkarlar için sömürülmesini engelleme”¹⁰ ve iktidarı sınırlandırma¹¹ taleplerini erkler ayrılığıyla karşılamıştır.¹²

Kavram, devletin üç erkinin üç ayrı organa verilmesini ve aralarında kesin sınırlar çizilmesini ifade eder.¹³ Anayasayla tevdi edilen görevin bağımsız şekilde yerine getirilmesini sağlamak üzere her erke ayrı bir idare cihazı ve dahili özerklik verilir.¹⁴ Ayrı örgütlenme tarzları ve

⁶ GRIMM, s.345. RAZ, s.78.

⁷ HAYEK, F.A., Freedom and the Rule of Law, The first of two talks, s.147, in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016. VILE, s.3.

⁸ McCLOSKEY, Robert G., Constitutional Law/III-Civil Liberties, s.308, in International Encyclopedia of the Social Sciences, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 3, USA, 1968. BELLAMY, Richard, The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy, s.254, in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016. Grimm’e göre ortak çıkarlara sahip aristokrat ve burjuva sınıfı Parlamento’da güçlü bir şekilde temsil edilmiş ve devletin mutlak iktidarını başarıyla baskı altına almışlardır. Bkz. GRIMM, s.54.

⁹ BARBER, N. W., The Principles of Constitutionalism, Oxford, 2018, s.50.

¹⁰ BRENNAN Geoffrey / HAMLIN, Alan, A Revisionist View of The Separation of Powers, s.355, in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

¹¹ RAZ, s.93.

¹² VILE, s.2. BONILLA MALDONADO, Daniel, The Conceptual Architecture of The Principle of Separation of Powers, s.160., in BILCHITZ, David / LANDAU, David (Eds.), The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South, Cheltenham, 2018. WALDRON, Jeremy, Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?, s.136. in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

¹³ MÖLLERS, Christoph, The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers, Oxford, 2013, s.43. KELSEN, Hans, General Theory of Law and State, Çev.: WEDBERG, Anders, Massachusetts, 1949, s.269.

¹⁴ VILE, s.18. MÖLLERS, s.44.

kullanılan usuller farklı değerleri içerdiğinden hiçbir erk diğerinin işlevine tecavüz edemez.¹⁵ Kurumsal ayrılık bir kişinin aynı anda yalnızca bir erkte görev almasıyla pekiştirilir.¹⁶ İlkenin halk iradesini gerçekleştirerek demokrasiye hizmet edeceği,¹⁷ aksi halde tiranlık, mutlakiyetçilik ya da diktatörlüğün kaçınılmaz olduğu kabul edilir.¹⁸ Asıl amaç iktidarın tek kişi ya da grupta yoğunlaşmasını engelleyerek¹⁹ kamu otoritelerinin keyfi davranışlarını sınırlandırmaktır.²⁰ Bireysel özgürlüklerin teminat altına alınması,²¹ devlet etkinliğinin artırılması,²² karşılıklı hesap verilebilirliğin temin edilmesi ilkedен beklenen diğer faydalardır.²³

Erkler ayrılığı “negatif anayasacılığın” bir başka ifadeyle devleti tehdit olarak görüp engellenmesi gerektiğini ileri süren anlayışın ürünüdür.²⁴ Gaye, mutlak iktidarın ortadan kaldırılarak²⁵ her erkin ulusun farklı bir kesimini temsil etmesi ve ona karşı sorumlu kılınması yoluyla kamu yararının gerçekleştirilmesidir.²⁶ İktidarın karşı iktidarla dengelenmesi asıl olduğundan²⁷ bir erkin suiistimali diğer erkin işlemiyle

¹⁵ VILE, s.14-17.

¹⁶ BARBER, s.56. BARENDT, s.277. Parlamenter hükümet sistemlerinde hükümet, yasama organı içinden çıktığı için bu ayrılık yasama ve yürütme arasında mümkün değildir.

¹⁷ BARBER, s.221. ACKERMAN, Bruce, The New Separation of Powers, s.401., in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

¹⁸ SCHMITT, s.91.

¹⁹ BONILLA MALDONADO, s.151. CAROLAN, Eoin, The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State, Oxford, 2009, s.27.

²⁰ McILWAIN, Charles Howard, Constitutionalism: Ancient and Modern, New York, 1947, s.21. HAYEK, s.152.

²¹ VILE, s.15. MÖLLERS, s.49. CAROLAN, s.15.

²² BANKS, William C., Efficiency in Government: Separation of Powers Reconsidered, Syracuse Law Review, Vol. 35, No. 2, 1984, s.718. BARBER, s.51.

²³ McILWAIN, s.22. BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.255.

²⁴ CAROLAN, s.54. GRIMM, s.192. VILE, s.15. BARBER, s.54.

²⁵ SCHMITT, s.101.

²⁶ CAROLAN, s.258. GOODIN, Robert E., Institutionalizing the Public Interest: The Defense of Deadlock and Beyond, s.383., in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

²⁷ LUHMANN, Niklas, Trust and Power, Çev.: DAVIS, Howard / RAFFAN, John / ROONEY, Kathryn, New York, 1979, s.178. TEUBNER, s.88.

dengelenir ve hiç kimseye iktidarı tek başına kullanma imkanı verilmez.²⁸ Yasayı kaleme alanların tatbik eden ve yorumlayanlardan ayrılması,²⁹ işlemleri hukukileştirerek kanun koyucunun kendi çıkarını gözetken kural yapması engellenir.³⁰ Uyguladıkları yasaları yürürlüğe koymayan hükümetle yargının takdir ve yorum yetkileri de böylece denetlenebilir hale gelir.³¹ Bölünme ve ayrışma iktidarı sınırlandırmak dışında³² idare ve yargının siyasileşmesini engellemeye hizmet eder.³³

Esasen yasaların yapılması, tatbik edilmesi ve yorumlanması belli kişilere ait olduğu sürece kişilerin üstünlüğüyle hukukun üstünlüğü arasında gerçek bir karşıtlık bulunmaz.³⁴ Tanım gereği devlet, hukukla otorite sahibi kılınıyorsa [hukukun devlet tarafından yaratılması nedeniyle] hukuk devleti yalnızca boş bir totoloji,³⁵ “resmi görevlilerin yönetiminden başka anlamı olmayan mantık dışı bir kavramdır.”³⁶ Egemenin kendisini sınırlaması gibi³⁷ bulanık ve tartışmaya açık bir düşüncedir.³⁸ Ayrıca ideal bir erkler ayrılığı modeli bulunmadığı³⁹ gibi bir kuvvetin

²⁸ CAROLAN, s.201. VILE, s.14. BRAITHWAITE, John, On Speaking Softly and Carrying Big Sticks: Neglected Dimensions of a Republication Separation of Powers, s.302-352., in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

²⁹ HAYEK, s.151.

³⁰ MANSFIELD JR, Harvey C., Taming The Prince / The Ambivalence of Modern Executive Power, New York, 1989, s.182. BELLAMY, Richard, Introduction, s.XXXI., in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

³¹ BELLAMY, Introduction, s.XXXI.

³² TEUBNER, s.86.

³³ SCHMITT, s.170. TEUBNER, s.86.

³⁴ WALDRON, s.135. ABD anayasal kültürü “kişilerin değil kuralların üstünlüğü” ilkesini benimser. Bkz. SHANE, Peter M., Madison’s Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy, Chicago and London, 2009, s.82.

³⁵ RAZ, s.79.

³⁶ SCHMITT, s.187.

³⁷ TEUBNER, s.107.

³⁸ BONILLA MALDONADO, s.150. WALDRON, s.133. RADIN, Margaret Jane, Reconsidering The Rule of Law, s.47., in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016. RAZ, s.78.

³⁹ SCHMITT, s.223. MÖLLERS, s.8. BONILLA MALDONADO, s.153. CAROLAN, s.18.

diğerlerinden katı şekilde ayrılması da söz konusu değildir.⁴⁰ Erklerin diğerine kısmi bağımlılığı nedeniyle⁴¹ “her bir erkin kendi sahasında tam bağımsız”⁴² ve birbirine denk olduğu faraziyesi de çıplak gerçek ve anayasal düzenlemelere aykırıdır.⁴³ Yalnızca erklerin anayasanın kendisine tevdi ettiği işlevde baskın ve öncelikli olduğu kabul edilebilir.⁴⁴

II. KÖKEN VE ÖNCÜLER

İlkeyi hukuk dünyasına kazandırma şerefine kime ait olduğu tartışmalıdır. Locke ya da Montesquieu öne çıksa da⁴⁵ erkler ayrılığının atası sayılan toplumdaki farklı sınıfların yönetime katılımını ifade eden *karma yönetimin*⁴⁶ kökenleri antik düşünce kadar eskidir.⁴⁷ Asıl kafa karışıklığı devlet yapısını kral, lordlar ve avam arasında paylaştıran karma hükümetten yasama, yürütme yargıya dayalı erkler ayrılığına geçişte yaşanır.⁴⁸ Erkler ayrılığının kasten sınıf eğilimlerinden yoksun şekilde ifade edilmesi karışıklığın sebeplerinden biridir.⁴⁹ Aynı amaca hizmet ettiği kabul edilse bile bu ilkelerin erklerin ayrılmasına mı yoksa denetim ve dengeye mi hizmet ettiği belli değildir.⁵⁰ Vile’ye göre her iki ilke de dahili denetim kurumları oluşturarak devleti sınırlandırmaya yönelir.⁵¹ Katı ayrılık kurumları arasındaki bağları kopartırken denetim ve denge diğer erklerle teması içerir.⁵²

⁴⁰ VILE, s.348. GRIMM, s.224.

⁴¹ SHANE, s.7.

⁴² WEBER, Max, *On Law in Economy and Society*, Çev.: SHILS, Edward / RHEINSTEIN, Max, Cambridge and Massachussets, 1966, s.57. BRAITHWAITE, s.353. GRIMM, s.351.

⁴³ CAROLAN, s.41-42.

⁴⁴ VILE, s.361.

⁴⁵ MANSFIELD JR, s.148.

⁴⁶ CAROLAN, s.32.

⁴⁷ VILE, s.3. MÖLLERS, s.16. BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.257.

⁴⁸ VILE, s.59.

⁴⁹ VILE, s.7-37.

⁵⁰ CAROLAN, s.32.

⁵¹ VILE, s.38.

⁵² MÖLLERS, s.46.

A. Aristo (MÖ 384-322)

Aristo doğru yönetimleri üçe ayırır: *Krallık, aristokrasi ve politeia*. Bunlar yozlaşmış çürüyerek *tirani, oligarşi ve demokrasiye* dönüşür.⁵³ Halkı meydana getiren çiftçilerden askerlere, zanaatkarlardan yöneticilere, hakimlerden tüccarlara kadar çok sayıda zümrenin her biri devlette pay sahibi olmalıdır.⁵⁴ Yurttaşların doğrudan yönetime dahil olması⁵⁵ ve pay talebi, özgürlük, zenginlik ya da mükemmelliğe dayandırılabilir.⁵⁶ Bir kişi hem asker hem yönetici olabileceği halde hem zengin hem fakir olamaz. Dolayısıyla zengin azınlık ya da fakir çoğunluk dikkate alınarak gerçekte yalnızca iki devlet şekli oluşturulabilir: *oligarşi ve demokrasi*.⁵⁷ Her ikisi de halkın genelini değil sınıfsal çıkarları ve siyasi üstünlüklerini düşündüğü için adil değildir.⁵⁸ İdeal yönetimi kurmak neredeyse imkansızsa da⁵⁹ *politeia*, oligarşiyle demokrasinin iyi taraflarının birleştirilmesiyle oluşturulan anayasal devlettir.⁶⁰ Yönetimi belli gruplara bıraktığı için kamu yararını tahrip eden demokrasi ve oligarşinin aksine ılımlı bir zenginliği hakim kıldığı için zengin ve yoksul arasındaki çatışmaları yumuşatır.⁶¹

Düşüncelerini işlev üzerine yoğunlaştıran Aristo, doğru anayasaların üç unsuruna işaret eder. İlki kamu meselelerinin *müzakere edilme-*

⁵³ ARISTOTLE, *Politics*, s.4391., in *The Complete Works of Aristotle*, Çev.: JOWETT, Benjamin, BARNES, Jonathan (Eds.), New Jersey, 1995.

⁵⁴ ARISTOTLE, *Politics*, s.4398-4399.

⁵⁵ BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.258.

⁵⁶ ARISTOTLE, *Politics*, s.4407.

⁵⁷ ARISTOTLE, *Politics*, s.4398. Dahl ve Hartog *demosun* halk dışında fakir insan, zavallı kitle anlamına vurgu yapar. Schmitt ise hiçbir üstünlük ve imtiyazı olmayan sıradan insanı halk kavramı içine yerleştirir. Bkz. DAHL, Robert A., *Demokrasi Üzerine*, Çev.: KADIOĞLU, Betül, Ankara, 2021, s.20. HARTOG, François, *Eskiler, Modernler, Yabanılar*, Çev.: KAHİLOĞULLARI, Adnan, İstanbul, 2020, s.215. SCHMITT, s.271.

⁵⁸ ARISTOTLE, *Politics*, s.4415.

⁵⁹ BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.258.

⁶⁰ ARISTOTLE, *Politics*, s.4406-4407. *Politeia* Yunanca anayasa anlamına gelir. Bugünkünden farklı olarak egemenliğin kullanımına ilişkin temel yasayı değil devletin bütünlüğünü ve tüm hayatını ifade eder. Bkz. McILWAIN, s.24-38.

⁶¹ BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.258.

siltartışılması, ikincisi *yöneticiler* üçüncüsü de *yargıdır*.⁶² Savaş ve barış ilan etme, ittifaklar kurma; ölüm, sürgün ve müsadere cezası verme, yöneticileri seçme ve denetleme, kanun yapma yetkilerini içeren *müzakere/tartışma* unsuru günümüzdeki yasama işlevine tekabül eder.⁶³ Siyasal toplumda çok fazla makam olduğunu belirten filozof, sıradan görevleri yerine getirenleri *yönetici* kabul etmez. Özellikle tüm *polisi* ilgilendiren yetkiler, tarım tedbirlerini alanlar ve komutanlar öne çıkar. Bu unsur günümüzdeki yürütme işlevidir. Cinayetten ihanete kadar bütün suçları yargılayacak hakimlerse *yargı* unsurunu oluşturur. Tüm yurttaşlar arasından ya da belli bir sınıftan seçilebilirler.⁶⁴ Aristo, en üstün [egemen] unsurun *müzakere* olduğunu söylese de⁶⁵ erkleri kurum olarak birbirinden ayırmaz.⁶⁶ Keza işaret ettiği işlevsel ayrılık için normatif bir gerekçe de sunmaz.⁶⁷

B. Polybius (MÖ 203-120)

Aristo'yu takip eden Polybius devletleri *krallık, aristokrasi ve demokrasi* olarak üçe ayırır.⁶⁸ Bunların yozlaşmış olanları *monarşi, oligarşi ve anarşidir* [mob-rule].⁶⁹ Yönetimlerin birinden diğerine evrilmesi tabii ve kaçınılmazdır.⁷⁰ Her anayasa kendi sonunu hazırlayan kusurla malul olduğu için yaslandığı temel ilkenin en aşırı noktasında karşıtı olan kötülüğe dönüşmesi engellenmelidir.⁷¹ Çözümün anahtarı farklı devlet şekillerini bir araya getirerek sınıflar arasında ılımlılık ve orantı tesis

⁶² ARISTOTLE, Politics, s.4420.

⁶³ Vile'ye göre Yunanlılar sürekli faaliyette bulunan bir yasama organı fikrine sahip olmadığından müzakere unsuru günümüz yasamasına tekabül etmez. Bkz. VILE, s.24.

⁶⁴ ARISTOTLE, Politics, s.4421-4431.

⁶⁵ ARISTOTLE, Politics, s.4424.

⁶⁶ BANKS, s.718. VILE, s.25.

⁶⁷ SHARP, Malcolm P., The Classical American Doctrine of the Separation of Powers, University of Chicago Law Review, 2, No. 3, April 1935, s.387.

⁶⁸ POLYBIUS, The Histories, Volume III, Çev.: PATON, W. R., Cambridge, Massachusetts, 1979, s.273.

⁶⁹ POLYBIUS, s.274.

⁷⁰ POLYBIUS, s.275.

⁷¹ POLYBIUS, s.291.

etmektedir.⁷² Her gücün karşıt güçle dengelenmesi *krallıkta*, halka yönetimden yeteri kadar pay verilmesi ve kibirden uzak durularak sağlanır. En zayıf halk kesimleri adet ve kurallara riayet ederek en güçlülerin desteğini kazanırken devlet içindeki uyum da korunmuş olur.⁷³ Aristo gibi “Polybius da işlevlerin zorunlu ayrılığı fikrine yer vermez.”⁷⁴

C. Aqino’lu Thomas (1225-1274)

Aqino’lu Thomas, Aristo’ya doğrudan atıf yaparak yönetimleri nicelik ölçütüne göre *krallık*, *aristokrasi*, *demokrasi* şeklinde üçe ayırır. Güçlü ve zengin azınlığın yönetimi *oligarşi*, tek kişinin yozlaşmış iktidarı *tirani-dir*.⁷⁵ İyi yönetimlerin olumlu yönleri alınarak oluşturulan karma yönetimse en iyi devlet şeklidir. Thomas’a göre siyasal toplumda doğru yönetime ilişkin iki hususa dikkat edilmelidir. İlki tüm yurttaşların yönetime iştirak etmesidir. Böylece hem barış tesis edilir hem de yurttaşların kurumları ihtimamla koruması sağlanır.⁷⁶ İkincisi ise yönetimin şeklidir. En iyi yönetim şekli olan *krallıkta* tek kişi erdemi nedeniyle seçilir ve yönetir. Diğer yöneticiler de erdemlerine göre çeşitli makamlara getirilir. Böyle bir yönetim, yöneticilerin yurttaşlar arasından yine yurttaşlarca seçilmesi nedeniyle tüm yurttaşlara aittir.⁷⁷ Bu anayasa, halkın tek kişinin yönetimi altında olması nedeniyle kısmen krallık, erdemli azınlığın yönetime dahil olması nedeniyle kısmen aristokrasi, yöneticilerin yurttaşlar arasından seçilmesi ve seçme hakkının yurttaşlara ait olması nedeniyle demokrasidir.⁷⁸

Karma hükümetlerin monarşi, aristokrasi ve demokrasiyi harmanlayarak⁷⁹ hem sınıflar arasında uyum sağladığı⁸⁰ hem de ılımlılık ve ölçü-

⁷² BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.257

⁷³ POLYBIUS, s.292.

⁷⁴ BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.257-8.

⁷⁵ AQUINAS, Thomas, Treatise on Law, Çev.: REGAN, Richard J., Indianapolis, Cambridge, 2000, s.51.

⁷⁶ AQUINAS, Thomas, Summa Theologica, Çev.: Fathers of the English Dominican Province, Benziger Bros. edition, 1947, s.1462. AQUINAS, Treatise on Law, s.89.

⁷⁷ AQUINAS, Summa Theologica, s.1462. AQUINAS, Treatise on Law, s.89.

⁷⁸ AQUINAS, Summa Theologica, s.1462. AQUINAS, Treatise on Law, s.89.

⁷⁹ HARTOG, s.228. VILE, s.37.

⁸⁰ VILE, s.25. CAROLAN, s.261.

lülüğü hakim kıldığı kabul edilir.⁸¹ Hiçbir sınıfın çıkarlarını diğerlerine dayatamaması sayesinde⁸² her devlet şeklinin üstün yönleri olan güçlü yürütme, halka dayalı meşruiyet ve seçkin unsurların yönetime dahil edilmesi gibi faydalar temin edilir.⁸³ Erkler ayrılığı fikrinin ortaya çıkışıyla birlikte devletin monarşik, aristokratik, demokratik unsurları, yürütme (kral), yargı (Lordlar Kamarası) ve yasama (Avam Kamarası) işleviyle eşitlenmiştir.⁸⁴

Modern zamanlarda kral, soylular ve halk arasındaki sınıfsal dengeye dayalı *karma yönetim*, iktidarı sınırlandırmanın yönetime fayda sağlayacağı beklentisiyle ilk kez 1642 yılında İngiltere’de savunulmuştur.⁸⁵ Kral I. Charles da İngiltere’nin egemenliğin Kral, Lordlar ve Avam Kamarası arasında paylaşıldığı, farklı kesimlerin temsiline dayalı bir devlet olduğu fikrini kabul etmiştir.⁸⁶ İngiltere’nin ilk yazılı anayasası olan Cromwell’in 1653 tarihli *Institution of Government’ı* yalnızca erkler ayrılığına yer veren yönetimleri gerçek anayasal devlet olarak tanımlarken,⁸⁷ *The Excellencie of a Free-State* (1656) adlı eser, hız ve gizlilikten yoksun yasamanın yürütmeden ayrılması gerektiği düşüncesini benimser.⁸⁸ En önemli ayrılık gerekçelerinden biri de kralın yürütme yetkisinin yasa-maya tabi kılınmasıdır.⁸⁹ Erkler ayrılığına ilişkin tutarlı kuramsal çerçeve bir başka İngiliz tarafından inşa edilmiştir.

D. John Locke (1632-1704)

Locke da selefleri gibi devlet şekillerini üçe ayırır. Yasa yapma ve yasalara icra etme iktidarı tek adamın elindeyse *monarşi*, seçilmiş birkaç

⁸¹ BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.257.

⁸² VILE, s.37.

⁸³ BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.257.

⁸⁴ SCHMITT, s.238. VILE, s.37.

⁸⁵ BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.259.

⁸⁶ CAROLAN, s.260.

⁸⁷ SCHMITT, s.220. VILE, s.49.

⁸⁸ BANKS, s.719. Gizlilik, niyet ve fikirleri hiç kimsenin öğrenmesine izin vermeyerek iktidarı nüfuz edilemez hale getirdiği için vazgeçilmezdir. Bkz. CANETTI, Elias, *Kitle ve İktidar*, Çev.: AYGEN, Gülşat, İstanbul, 2019, s.316-317.

⁸⁹ MANSFIELD JR, s.164.

kişi ve onların varislerine aitse *oligarşi*, tüm topluma aitse devlet şekli *demokrasidir*.⁹⁰

Yargıyı dışarda bırakarak devlet erklerini üçe ayıran düşünür, *yasamayı*, devlet gücünün topluluk üyelerinin korunması için nasıl kullanılacağına yönlendirme iktidarı olarak tanımlar.⁹¹ *Yürütme*, yasaların toplumun tüm parçaları üzerinde icra edilmesiyle, *federatif iktidar* dışardan gelebilecek zararlara karşı kamu gücünün kullanılmasıdır. Kendi aralarında ayrık olsa da iktidarın dahili ve harici yönlerine işaret eden yürütme ve federatif yetkiler neredeyse birleşiktir.⁹² Locke'a göre devlete biçim, yaşam ve birlik veren yasama diğer erklerden üstün olup⁹³ yürütme ve federatif iktidar ona tabidir.⁹⁴ Toplum ve kamu yararıyla sınırlı olan yasama, uyrukların yok edilmesi, köleleştirilmesi ve yoksullaştırılması için kullanılamaz.⁹⁵ Tüm kamu yetkilerinin kullanımı en üstün yasa olan halkın kurtuluşu (*Salus populi suprema lex*)⁹⁶ amacına matuftur.⁹⁷ Locke, bağımsızlığını koruması için hükümete yasaları veto etme yetkisi de verir.⁹⁸

Yasama iktidarına sahip olanlar yürütmeyi de ele geçirirlerse, kendilerini yasalardan muaf tutma ya da yasa yapım ve icrasını kendi çıkarları doğrultusunda çarpıtma tehlikesi ortaya çıkar.⁹⁹ Hızlı karar alma yeteneği olmayan yasamanın, yaptığı yasaları bizzat tatbik etmeye kalkması da etkinliğin yitilmesiyle sonuçlanır.¹⁰⁰ Locke, kurumsal ve

⁹⁰ LOCKE, John, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme - Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme, Çev.: BAKIRCI, Fahri, Ankara, 2012, s.85.

⁹¹ LOCKE, s.95.

⁹² LOCKE, s.96-97.

⁹³ LOCKE, s.85-139.

⁹⁴ LOCKE, s.100-103.

⁹⁵ LOCKE, s.88-89.

⁹⁶ LOCKE, s.104.

⁹⁷ JENKINS, David, "The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative", McGill Law Journal, 56(3), 2011, s.548.

⁹⁸ JENKINS, s.555.

⁹⁹ LOCKE, s.95-96.

¹⁰⁰ BANKS, s.719. Canetti'ye göre düşmanlarını hızlı hareketleriyle şaşkına çevirip, tuzağa düşüren sonra da yok eden Moğollardan bu yana *hız*, iktidarın özünde yer alır ve onun önemli bir parçasıdır. Bkz. CANETTI, s.307-314.

işlevsel ayrılığı temin ettikten sonra uzmanlık, despotizmden korunmak ve etkinliği sağlamak için devletin üç işlevini iki siyasal organa teslim eder.¹⁰¹ Yasamayı en üstün iktidar olarak kabul etmesi,¹⁰² anayasal mimaride yargıya yer vermemesi,¹⁰³ erklerin denkliği iddiasında bulunmaması¹⁰⁴ günümüz için önemli ipuçlarıdır. Locke, ilkeyle bir yandan kralın imtiyazlarını diğer yandan da parlamentonun üstünlüğü ilkesini muhafaza eder.¹⁰⁵ İnşa ettiği model erkler ayrılığının öncüsüdür.¹⁰⁶

E. Montesquieu (1689-1755)

Klasik yaklaşımı takip eden Fransız yazar yönetimleri, *krallık*, *istibdat* (despotizm) ve *cumhuriyet* olarak üçe ayırır. Cumhuriyetleri de ege-menlik tüm halka aitse demokrasi, bir kısmına aitse aristokrasi şeklinde tasnif eder.¹⁰⁷ Aynı şekilde devlet erkleri de üçe ayrılarak incelenir: *Yasama*, *milletlerarası hukuka bağlı işleri yürütme gücü* (hükümet) ve *medeni hukuka bağlı işleri yürütme gücü* (yargı).¹⁰⁸ Montesquieu'ye göre devlet şekli ne olursa olsun yasama ve yürütmenin birleşmesi özgürlüğü ortadan kaldırır. Zorba kanunların zorbaca tatbik edilme tehlikesini doğurur. Yargının, yasama ve yürütmeye birleşmesi de hakimleri kanun koyucu haline getirip vatandaşın canı ve malı üzerindeki iktidarı keyfi hale getirir. Bu üç gücün aynı elde (kurumda) toplanması her şeyi mahveder.¹⁰⁹ Özgürlük, yalnızca üç kuvvetin belli bir dağılımıyla tesis edilebilir.¹¹⁰

¹⁰¹ JENKINS, s.545. SHARP s.387. BANKS, s.719.

¹⁰² VILE, s.69. JENKINS, s.563. CAROLAN, s.55.

¹⁰³ VILE, s.60. MÖLLERS, s.22. JENKINS, s.570.

¹⁰⁴ ROCHE, John P., *Constitutional Law / II-Distribution of Powers*, s.302, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 3., USA, 1968.

¹⁰⁵ MANSFIELD JR, s.192.

¹⁰⁶ JENKINS, s.570.

¹⁰⁷ MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhu Üzerine*, Çev.: GÜNEN, Berna, İstanbul, 2017, s.11-12.

¹⁰⁸ MONTESQUIEU, s.198.

¹⁰⁹ MONTESQUIEU, s.199.

¹¹⁰ MONTESQUIEU, s.237.

Yazar, Lordlar ve Avam Kamarası örneğini takip ederek biri asilleri diğeri halkı temsil eden iki meclisli bir yasama organı oluşturur.¹¹¹ Asiller yalnızca yasamada değil yargıda da imtiyaz sahibidir. Asillerden oluşan bir mahkeme kurulmadıkça yargılanamazlar.¹¹² Bu ayrılık, denetim mekanizması dışında soyluların “doğum, servet ve şereften” kaynaklanan çıkarlarına hizmet eder.¹¹³

Görüldüğü üzere Montesquieu erkler ayrılığını icat etmiş değildir.¹¹⁴ Önceki yazarların kullandığı “karma hükümet”, “dengeli hükümet”, “denetim ve denge” kavramları İngiliz anayasasıyla birleştirilerek¹¹⁵ yasama-yürütme-yargıya dayalı modern üçleme tamamlanmıştır.¹¹⁶ Montesquieu’deki paradigmatik yenilik işlevsel farklılığın denetim için düzenlenmesi, yasamanın da kamu yararı için halktan oluşturulmasıdır.¹¹⁷ Vile’ye göre Montesquieu üç erkten bahsettiğinde yasama-yürütme-yargıyı değil yürütmenin sahibi kralla yasamanın sahibi lordlar ve avam kamarasını kasteder. Tasarladığı sistem de karma hükümettir.¹¹⁸ Siyasi erkleri denetleyecek bağımsız yargıyı kurumsallaştırırsa bile¹¹⁹ kararların icrası için diğer erkler muhtaç olan bu organı gerçek bir iktidar olarak görmez.¹²⁰ Diğer yandan tüm erkler aynı sınıftan geliyor ya da aynı çıkarları temsil ediyorsa erkler ayrılığının herhangi bir amaca hizmet etmesi mümkün değildir.¹²¹ Keza hükümete negatif yasama işlevi

¹¹¹ MONTESQUIEU, s.203.

¹¹² MONTESQUIEU, s.206.

¹¹³ MANSFIELD JR, s.237. NICHOLS, David K., UnLocke[e]ing the Constitutional Separation of Powers, s.131, in LIEBERT, Hugh / MCDOWELL, Garry / PRICE, Terry L. (Eds.) Executive Power in Theory and Practise, New York, 2012. BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.261.

¹¹⁴ VILE, s.83. BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.257.

¹¹⁵ MÖLLERS, s.17. BARENDT, s.275.

¹¹⁶ VILE, s.83-90. BANKS, s.720.

¹¹⁷ VILE, s.103. BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.261.

¹¹⁸ VILE, s.91.

¹¹⁹ JENKINS, s.576.

¹²⁰ FRIEDRICH, Carl J., Constitution and Constitutionalism, s.323, in International Encyclopedia of the Social Sciences, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 3., USA, 1968.

¹²¹ BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.264.

verilmesi de (veto yetkisi) katı erkler ayrılığı ilkesinin içini boşaltır.¹²² Sharp'a göre Fransız yazar için erkler arasında katı bir ayırım mümkün olmadığı gibi arzu edilir de değildir.¹²³

III. İMKANSIZ BİR ANAYASAL İLKE: ERKLER AYRILIĞI

A. Devletin Kaç İşlevi Vardır?

Cazibesini yitirmeye başlaması nedeniyle¹²⁴ nazariyede mükemmel işlevsel açıdan yetersiz erkler ayrılığını¹²⁵ günümüzde savunmak bir hayli zordur.¹²⁶ İlk ve en önemli sorun devletin üç değil iki işlevinin olmasıdır: yasaların yapılması ve icrası.¹²⁷ Bu iki işlev de eşgüdüm içinde değil alt ve üst düzlemlerde yürütülür.¹²⁸ Möllers gibi kimi yazarlar reddetse de¹²⁹ erkler aynı düzlemde değil hiyerarşi içindedir. Egemenliğin aynı anda iki farklı organ tarafından kullanılması mantıken mümkün olmadığından,¹³⁰ temsili demokrasilerde tüm yetki [egemenlik] halk tarafından seçilmiş ve halka karşı sorumlu yasama organına aittir.¹³¹ Egemenliği ulus adına kullanan *yasama*¹³² anayasa ve kanunları yaparken,

¹²² BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.261.

¹²³ SHARP, s.389.

¹²⁴ MÖLLERS, s.227.

¹²⁵ VILE, s.2. CAROLAN, s.137.

¹²⁶ BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.264.

¹²⁷ WEBER, s.59. MANSFIELD JR, s.182. KELSEN, s.269. Möllers ilkenin Hristiyanlık-taki teslis inancını yansıttığına ilişkin şüphelere sahiptir. Bkz. MÖLLERS, s.16. Karş. VILE, s.16.

¹²⁸ KELSEN, s.269.

¹²⁹ MÖLLERS, s.106.

¹³⁰ UZZELL, Lynn, Locke's Latent Sovereign, s.95, in LIEBERT, Hugh / MCDOWELL, Garry / PRICE, Terry L. (Eds.) Executive Power in Theory and Practise, New York, 2012. Yazar şu şekilde devam eder: sağduyu ise değişik egemenlerin değişik zamanlarda egemenliği [yetkileri?] kullanabileceğini söyler.

¹³¹ VILE, s.351. KELSEN, s.282. Yasama ve yargı arasındaki bağı üst-alt ilişkisi içinde hiyerarşik bir yapı olarak tanımlayan görüş için bkz. LUHMANN, Niklas, Law as a Social System, Çev.: ZIEGERT, Klaus A., New York, 2004, s.278-280. BÖCKEN-FÖRDE, Ernst-Wolfgang, Constitutional and Political Theory, KÜNKLER, Mirjam / STEIN, Tine (Eds.), Oxford, 2017, s.259.

¹³² VILE, s.37.

yürütme ve *yargı* da egemen organın¹³³ iradesi doğrultusunda kanunları tatbik eder.¹³⁴ Egemenin aldığı kararın bir başka organ tarafından denetlenmesi mümkün olmadığından,¹³⁵ parlamentonun üstünlüğü¹³⁶ ilkesini kısıtlayan bir erkler ayrılığı anlayışına demokrasilerde yer yoktur.¹³⁷ Tam tersine aralarındaki hiyerarşi “yasamanın, yürütme ve yargıyı denetlemesini gerektirir.”¹³⁸

B. Kurumsal Ayrılıkla Örtüşmeyen İşlevsel Ayrılık

Erkler ayrılığıyla ilgili uygulamadan kaynaklanan başka pürüzler de vardır. İlk sorun mutlak bir ayrılığın uygulama açısından imkansız olması,¹³⁹ kurumsal ayrılığın işlevsel ayrılıkla örtüşmemesidir.¹⁴⁰ İşlevler arasında maddi/esasa ilişkin bir farkın bulunmaması¹⁴¹ dışında, hükümet ve mahkemelerin “hukuk yaratması”¹⁴² üç işlevin üç bağımsız organ tarafından yerine getirildiği iddiasını çürütür.¹⁴³ Bu da her erkin bir dereceye kadar diğeriyle alakalı ve diğer erklerin işleviyle meşgul olduğu-

¹³³ 1982 Anayasası egemenliği halk adına kimin kullanacağı hususunu kasten muallakta bırakır. Halbuki 1921 Anayasası bu konuda çok sade ve berraktır: Hâkimiyet bilâ kaydü şart milletindir. İcra kudreti ve teşri salâhiyeti milletın yegâne ve hakikî mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder. (1921 AY m. 1-2.) <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1921-anayasasi/> (22.11.2021)

¹³⁴ Weber, İngiliz Parlamentosunun, hakimlerin kanunları sık sık Parlamento iradesinin tam tersi doğrultuda yorumlaması nedeniyle kanun yapım sürecinde çok büyük gayret sarf ettiğinden bahseder. Bkz. WEBER, s.203.

¹³⁵ MÖLLERS, s.23. BARBER, s.24.

¹³⁶ McILWAIN, s.170.

¹³⁷ BARENDT, s.279-292.

¹³⁸ KELSEN, s.282. VILE, s.416.

¹³⁹ BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.265.

¹⁴⁰ NEUSTADT, Richard E., *Presidential Government*, s.453, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 12., USA, 1968. CAROLAN, s.115. SHARP s.385. BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.256. KELSEN, s.270.

¹⁴¹ BARENDT, s.279.

¹⁴² BARBER, s.61. MÖLLERS, s.81. Möllers’e göre devlertın üç ayrı erkinin görevi egemenliği kullanmak değil hukuku yaratmaktır. Erkler ayrılığı da hukuk yaratma işlevine işaret eder. A.g.e., 82-84.

¹⁴³ CAROLAN, s.18.

nu gösterir.¹⁴⁴ Temel anayasal görevi kanunların icrası olan hükümetler, kanunların genellik ve soyutluklarından kaynaklanan yetersizliklerini gidermek, belirsizliği ortadan kaldırarak¹⁴⁵ uygulamaya rehberlik etmek gayesiyle tüzük, kararname, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici işlemler yürürlüğe koyar.¹⁴⁶ Keza içtihadı birleştirme kararlarıyla yüksek mahkemelerin bağlayıcı kararları yargının da kural koyma işlevini üstlendiğini gösterir.¹⁴⁷ Diğer yandan yasama organları hakim ve bürokrat atamalarından suçluları affetmeye,¹⁴⁸ milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasından üyeliğin düşürülmesine kadar yürütme ve yargı kapsamında çok sayıda işlem yapar. Bu noktada uygulama kaynaklı işlevsel belirsizlikler had safhaya ulaşır. Kurumlar ya da organlar arasında somut ve açık bir ayırım yapmak imkân dahilindeyken işlevler arasında kesin bir ayırım yapmak çok zordur. Belirsizliğe set çekmek için şekli kanun yapma yetkisinin münhasıran yasama organına verilmesi¹⁴⁹ ya da “temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanunla sınırlanabilmesi”¹⁵⁰ de yeterli değildir. Bir yönetmelik değişikliği de kanunla konulan yeni vergilerden daha fazla kişilerin temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı etki doğurabilir. Öte yandan işlevsel ayrılık etkinliği azalttığı için de arzu edilmez.¹⁵¹

C. Anayasaların Ayırdığı Siyasi Erkların Partiler Üzerinden Birleşmesi

İleri derecede karmaşıklaşmış, iktisadi açıdan ayrılmış toplumlar da değişik çıkar ve taleplerin dengelenmesi günümüz anayasacılarının

¹⁴⁴ MANSFIELD JR, s.56. BELLAMY, Introduction, s. XXXI.

¹⁴⁵ BARBER, s.96.

¹⁴⁶ MÖLLERS, s.48. TURPIN, Colin / TOMKINS, Adam, British Government and the Constitution Text and Materials, Cambridge, 2011, s.463-496. BARENDT, s.279.

¹⁴⁷ KELSEN, s.272. BARBER, s.61. SCHAPIRO, Martin, Stability and Change in Judicial Decision-Making, Incrementalism or Stare Decisis, s.248, in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

¹⁴⁸ İktidarın en yüksek dışavurumlarından biri son anda affetmek, bilhassa darağacındaki idam mahkumuna hayat bahşetmektir. Bkz. CANETTI, s.324.

¹⁴⁹ 1982 AY m.7. MÖLLERS, s.48.

¹⁵⁰ GRIMM, s.238

¹⁵¹ VILE, s.348. CAROLAN, s.18.

göz ardı edemeyecekleri bir sorun olduğundan,¹⁵² farklı çıkarları yansıtan dengeli bir erkler ayrılığı yapısına ulaşmak hayati önemdedir. Her erkte görev alan kişiler farklı olsa bile bu kişiler aynı sınıf ya da çıkarları temsil ediyorsa erkler üzerine konulan sınırlamalar anlamını yitirir.¹⁵³ Böyle bir sözde ayrılık, çıkarlar arasında kurulmaya çalışılan dengeyi de¹⁵⁴ halkın siyasi iktidarı denetim altında tutma iddiasını da¹⁵⁵ imha eder. Bu noktada siyasi partilerin benzersiz konumları dikkat çekicidir. 18 ve 19. asırlarda anayasaya asıl karakterini veren iktidar dengesi, kitle partilerinin yükselmesiyle büyük oranda tahrip olmuş,¹⁵⁶ güçlü ve etkin partiler denetim altına aldıkları erklerin faaliyetlerini kendi gündemlerine uygun hale getirmiştir.¹⁵⁷ Üst düzey kamu görevlilerinin parti eliyle belirlenmesi ve milletvekillerinin parti çizgisine uymaya zorlanması,¹⁵⁸ her erkin diğerine bağımlılığını iktidar partisine bağımlılığa dönüştürmüş, erkler ayrılığıyla birlikte denetim ve denge ilkesi de ya zayıflamış¹⁵⁹ ya da kağıt üzerinde kalmıştır.¹⁶⁰

Bu aşamadan sonra partilerden bağımsız bir erkler ayrılığından ya da denetim ve dengeden bahsetmek mümkün değildir.¹⁶¹ Asıl kararların parlamento dışında alınması nedeniyle,¹⁶² partiyle mutabık kaldıkları sürece hükümetler mutlak güce ulaşır.¹⁶³ Hükümetin parlamentodaki çoğunluk partisinden çıktığı, başbakanın parti desteğiyle yasama gündemini belirleyebildiği İngiltere bu konuda iyi bir örnektir.¹⁶⁴ Bakanlar

¹⁵² VILE, s.318.

¹⁵³ BELLAMY, Introduction, s. XXXI. BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.256.

¹⁵⁴ BELLAMY, Introduction, s. XXXII.

¹⁵⁵ BRAITHWAITE, s.336.

¹⁵⁶ VILE, s.255. BARENDT, s.290-293.

¹⁵⁷ CAROLAN, s.137. GRIMM, s.246. GOODIN, s.384.

¹⁵⁸ SCHMITT, s.355. CAROLAN, s.60. GRIMM, s.28-249.

¹⁵⁹ CAROLAN, s.40. GRIMM, s.63.

¹⁶⁰ MÖLLERS, s.103. GOODIN, s.385. VILE, s.382.

¹⁶¹ VILE, s.21. CAROLAN, s.40. GRIMM, s.249.

¹⁶² SCHMITT, s.342.

¹⁶³ MACRIDIS, Roy C., Political Executive, s.232, in International Encyclopedia of the Social Sciences, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 12., USA, 1968.

¹⁶⁴ BARBER, s.171.

Kurulunun Avam Kamarasını, Başbakanın her ikisini fesih tehdidiyle baskı altına aldığı ülkede¹⁶⁵ parti içinde ciddi bir dağılma veya koalisyon hükümeti olmadıkça erkler ayrılığına dayalı denetimden bahsedilemez.¹⁶⁶ 20. asır boyunca yalnızca üç hükümetin güvensizlik oyuyla (1924 yılında iki 1974 yılında bir kez) düşürülmesi bu zafiyetin önemli bir işaretidir.¹⁶⁷ Parlamento çoğunluğuyla hükümetin bütünleşmesi pekala ilkenin çöküşü olarak da görülebilir.¹⁶⁸ Parti aracılığıyla yasama üyelerinin denetim altına alınması yalnızca İngiltere'ye özgü değildir.¹⁶⁹ Katı erkler ayrılığına dayalı ABD'de bile partiler anayasa dışı nüfuza sahiptir.¹⁷⁰ Kongre üzerinde baskı ve denetim kuran başkanlar,¹⁷¹ Franklin Roosevelt'ten itibaren yasama gündemini hükümetle uyumlu olacak şekilde belirleyebilmiş,¹⁷² partilerini de [Kongre] yalnızca projelerini hayata geçirecek vasıta olarak görmüşlerdir.¹⁷³ Yine de federalizmin getirdiği farklı seçim çevreleri sayesinde Kongre'nin bağımsız denetim yetkisini kısmen koruduğu söylenebilir.¹⁷⁴

¹⁶⁵ SCHMITT, s.346. MACRIDIS, s.229. BARENDT, s.289. VILE, s.251.

¹⁶⁶ MACRIDIS, s.229, CAROLAN, s.137. BARENDT, s.290.

¹⁶⁷ TURPIN / TOMKINS, s.568.

¹⁶⁸ MÖLLERS, s.35.

¹⁶⁹ BARENDT, s.290

¹⁷⁰ VILE, s.309. CAROLAN, s.41.

¹⁷¹ MANSFIELD JR, s.292. MACRIDIS, s.229. BARENDT, s.290. 1998 yılında "yalan yere yemin etme" ve "adaleti engelleme" isnadıyla itham edilen Başkan Bill Clinton Demokrat Partinin, "Kongre'yi engelleme" ve "yetkinin kötüye kullanılma" isnadıyla 2020'de itham edilen Başkan Donald J. Trump Cumhuriyetçi Partinin tam desteğiyle Senatoda azledilmekten kurtulmuşlardır. Bkz. POSNER, Richard A., *An Affair of State/The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, Cambridge, Massachusetts, 2000, s.2. GENOVESE, Michael A. / SPITZER, Robert J., *The Presidency and Constitution Cases and Controversies*, New York, 2005, s.1-21. SHANE, s.15. ELLIS, s.58. https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=116&session=2&vote=00034 (28.01.2022); <https://edition.cnn.com/2021/02/13/politics/senate-impeachment-trial-day-5-vote/index.html> (28.01.2022).

¹⁷² ACKERMAN, Bruce, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge, Massachusetts, 2010, s.184. NEUSTADT, s.452.

¹⁷³ ACKERMAN, *The New Separation of Powers*, s.420.

¹⁷⁴ MACRIDIS, s.230.

D. Farklı Çıkarların Temsilinden Burjuva/Kapitalist Değerleri Korumaya

Belki de partiler sorunun kaynağı değil yalnızca neticesidir. Cevaplandırılması gereken soru da “iktidarın farklı sınıflar arasında paylaştırıldığı karma hükümetten, erkler ayrılığının maddi temellere dayandırıldığı ama iktidarın demokratik şekilde paylaşıldığı yönetime nasıl geçileceğidir?”.¹⁷⁵ Bu bakış açısına göre ana sorun kurumların gerçekten ayrı ama asli çıkarları temsil ederek karar alma süreçlerine katılıp katılmadığıdır.¹⁷⁶ Devlet başkanı, yasama organı ve yüksek mahkemenin toplumun hangi kesimlerine yaslandığı ve anayasaların neyi koruma altına aldığı bilinmeden bu sorulara açık bir cevap verilemez.

Anayasacılık tarihinde yalnızca burjuva özgürlüklerini, özel mülkiyeti ve bireysel hakları teminat altına alan devletlerin bir anayasaya sahip olduğu kabul edilir.¹⁷⁷ Üçü de Reformasyonla birlikte ortaya çıkan ferdiyetçiliğe dayalı burjuva sınıfının dayanılmaz baskılarının sonucudur.¹⁷⁸ Burjuva hukukunun piyasa katılımcılarının özel çıkarlarını somutlaştırması,¹⁷⁹ kapitalizmin devletin beklenmedik müdahalelerini engelleyen öngörülebilir hukuk düzeni ihtiyacıyla bağlantılıdır.¹⁸⁰ Temel haklarsa burjuva toplum modelinin hayata geçirilmesinin ölçütüdür.¹⁸¹ Schmitt’in doğru şekilde tespit ettiği gibi anayasal devletle burjuva devlet özdeşir.¹⁸²

1789 Fransız İhtilalini izleyen yıllarda yürürlüğe giren erkler ayrılığına dayalı liberal anayasaların, burjuva/kapitalist çıkarları korumak için inşa edildiğini söylemek “sınıfsal yapılara şüpheyle yaklaşan günümüz toplumlarında *karma hükümetin* seçenek olmaktan çıktığı anla-

¹⁷⁵ BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.266.

¹⁷⁶ CAROLAN, s.132.

¹⁷⁷ SCHMITT, s.90. BELLAMY, Introduction, s.XXXII.

¹⁷⁸ McCLOSKEY, s.308.

¹⁷⁹ HABERMAS, Jurgen, Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Cambridge and Massachusetts, 1996, s.221.

¹⁸⁰ WEBER, 266-267.

¹⁸¹ GRIMM, s.70.

¹⁸² SCHMITT, s.169.

mına gelir.”¹⁸³ Farklı çıkarların dengelenmesi, sermaye sınıfının çıkarlarının korunmasıyla ikame edildiğinde *karma hükümetin* yerini alan *erkler ayrılığı* da toplumun zayıf ve güçsüz kesimlerinin teminatı olmaktan uzaklaşır. Başta yargı olmak üzere tüm erkler, özgürlük ve mülkiyet¹⁸⁴ muhafazılığı üzerinden sermayenin hizmetine koşudur. Sıradan yurttaşlar için saf liberal özgürlüklerin herhangi bir fayda sağlamadığı unutulurak,¹⁸⁵ erkler ayrılığının gayesi gözden kaçırıldığında “yasama, yürütme ve yargı öylesine yapılandırılmalı ki her biri farklı çıkarı farklı bir usulle temsil etsin”¹⁸⁶ temennisi boş bir hayal olur. Halbuki denetim ve denge ilkesinin kökenlerinin bulunduğu Roma’da plebian *tribune’nün*, patrici *counsel’ün* tüm işlemlerini bloke edebilmesi bir sınıfın diğerini bütünüyle tahakküm altına almasını engellemek amacıyla kabul edilmiştir.¹⁸⁷ Modern devletlerde ise sınıf temelli bu denge dikkate alınmaz.¹⁸⁸ Grimm’in isabetle tespit ettiği gibi liberal hukuk devletleri, özgürlük ve eşitliğin anayasayla teminat altına alınmasının serbest pazar aracılığıyla kendiliğinden refah ve adalet temin edeceği, devletin bu yapıya her müdahalesinin toplumsal kesimlerin işlevini serbestçe yerine getirmesini engelleyerek modeli başarısızlığa uğratacağı faraziyesi üzerine inşa edilir.¹⁸⁹ Erkler ayrılığına dayalı günümüz anayasacılığının temel sorunu “liberal ideolojinin refah ve adaletle ilişkin bu söyleminin başarısızlığı”¹⁹⁰ bir başka ifadeyle daha başlangıçta ilk düşmanın yanlış iliklenmesidir.

¹⁸³ HARTOG, s.233. BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.266. CAROLAN, s.260.

¹⁸⁴ Sieyès’e göre tamamen imtiyazlıların yararına işleyen mülkiyet kurumu güçlü desteğini Tiers Etat’ya [halk] karşı olanlara verecektir. Sieyès’in halkla, burjuva sınıfı Tiers Etat’ı özdeşleştirdiği unutulmamalıdır. Bkz. SIEYÉS, Emmanuel-Joseph, *Üçüncü Sınıf Nedir*, Çev. BİRKAN, İsmet, Ankara, 2005, s.25-26.

¹⁸⁵ MÖLLERS, s.42. Weber’e göre mülksüz sınıflar kanun önünde eşitlik ve öngörülebilir yargılamadan burjuva sınıfı gibi istifade edemediğinden hükümetlerin iktisadi ve sosyal fırsat eşitliğine hizmet etmesini talep ederler. Bkz. WEBER, s.355.

¹⁸⁶ BONILLA MALDONADO, s.153.

¹⁸⁷ McILWAIN, s.141.

¹⁸⁸ McILWAIN, s.142.

¹⁸⁹ GRIMM, s.187.

¹⁹⁰ GRIMM, s.187.

Üç erke yakından bir bakış sorunu daha net görmemize yardım edebilir.

IV. ERKLERİ YENİDEN DÜŞÜNMEK

A. Yasama

Yasama genel kural koyma yetkisi,¹⁹¹ kanunlar yoluyla ülke siyasetinin belirlenmesidir.¹⁹² Yargının aksine zaman çizelgesinde yüzü geleceğe dönüktür.¹⁹³ Hem müzakere, uzlaşma ve bilgilenmenin kalbi olması¹⁹⁴ hem de çoğunluğun kendini oluşturan parçalara göre neyin adil ve faydalı olduğunu daha iyi idrak etmesi¹⁹⁵ nedeniyle bir kişiden ziyade bir meclis tarafından kullanılmalıdır.¹⁹⁶ Devlet şemasında üç erkin özerkliğe sahip olduğu kabul edilse bile yasamanın diğerlerinin üzerinde yer almasının çok sayıda gerekçesi vardır.¹⁹⁷ Aleni ve mantıklı karar alma süreçleriyle toplumsal uzlaşma üretmede benzersiz olması,¹⁹⁸ tatbik edilecek genel [şekli] yasaları münhasıran yapması,¹⁹⁹ özerklik ve kendi kaderini tayin yoluyla demokratik meşruiyeti kurumsallaştırması²⁰⁰ bu gerekçelerden birkaçıdır. Kamu yararına dönük yasaların yürürlüğe konulması, tarafsız şekilde tatbik edilmesi ve görevlilerin hesap vermesi isteniyorsa bu yetkinin yürütme ya da yargının eline bırakılmayacağı açıktır.²⁰¹ Aynı nedenlerle temel özgürlükleri biçimlendiren kurallar idare ya da hükümet tarafından değil yasama tarafından yapılmalıdır.²⁰²

¹⁹¹ KELSEN, s.270.

¹⁹² BARBER, s.60.

¹⁹³ MÖLLERS, s.161.

¹⁹⁴ SHANE, s.120. YOO, John, Modern Executive Tames Obama, s.207, in LIEBERT, Hugh / MCDOWELL, Garry / PRICE, Terry L. (Eds.) Executive Power in Theory and Practise, New York, 2012.

¹⁹⁵ MARSILIUS OF PADUA, The Defender of The Peace, Çev.: BRETT, Annabel, New York, 2005, s.78.

¹⁹⁶ VILE, s.370.

¹⁹⁷ BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.255.

¹⁹⁸ BARBER, s.224.

¹⁹⁹ BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.255.

²⁰⁰ MÖLLERS, s.84.

²⁰¹ BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.260.

²⁰² BARENDT, s.288.

Tarihi tecrübeler geniş heyet ve meclislerin yasaların icrasında yetersiz kaldıklarını gösterdiğinden yasama ve yürütme arasındaki ayrılık meşru kabul edilir.²⁰³ İlk kez İngiltere’de 1701 tarihli (Act of Settlement) yasayla, hiçbir bakan ya da Tacın atadığı görevlinin Avam Kamarası üyesi olamayacağı hüküm altına alınarak ayrılık yolunda ilk adım atılmıştır.²⁰⁴ Yasa tam olarak uygulanmasa da memur, subay ve donanma personelinin Avam Kamarası üyesi olması engellenmiştir.²⁰⁵

İlkeyle ilgili yasama erki bağlamında en önemli sorun yüksek mahkemelerce icra edilen anayasa yargısıdır. Yargıyı yasama alanında çok büyük yetkiye kavuşturan²⁰⁶ yüksek mahkemeleri *negatif yasama organına* dönüştüren yasaların yargı eliyle denetlenmesi erkler ayrılığının açık ihlali olduğundan sınırlandırılmalıdır.²⁰⁷ Bu konuya yargı başlığı altında tekrar dönülecektir.

B. Yürütme

Yürütme, Tanrı, halk ya da yasa adına icra edilen yönetme yetkisidir.²⁰⁸ Yöneticileri, halk adına halkın rızasıyla icra eden *-executive-* kişi olarak tanımlayan ilk filozof Marsilius’tur.²⁰⁹ Yunanca yönetmek *başlamak* anlamına gelirken, icra etmek Latince *exsequon’dan* türetilmiş olup başkası tarafından başlatılanı *takip etmektir*.²¹⁰ Hükümetler her iki işlevi de üstlenir. Bir yandan asli görevleri olan kanunları icra ederken,²¹¹ diğer yandan teknik bilgi ve uzmanlığa sahip oldukları²¹² dış işleri ve askeriyede icracı olmanın ötesine geçerek yöneticiye dönüşürler.²¹³ Hariciyenin öngörülemez vakaları hükümetlere bir takım imtiyazların veril-

²⁰³ BELLAMY, The Political Form of the Constitution, s.260.

²⁰⁴ VILE, s.73. BARENDT, s.290.

²⁰⁵ BARENDT, s.290.

²⁰⁶ KELSEN, s.281.

²⁰⁷ SCHMITT, s.223. KELSEN, s.268-280.

²⁰⁸ MANSFIELD JR, s.xxiii.

²⁰⁹ MANSFIELD JR, s.103-107.

²¹⁰ MANSFIELD JR, s.43.

²¹¹ 1982 AY. m.108/II. Fıkra. ABD AY. m.2, Bölüm III. 1949 Alman AY. m.65.

²¹² MACRIDIS, s.230. BARBER, s.66. BONILLA MALDONADO, s.154.

²¹³ BARBER, s.65.

mesini zorunlu kıldığından²¹⁴ bilhassa buhran dönemleri kararlılık, gizlilik ve etkinliği hükümetlerin vazgeçilmez imtiyazı haline getirir.²¹⁵ Çok sayıda anayasa hükümlere kural koyma yetkisi de verir.²¹⁶ Burada gözden kaçırılmaması gereken husus hükümetlerin hukuk yaratma işlevinin²¹⁷ ikincil niteliğidir. Yürütmenin düzenleyici işlemleri yasamanın kanun yapma yetkisini aşındırmak yerine ona uygun olmalı ve onu tamamlamalıdır.²¹⁸ Diğer bir ayrıntı da hükümet yetkilerinin anayasalarda tek tek belirtilmesinin imkansızlığıdır. Bu yetkiler sayılarak tüketilemez.²¹⁹ Şayet etkin ve verimli bir hükümet murat ediliyorsa bu yetkiler meclis yerine bir kişi ya da dar bir heyet tarafından kullanılmalıdır.²²⁰ Hükümet, olağan faaliyetleriyle zaman çizelgesinde hem geçmişe hem geleceğe dönük işlemler yapabilen ve siyasi sorumluluğu olan yegâne erktir.²²¹

Hükümetlerin sahip olduğu bir diğer yetki de yürütmeden ziyade yasama işlevine dahil olan²²² mutlak ya da güçleştirici vetodur.²²³ Ülkeler vetonun aşılması için farklı nisaplar belirlemiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğuyla, ABD Kongresi ise her iki kanadının 2/3 çoğunluğuyla bu engeli aşabilir.²²⁴ Veto, diğer erkin uygun olmayan işlemine set çekse de müdahale teşkil ettiği oranda erkler ayrılığıyla uyumsuzdur.²²⁵ Şayet bu tür müdahaleler aşırı yetki kullanımını sınırlandırmak için savunuluyorsa,²²⁶ erkler ayrılığının nerede bittiği, denetim ve dengenin nerede başlaması gerektiği sorgulanmalıdır.

²¹⁴ BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.265.

²¹⁵ SHANE, s.20. YOO, s.207.

²¹⁶ 1982 AY. m.104/XVI. Fıkra. 1949 Alman AY. m.80.

²¹⁷ KELSEN, s.270.

²¹⁸ VILE, s.351. BARBER, s.68

²¹⁹ MANSFIELD JR, s.276.

²²⁰ MANSFIELD JR, s.267. VILE, s.370.

²²¹ MANSFIELD JR, s.291.

²²² KELSEN, s.270. ROCHE, s.305. MANSFIELD JR, s.272.

²²³ 1982 AY. m.89/II-III. Fıkra.

²²⁴ VILE, s.172. NEUSTADT, s.453. BARENDT, s.285.

²²⁵ VILE, s.173.

²²⁶ BARENDT, s.285.

Kanaatimizce yasama, egemenin asli yetkisi olduğundan diğer erklerin müdahalesi ya çok sınırlı olmalı ya da hiç olmamalıdır. Bu çerçeveden bakıldığında vetonun aşılmasını salt çoğunluk şartına bağlayan 1982 Anayasasının, ABD Anayasasından daha doğru bir düzenleme yaptığı söylenebilir.

C. Yargı

Kanun tatbik ederek hukuki ihtilafların çözüme kavuşturulmasıdır.²²⁷ Bu işlem yürütme işlevi içinde görüldüğünden²²⁸ 18. asra kadar ayrı bir yargı organı kavramı gelişmemiştir.²²⁹ Bununla birlikte Orta Çağ boyunca aralarındaki ayırım İngiliz krallarının yönetme yetkisinin (*gubernaculum*) mutlak, yargı yetkisinin ise (*jurisdictio*) kanun ve mahkeme kararlarıyla sınırlı olduğu kabul edilerek sürdürülmüştür.²³⁰ Günümüzde ise kanunların özel usullerle özel tarzda tatbik edilmesi²³¹ işlevsel benzerliğe rağmen mahkemeleri idare ve hükümetlerden ayırır.²³²

Temel hakların korunmasında başat kurum olması nedeniyle²³³ bağımsızlık ve tarafsızlığının teminat altına alınması hukuk devletinin en önemli şartlarından biridir.²³⁴ Tarafsız şekilde tatbik edilen kanunlar yargıyı yalnızca siyasal organlardan ayırmakla kalmaz,²³⁵ ona meşruiyet de bahşeder.²³⁶ İşlemleri kanuna yaslanmak zorunda olduğu oranda zaman çizgisinde yüzü geçmişe dönüktür.²³⁷

İlk kez İngiltere’de 1701 tarihli kanunla (*Act of Settlement*) yargı, diğer erklerden etkin şekilde ayrılmış ve nihai temyiz mahkemesi olarak

²²⁷ BARBER, s.61.

²²⁸ WEBER, s.264. MÖLLERS, s.82. KELSEN, s.273. BELLAMY, *The Political Form of the Constitution*, s.261.

²²⁹ VILE, s.31.

²³⁰ McILWAIN, s.78-85.

²³¹ VILE, s.360.

²³² KELSEN, s.274.

²³³ SHANE, s.181. McCLOSKEY, s.311.

²³⁴ RAZ, s.82.

²³⁵ RADIN, s.73.

²³⁶ MÖLLERS, s.89.

²³⁷ MÖLLERS, s.89.

görev yapan Lordlar Kamarasıyla özdeşleştirilmiştir.²³⁸ Hakimlerin Avam Kamarası üyesi olması yasaklanmış, azilleri şarta bağlanmış, hukukçu olmayan lordların Lordlar Kamarasının yüksek mahkeme olarak yaptığı oturumlara katılması yasaklanmıştır.²³⁹ Kaydıhayat şartına bağlanan atamalarla hakimlerin görev süreleri krala bağlı olmaktan çıkarılmış ve hakimlik teminatı sağlanmıştır.²⁴⁰

Yargının, sözcükleri yorumlayarak²⁴¹ kanunun ne anlama geldiğini bağlayıcı şekilde açıklaması da²⁴² hukuk devleti gereklerinden biridir.²⁴³ Soyut kuralla somut gerçeklik arasındaki boşluk yorumla kapatıldığından her yorum zorunlu olarak kuralın kısmen yeniden yaratılmasıdır.²⁴⁴ Yorumla, yorum adı altında yeni bir kural koyma arasındaki fark küçük olduğundan ikisini ayırmak zordur.²⁴⁵ Liberal demokrasilerde kural koyma yetkisi, seçilen dolayısıyla hesap veren organlara aittir.²⁴⁶ Kısıtlı bilgi edinme imkanları, zayıf siyasi yetenekleri, demokratik meşruiyetten mahrum olmaları,²⁴⁷ sorunların altında yatan çelişkileri anlama konusundaki zaafı,²⁴⁸ diğer insanlar gibi tarafı ve önyargılı olmaları²⁴⁹ nedeniyle iyi işleyen anayasal düzenlerde mahkemelerin hukuk yaratma

²³⁸ VILE, s.60.

²³⁹ BARENDT, s.290.

²⁴⁰ SHANE, s.11. JENKINS, s.574. McILWAIN, s.133.

²⁴¹ BARENDT, s.292.

²⁴² VILE, s.360.

²⁴³ RADIN, s.52. Dworkin'e göre hakimlerin kanunu yapmak yerine tatbik ettikleri inancı demode bir şekli dogmatizmdir. Karş. DWORKIN, Ronald, Judicial Discretion, s.157, in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

²⁴⁴ BÖCKENFÖRDE, s.194-243. MÖLLERS, s.82. GRIMM, s.167.

²⁴⁵ GRIMM, s.300.

²⁴⁶ CAROLAN, s.49.

²⁴⁷ KOMMERS, Donald P. / FINN, John E. / JACOBSON, Gary J., American Constitutional Law, Vol.1: Governmental Powers and Democracy, Lanham, 2010, s.123. MÖLLERS, s.46. NICHOLS, s.137. BARBER, s.63-64-230. SUNSTEIN, Cass R., Incompletely Theorized Agreements, s.207, in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

²⁴⁸ GRIMM, s.227.

²⁴⁹ BELLAMY, Introduction, s.XXXVIII.

işlevi sınırlı ve öngörülebilir düzeyde olmalıdır.²⁵⁰ Yargının, kuralları tatbik etme işlevi dışına taşarak norm üretmeye başlaması erkler ayrılığının ihlali olduğundan,²⁵¹ yapılacak anayasa değişikliğiyle bu yolun kapatılması gerekir.²⁵²

Yüksek mahkemelerle ilgili sorun bunlarla sınırlı değildir. Başta ABD olmak üzere çok sayıda ülkede seçmenin doğrudan müdahale edemeyeceği alanda yer almaları,²⁵³ üyelerinin özerk ve sorgulanamaz oluşu,²⁵⁴ verilen hükümler yoluyla otorite ve iktidar elde etmeleri hukuk devletini hakimler yönetimiyle ikame eder.²⁵⁵ Yargısal aktivizm yargı hakimiyetine yol açtığına²⁵⁶ hakimlerin yetki ve inceleme alanları kısıtlanmalı,²⁵⁷ hükümetteki siyasiler kadar yasamaya karşı sorumlu olmaları sağlanmalıdır.²⁵⁸

Hukuk devletinin bir diğer gereğinin mahkemelerin yasama ve yürütme gibi siyasi erklerin işlemlerini denetleyebilmesi olduğu kabul edilir.²⁵⁹ Hiçbir erk diğeri üzerinde mutlak denetime sahip olamayacağından²⁶⁰ bu denetim de sınırlı olmak zorundadır.²⁶¹ Aksi halde, sözde hukuk devleti yargı devletine dönüşür.²⁶² Şayet erkler ayrılığı bir erkin diğeri iki erki dikkate almadan işlevini yerine getirebilmesi²⁶³ ya da hiçbir erkin diğeri denetimi altına girmemesi anlamına geliyorsa,²⁶⁴ ana-

²⁵⁰ BARBER, s.65.

²⁵¹ MÖLLERS, s.92.

²⁵² GRIMM, s.300.

²⁵³ HOLCOMBE, Randall G., *From Liberty to Democracy: The Transformation of American Government*, Ann Arbor, 2002, s.245.

²⁵⁴ BÖCKENFÖRDE, s.203. WALDRON, s.127.

²⁵⁵ WALDRON, s.127.

²⁵⁶ BELLAMY, Introduction, s.XXXIV.

²⁵⁷ BONILLA MALDONADO, s.168.

²⁵⁸ BELLAMY, Introduction, s.XXXV.

²⁵⁹ SCHAPIRO, s.227. JENKINS, s.581.

²⁶⁰ CAROLAN, s.187.

²⁶¹ RAZ, s.82.

²⁶² SCHMITT, s.175.

²⁶³ BONILLA MALDONADO, s.152.

²⁶⁴ KELSEN, s.280. CAROLAN, s.187.

yasaya aykırılık sebebiyle kanunların ilga edilmesi yüksek mahkemelere “olumsuz yasama işlevi” verdiği oranda ilkenin ihlalidir.²⁶⁵ Bu tür engellemelerin ilke mantığıyla çeliştiği açıktır.²⁶⁶

Mahkemelerin siyasi kurumlar olması,²⁶⁷ neticelerini siyasi alanda doğuran anayasa yargısının da siyasi olduğunun kabulünü zorunlu kılar.²⁶⁸ İnsan zihni ve tercihlerinin ürünü olması sebebiyle tarafsız bir denetim cihazının hiçbir zaman oluşturulamadığı göz önüne alındığında²⁶⁹ Danimarka,²⁷⁰ İsviçre,²⁷¹ Hollanda, İngiltere gibi demokratik olduğundan kuşku duyulmayan ülkelerin anayasa yargısını reddetmeleri anlaşılabilir bir durumdur.²⁷² İngiltere’de 2004 yılında kurulan sembolik nitelikli Yüksek Mahkemenin yasaları iptal etme, parlamentoyu işlem yapmaya zorlama yetkisi yoktur.²⁷³ Dolayısıyla bir anayasa yargısından söz edilemez.²⁷⁴ Hollanda Anayasasınının 120. maddesi de uluslar arası antlaşmaların ve parlamento işlemlerinin (kanun ve kararlar dahil olmak üzere) yargısal denetimini açıkça reddeder.²⁷⁵ Kanada ise parlamentoya yüksek mahkemenin temel haklara aykırılık nedeniyle verdiği iptal kararlarını geçersiz kılma yetkisi tanımıştır. İptal edilen yasa parlamentoda ikinci kez kabul edilerek iptal kararı ortadan kaldırılır.²⁷⁶ Benzer

²⁶⁵ BÖCKENFÖRDE, s.195. KELSEN, s.268-272-280. BONILLA MALDONADO, s.155.

²⁶⁶ VILE, s.173. BARENDT, s.280.

²⁶⁷ MÖLLERS, s.91. SCHAPIRO, s.227.

²⁶⁸ KOMMERS / FINN / JACOBSON, s.122. GRIMM, s.204.

²⁶⁹ VILE, s.365.

²⁷⁰ BÖCKENFÖRDE, s.147.

²⁷¹ LENAERTS, Koen, Constitutionalism and The Many Faces of Federalism, s.521, in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.

²⁷² GRIMM, s.214.

²⁷³ MÖLLERS, s.23.

²⁷⁴ MÖLLERS, s.50.

²⁷⁵ <https://www.government.nl/topics/constitution/documents/reports/2019/02/28/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands> (03.01.2022).

²⁷⁶ DAHL, s.137. Kanada Anayasasınının parçası kabul edilen Haklar ve Özgürlükler Bildirisininin 33. maddesi, Kanada Federal veya Eyalet parlamentolarına çıkaracakları kanuna özel bir hüküm (*notwithstanding clause*) ekleme imkânı verir. Bu sayede anayasanın teminat altına aldığı temel hakların bir kısmına (hayat, özgürlük, kişi güvenliği, eşitlik, yakalama ve tutukluluk, arama ve müsadere) aykırılığı Yüksek

düzenlemeye sahip Polonya'da anayasa mahkemesinin anayasa aykırılık nedeniyle verdiği iptal kararları, Polonya Parlamentosu alt kanadı SEJM'in anayasayı değiştirme çoğunluğuyla alacağı bir kararla geçersiz hale getirilir.²⁷⁷ Gerçek bir anayasanın güçlü bir anayasa yargısına bağlı olduğu görüşü literatüre hakim olsa da²⁷⁸ anayasa yargısıyla demokrasi arasında zorunlu bir bağ yoktur.²⁷⁹ Kesin olan sadece yüksek mahkemelerin yasaları iptal etmesinin sorunlu olduğudur.²⁸⁰ Böckenförde'nin ifade ettiği gibi halkın ya da temsilcilerinin egemen kabul edildiği ülkelerde anayasa yargısının reddi mantıksal açıdan tutarlıdır.²⁸¹

Anayasa Mahkemesinin yetkilerini aşarak tartışmalı çok sayıda karara imza attığı Türkiye için de bir parantez açılabilir. Mahkeme 1993 yılından bu yana yürütmeyi durdurma kararları vermesine rağmen²⁸² ne 1982 Anayasası 148. maddede ne de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda böyle bir yetki düzenlenmiştir. Verilen her yürütmeyi durdurma kararı anayasal dayanağı olmayan bir yetki kullanımudur.²⁸³ Daha da vahimi AYM'nin esastan denetime yer vermeyen 148. madde I. fıkra ile şekli denetimi "teklif ve oy-

Mahkeme kararıyla sabit olsa bile kanun 5 yıl boyunca yürürlükte kalır. Sürenin parlamento tarafından ikinci kez uzatılması mümkündür. 17.04.1982 de yürürlüğe giren Haklar Bildirisinin bu hükmü Kanada parlamentosu tarafından henüz kullanılmamıştır. Daha çok eyalet parlamentoları bu hükmü dayanarak işlem yapmayı tercih eder. <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art33.html> (28.12.2021).

²⁷⁷ BÖCKENFÖRDE, s.204. Polonya AY. 239. maddeye göre Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılık kararı, Polonya Meclisinin alt kanadı SEJM'in üye tamsayısının yarısının hazır bulunduğu oturumda üçte iki çoğunlukla alınan bir kararla geçersiz hale getirilebilir. Anayasa değişikliğinden farklı olarak geçersizlik için Senato onayı aranmaz. Bkz. <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> (27.12.2021).

²⁷⁸ MÖLLERS, s.36.

²⁷⁹ GRIMM, s.219.

²⁸⁰ MÖLLERS, s.146.

²⁸¹ BÖCKENFÖRDE, s.147.

²⁸² GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, 2018, s.462.

²⁸³ Aksi görüşte olan Tanör-Yüzbaşıoğlu AYM'nin içtihat yoluyla "yürürlüğün durdurulması" yetkisine sahip olduğu kanaatindedir. Bkz. TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2018. s.581-582.

lama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile” sınırlayan 148. madde II. fıkraya rağmen hukuk nosyonuna sahip hiç kimseyi tatmin etmeyen gerekçelerle anayasa değişikliklerini şekli denetim örtüsü altında esastan inceleyerek²⁸⁴ anayasayı ihlal etmesidir. Özbudun, Anayasanın 10 ve 42. maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki 09.02.2008 tarihli 5735 sayılı Kanunun AYM tarafından esastan incelenip E. 2008/16, K. 2008/116, 05.06.2008 günlü kararlar iptal edilmesini isabetli şekilde “yetki gaspı” olarak tanımlar.²⁸⁵ Şekli denetimin açıkça tanımlanması bile anayasa ihlaline engel olamadığına göre başka tedbirlerin alınması şarttır. “Yüksek Mahkemeleri anayasanın muhafızı olarak görmek”²⁸⁶ büyük tehlikeler taşıdığından²⁸⁷ Meclis’in hiçbir işleminin yargı denetimine tabi olmasına izin verilmemelidir.

SONUÇ

Klasik yaklaşım Aristo’dan bu yana devlet şekillerini üstün iktidar olan yasamanın kim ya da kimler tarafından kullanıldığına bakarak üçe ayırır. Egemenliğin bir kişi, azınlık ya da çoğunluk tarafından kullanılmasına göre devletler monarşi, aristokrasi ya da demokrasi şeklinde tasnif edilir. Ortak yararın gözetilip gözetilmemesi veya yasaların yerini keyfiliğin alıp almamasına göre de devletin “iyi” ya da “kötü” oluşuna dair nihai hüküm verilir. Kabul gören diğer düşünceye göre de ideal yönetimin anahtarı, toplumun farklı kesimlerinin iktidara ortak edilerek aralarında denge tesis edilmesidir. Her yönetim şeklinin izafi üstünlüklerini bir araya getiren *karma yönetimler* zengin, fakir, soylu eğitilmiş, avam gibi çeşitli unsurların çıkarlarını dengeleyerek bir sınıf ya da züm-

²⁸⁴ ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2021, s.327. CAN, Osman, “Anayasa Değişikliği İktidarı ve Denetim Sorunu”, AÜSBF Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s.119. Eren’e göre AYM, değişiklik yasağına ilişkin açık maddi sınırlar dışında değişiklik kapsamını örtülü maddi sınırlarla genişletmiş, böylece kurulmuş iktidar değil kurucu iktidar yetkisi kullanmıştır. Bkz. EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2021, s.79-80.

²⁸⁵ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2010, s.181. Anayasa değişikliğine ilişkin AYM’nin esastan inceleme yaparak verdiği diğer iptal kararlar için a.g.e., s.176-177.

²⁸⁶ HOLCOMBE, s.231. BÖCKENFÖRDE, s.195. TEUBNER, s.120.

²⁸⁷ MÖLLERS, s.130.

renin diğeri üzerinde mutlak hakimiyet kurmasını engeller. İlimlilik ve ölçülülüğü esas alan yönetimlerin, farklı kesimlerin asli çıkarlarını söz sahibi kıldığı oranda güçlü yürütme, halka dayalı meşruiyet ve seçkin unsurların yönetime dahil edilmesi gibi faydaları temin etmesi beklenir. *Politeia*, zenginle fakir, mülkiyetle özgürlük arasında uygun bir denge tesis ettiği için en iyi yönetim tarzıdır.

Modern zamanlarda karma hükümetin somut örneği İngiltere’de ete kemiğe bürünmüş, kralın mutlak iktidarına dayalı aristokrasi, yükselen burjuvaziyle dengelenerek sınıfsal çıkarların gözetildiği bir yapı oluşturulmuştur. Devletin monarşik (kral), aristokratik (Lordlar Kamarası), demokratik unsurları (Avam Kamarası), yürütme, yargı, yasama işleviyle özdeşleştirilmiştir. İngiliz parlamenter hükümet sisteminin başarısı, erkler ayrılığından değil (siyasal organlar arasında böyle bir ayırım zaten yoktur) farklı kesimlerin asli çıkarlarının gerçek anlamda temsilini mümkün kılan karma hükümetten kaynaklanır. Katı erkler ayrılığına dayalı ABD başkanlık sistemi de değişik çıkarların temsilini mümkün kılan coğrafi farklılığa dayalı federal yapı sayesinde işlevini düzenli şekilde yerine getirir.

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde somutlaşan liberal burjuva hukuk devleti anlayışına göre özgürlük, güvenlik ve mülkiyet devletin dokunamayacağı tabii hakları meydana getirir. Liberal kurguya göre kişilerin özel alanda diledikleri gibi faaliyette bulunmaları ve iktisap ettiklerini çocuklarına miras bırakmaları toplumun genel refahını artırarak adaleti tesis eder. Devletin bireysel alana her müdahalesi yalnızca tabii hakları ihlal ettiği için değil *görünmez elin* kendiliğinden temin edeceği refah ve adaleti yok etme tehlikesi taşıdığı için de engellenmelidir.

Erkler ayrılığı Locke’ın geniş anlamda mülkiyete dahil edip kutsadığı özgürlük, güvenlik ve mülkiyet hakkını dokunulmaz kılmak için modern anayasaların temel ilkesi haline getirilmiştir. Yükselen burjuva kapitalist sınıfların özgürlük ve mülkleri, yasama bilhassa hükümet tasarruflarına karşı anayasayla koruma altına alınmış yargıya da bekçilik görevi tevdi edilmiştir. Sıradan insanlarsa (halk/demos) somut bir değer ya da hizmet sunmayan kanun önünde eşitlikle avutulmuştur. Sosyal ve ekonomik haklar *program hükümler* adı altında içi boş bir vaade, en iyi

ihthimalle hükümetlerin vicdanına terkedilmiştir. Halkın doğrudan müdahale edemediği özerk ve sorgulanamaz yüksek mahkemeler, anayasa yargısı adı altında negatif yasama yetkisiyle imtiyazlı sınıfların özgürlük ve mülklerini koruma altına alırken, iktisadi eşitsizliklerin ezdiği alt kesimlerin adalet talepleri hukuki dayanaktan mahrum bırakılmıştır.

Küresel iktisadi buhranlar, erkler ayrılığına dayalı liberal anayasaların devasa üretim artışlarına rağmen refah ve adaleti temin etmekte yetersiz kaldığını göstermiş, bizzat *görünmez el* vasıtasıyla oluşturulan servet dengesizliği toplumların geleceğini tehdit edecek noktaya ulaşmıştır. Tüm egemenliğin ulustan kaynaklandığını ilan eden *Bildiri'nin* 3. maddesine rağmen ulus temsilcilerinin egemenlik yetkisini kullanmaktan mahrum edilmesi sorunların çözülemez hale gelmesinin ana sebeplerinden biridir. İngiliz karma hükümet şekli bizlere yargının (Lordlar Kamarası), sahip olduğu hukuki uzmanlık ve soylulukla devlet yapısında seçkinliği temsil ettiğini öğretir. Yargıya seçimler yoluyla yapılacak doğrudan müdahaleler özerk işleyişe zarar vereceği için reddedilir. Terazinin karşı kefesinde halkın temsilcilerinden oluşan ve parlamentonun üstünlüğü prensibince egemenliği kullanan Avam Kamarası yer alır. Yürürlüğe koyduğu yasaların Taç tarafından veto edilmesine ya da yüksek mahkemenin iptal etmesine izin verilmeyerek kanunların seçmenlerden özerk şekilde tatbik edilme işlevi dengelenir. Aristo'nun halkla soyluluk, mülkiyetle özgürlük arasında tesis ettiği denge İngiliz karma hükümet modelinde bu şekilde yaşatılır.

Şayet egemenlik millete aitse kullanımı da *yetkili organlara* değil 1921 ve 1924 Anayasalarında açıkça ifade edildiği gibi yalnızca seçim yoluyla milletten vekalet alan yasama organına ait olmalıdır. Parlamentonun üstünlüğü ilkesi, egemenliği halk adına kullanan yasama organının işlemlerinin denetlenmesine engel teşkil ettiğinden Meclisin hiçbir işleminin yargı organları tarafından denetlenmesine izin verilmemelidir. Nihai sözü söyleme otoritesi olarak tanımlanan egemenliğin yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılabileceğini gösteren bu düzenleme hukuk düzenimizde taşları yerine oturtacaktır.

KAYNAKLAR

ACKERMAN, Bruce, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge, Massachusetts, 2010.

ACKERMAN, Bruce, *The New Separation of Powers*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.

AQUINAS, Thomas, *Summa Theologica*, Çev.: Fathers of the English Dominican Province, Benziger Bros. edition, 1947.

AQUINAS, Thomas, *Treatise on Law*, Çev.: REGAN, Richard J., Indianapolis, Cambridge, 2000.

ARISTOTLE, *Politics*, in *The Complete Works of Aristotle*, Çev.: JOWETT, Benjamin; BARNES, Jonathan (Eds.), New Jersey, 1995.

ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2021.

BANKS, William C., *Efficiency in Government: Separation of Powers Reconsidered*, *Syracuse Law Review*, Vol. 35, No. 2, 1984.

BARBER, N. W., *The Principles of Constitutionalism*, Oxford, 2018.

BARENDT, Eric, *Separation of Powers and Constitutional Government*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.

BELLAMY, Richard, *Introduction*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.

BELLAMY, Richard, *The Political Form of the Constitution: The Separation of Powers, Rights and Representative Democracy*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Constitutional and Political Theory*, KÜNKLER, Mirjam / STEIN, Tine (Eds.), Oxford, 2017.

BONILLA MALDONADO, Daniel, *The Conceptual Architecture of The Principle of Separation of Powers*, in BILCHITZ, David / LAN-DAU, David (Eds.), *The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South*, Cheltenham, 2018.

BRAITHWAITE, John, *On Speaking Softly and Carrying Big Sticks: Neglected Dimensions of a Republican Separation of Powers*, in

- BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.
- BRENNAN Geoffrey / HAMLIN, Alan, *A Revisionist View of The Separation of Powers*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.
- CAN, Osman, "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", *AÜSBF Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s.101-139.
- CANETTI, Elias, *Kitle ve İktidar*, Çev.: AYGEM, Gülşat, İstanbul, 2019.
- CAROLAN, Eoin, *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*, Oxford, 2009.
- DAHL, Robert A., *Demokrasi Üzerine*, Çev.: KADIOĞLU, Betül, Ankara, 2021.
- DWORKIN, Ronald, *Judicial Discretion*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.
- ELLIS, Richard J., *Judging Executive Power: Sixteen Supreme Court Cases That Have Shaped American Presidency*, Lanham, 2009.
- EREN, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2021.
- FRIEDRICH, Carl J., "Constitution and Constitutionalism", in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 3., USA, 1968.
- GENOVESE, Michael A. / SPITZER, Robert J., *The Presidency and Constitution Cases and Controversies*, New York, 2005.
- GOODIN, Robert E., *Institutionalizing the Public Interest: The Defense of Deadlock and Beyond*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa, 2018.
- GRIMM, Dieter, *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford, 2016.
- HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge and Massachusetts, 1996.
- HARTOG, François, *Eskiler, Modernler, Yabanıklar*, Çev.: KAHİLOĞULLARI, Adnan, İstanbul, 2020.

- HAYEK, F.A., Freedom and the Rule of Law, The first of two talks, in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.
- HOLCOMBE, Randall G., From Liberty to Democracy: The Transformation of American Government, Ann Arbor, 2002.
- JENKINS, David, "The Lockean Constitution: Separation of Powers and the Limits of Prerogative", McGill Law Journal, 56(3), 2011, 543–589.
- KELSEN, Hans, General Theory of Law and State, Çev.: WEDBERG, Anders, Massachusetts, 1949.
- KOMMERS, Donald P. / FINN, John E. / JACOBSON, Gary J., American Constitutional Law, Vol.1: Governmental Powers and Democracy, Lanham, 2010.
- LENAERTS, Koen, Constitutionalism and The Many Faces of Federalism, in BELLAMY, Richard (Eds.), The Rule of Law and The Separation of Powers, New York, 2016.
- LOCKE, John, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme - Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme, Çev.: BAKIRCI, Fahri, Ankara, 2012
- LUHMANN, Niklas, Law as a Social System, Çev.: ZIEGERT, Klaus A., New York, 2004.
- LUHMANN, Niklas, Trust and Power, Çev.: DAVIS, Howard / RAFFAN, John / ROONEY, Kathryn, New York, 1979.
- MACRIDIS, Roy C., Political Executive, in International Encyclopedia of the Social Sciences, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 12., USA, 1968.
- MANSFIELD JR, Harvey C., Taming The Prince / The Ambivalence of Modern Executive Power, New York, 1989.
- MARSILIUS OF PADUA, The Defender of The Peace, Çev.: BRETT, Annabel, New York, 2005.
- McCLOSKEY, Robert G., Constitutional Law/III-Civil Liberties, in International Encyclopedia of the Social Sciences, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 3, USA, 1968.
- McILWAIN, Charles Howard, Constitutionalism: Ancient and Modern, New York, 1947.

- MÖLLERS, Christoph, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, 2013.
- MONTESQUIEU, *Kanunların Ruhü Üzerine*, Çev.: GÜNEN, Berna, İstanbul, 2017.
- NEUSTADT, Richard E., *Presidential Government*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 12., USA, 1968.
- NICHOLS, David K., *UnLocke[e]ing the Constitutional Separation of Powers*, in LIEBERT, Hugh / MCDOWELL, Garry / PRICE, Terry L. (Eds.) *Executive Power in Theory and Practise*, New York, 2012.
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, 2010.
- POLYBIUS, *The Histories*, Volume III, Çev.: PATON, W. R., Cambridge, Massachusetts, 1979.
- POSNER, Richard A., *An Affair of State/The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- RADIN, Margaret Jane, *Reconsidering The Rule of Law*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.
- RAZ, Joseph, *The Rule of Law and Its Virtue*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.
- ROCHE, John P., *Constitutional Law / II-Distribution of Powers*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, SILLS, David L. (Eds.), Vol. 3., USA, 1968.
- SCHAPIRO, Martin, *Stability and Change in Judicial Decision-Making, Incrementalism or Stare Decisis*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.
- SCHMITT, Carl, *Constitutional Theory*, Çev.: SEITZER, Jeffrey, Durham and London, 2008.
- SHANE, Peter M., *Madison's Nightmare: How Executive Power Threatens American Democracy*, Chicago and London, 2009.

- SHARP, Malcolm P., "The Classical American Doctrine of the Separation of Powers", *University of Chicago Law Review*, 2, No. 3, April 1935, s.385-436.
- SIEYÉS, Emmanuel-Joseph, *Üçüncü Sınıf Nedir*, Çev.: BİRKAN, İsmet, Ankara, 2005.
- SUNSTEIN, Cass R., *Incompletely Theorized Agreements*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul, 2018.
- TEUBNER, Gunther, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Çev.: NORBURY, Gareth, Oxford, 2012.
- TURPIN, Colin / TOMKINS, Adam, *British Government and the Constitution Text and Materials*, Cambridge, 2011.
- UZZELL, Lynn, *Locke's Latent Sovereign*, in LIEBERT, Hugh / MCDOWELL, Garry / PRICE, Terry L. (Eds.) *Executive Power in Theory and Practise*, New York, 2012.
- VILE, M. J. C., *Constitutionalism and The Separation of Powers*, Indianapolis, 1998.
- WALDRON, Jeremy, *Is The Rule of Law An Essentially Contested Concept (In Florida)?*, in BELLAMY, Richard (Eds.), *The Rule of Law and The Separation of Powers*, New York, 2016.
- WEBER, Max, *On Law in Economy and Society*, Çev.: SHILS, Edward / RHEINSTEIN, Max, Cambridge and Massachusetts, 1966.
- YOO, John, *Modern Executive Tames Obama*, in LIEBERT, Hugh / MCDOWELL, Garry / PRICE, Terry L. (Eds.) *Executive Power in Theory and Practise*, New York, 2012.

İNTERNET KAYNAKLARI

- Declaration of the Rights of Man – 1789 Avalon Project - Declaration of the Rights of Man - 1789 (yale.edu) (31.10.2021).
- Teşkilâtı Esasiye Kanunu <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1921-anayasasi/> (22.11.2021).

Roll Call Vote 116th Congress - 2nd Session https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=116&session=2&vote=00034 (28.01.2022).

Trump acquitted for second time following historic Senate impeachment trial <https://edition.cnn.com/2021/02/13/politics/senate-impeachment-trial-day-5-vote/index.html> (28.01.2022).

The Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2018 <https://www.government.nl/topics/constitution/documents/reports/2019/02/28/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands> (03.01.2022).

Section 33 – Notwithstanding clause <https://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/rfc-dlc/ccrf-ccd1/check/art33.html> (28.12.2021)

The Constitution of The Republic of Poland of 2nd April, 1997 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm> (27.12.2021).

İŞVERENE ÇALIŞMA KOŞULLARINDA DEĞİŞİKLİK YAPMA HAKKI VEREN GENEL İŞLEM KOŞULU NİTELİĞİ TAŞIYAN GÖNÜLLÜLÜK VE GERİ ALMA/DEĞİŞİKLİK KAYITLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Nihat Seyhun ALP*

Öz

İş sözleşmeleri kural olarak belirsiz süreli olarak kurulmaktadır. Böylece işçi ve işverenler iş sözleşmesinden doğan borçlarını uzun vadede ve sürekli olarak yerine getirmektedir. Bununla birlikte iş sözleşmesinin akdedilmesi sırasında mevcut olmayan veya iş ilişkisi devam ederken değişen durumlar söz konusu olabilir. Bu durumda işveren, İş Kanununun 22. maddesine dayanarak çalışma koşullarını değiştirebilir. Diğer taraftan bu maddede düzenlenen usule tabi olmak istemeyen ve iş sözleşmesinin hızlı bir şekilde uyumlaştırılması ihtiyacını hisseden işveren, tip iş sözleşmelerinde ve iç yönetmeliklerde değişikliği saklı tutma kayıtları düzenlemektedir. Ancak işverenin bu hakkının sınırsız olarak düşünülmemesi ve bu kayıtların genel işlem koşulları açısından denetlenmesi gerekmektedir. Bu düşünce bağlamında, çalışmamızda genel işlem koşulları niteliği taşıyan gönüllülük kayıtları (Freiwilligkeitsvorbehalt), değişiklik kayıtları (Änderungsvorbehalt) ve geri alma kayıtları (Widerrufsvorbehalt) ayrıntılı olarak incelenmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, Antalya, Türkiye | Asst. Prof., Akdeniz University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Labor Economics and Industrial Relations, Antalya, Turkey.

✉ nihatsayhunalp@gmail.com • ORCID 0000-0002-8727-9600.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ALP Nihat Seyhun, "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkı Veren Genel İşlem Koşulu Niteliği Taşıyan Gönüllülük ve Geri Alma/Değişiklik Kayıtlarının Değerlendirilmesi", *SÜHFD*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1705-1752

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



Anahtar Kelimeler

İşverenin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkı • Değişikliği saklı tutma kayıtları • Gönüllülük kayıtları • Değişiklik kayıtları • Geri alma kayıtları

EVALUATION OF RESERVATION OF VOLUNTARY AND REVOCATION/MODIFICATION WHICH GIVE THE EMPLOYER THE RIGHT TO CHANGE WORKING CONDITIONS

Abstract

As a rule, employment contracts are concluded for an indefinite term. Thus, employee and employers fulfill their obligations arising from the employment contract in the long term and continuously. However, there may be situations that do not exist at the time of the conclusion of the employment contract or situations that change during the employment relationship. In this case, the employer can change the working conditions by using Article 22 of the Labor Code. On the other hand, the employer, who does not want to be subject to the procedure regulated in this article and who feels the need to harmonize the employment contract quickly regulate reservation of right of modification in the standard form employment contract and internal labor regulations. However, this right of the employer should not be considered unlimited and these clauses should be controlled in the context of general terms and conditions. In the context of this thought, reservation of voluntary (Freiwilligkeitsvorbehalt), reservation of modification (Änderungsvorbehalt) and reservation of revocation (Widerrufsvorbehalt), which are general terms and conditions, were examined in detail in our study.

Key Words

Employer's right to change working conditions • Reservation of right of modification • Reservation of voluntary • Reservation of modification • Reservation of revocation

GİRİŞ

Çalışma ilişkilerinin dinamik yapısı ve iş piyasalarının gelişimi sözleşme koşullarında bazı değişiklikleri gerektirebilecek olup, bu nedenle hiçbir değişikliğe izin vermeyen katı düzenlemeler, iş sözleşmeleri için genel bir yaklaşım olarak kabul edilmemelidir¹. Dolayısıyla belirli

¹ ÖZDEMİR Erdem, "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.3-4, 2004, s.33; Ekonomik, sosyolojik ve teknolojik gelişmelerin sözleşmenin yapılması sırasında öngörülemezliğinin işverene sözleşmenin muhtevasını tek taraflı belirleme hakkı

koşullar altında işverene çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkı tanınmalıdır. Hatta feshin son çare olması ilkesi dahi kendi içerisinde, sözleşmenin feshi yerine çalışma koşullarında değişiklikler yapılarak sözleşmenin devamını barındırmaktadır².

İşveren, çalışma koşullarını değiştirmek istemesi durumunda ya İş Kanununun³ 22. maddesinde düzenlenen usulü takip edecek ya da iş sözleşmesi akdedilirken, gerekli hallerde, iş sözleşmesinin değiştirilebileceğine ilişkin işçiden baştan rıza alacaktır. İşte ikinci durumda değişikliği saklı tutma kayıtları karşımıza çıkmaktadır. İşveren bu kayıtlar ile iş sözleşmesi veya esaslı unsurları ortadan kaldırılmayıp⁴, sadece İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenen usule tabi olmaksızın çalışma koşullarını tek taraflı değiştirme imkânını elde etmektedir⁵.

Ahde vefa ilkesinin bir gereği olarak iş sözleşmesinin tek taraflı olarak değiştirilmesi mümkün değildir⁶. Bununla birlikte işveren, girişim özgürlüğü gereği işletmesinde her türlü işletmesel karar alma hakkına

veremeyeceğine ilişkin bkz. NARMANLIOĞLU Ünal, "İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3,2006, s.15.

² SÜZEK Sarper, "Değişiklik Feshi", Tisk Akademi, C.1, S.1, 2006, s.8 (Değişiklik Feshi); ALPAGUT Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", Çimento İşveren Dergisi, C.18, S.5, 2004, s.57 (Değişiklik Kayıtları); ALP Mustafa, "İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri", LİSGHD, S.21, 2009, s.18 (Tek Taraflı Ücret Değişikliği); ERTUĞRUL Meltem, "İş Hukukunda Değişiklik Feshi", İzmir Barosu Dergisi, C.83, S.2, 2018, s.134; DOĞAN YENİSEY Kübra, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Çalışma ve Toplum, S.26, 2010, s.102; UŞAN Fatih, "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, 2007,s.219; KAR Bektaş, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.15, 2009, s.67.

³ 2003 tarihli 4857 Sayılı İş Kanunu, RG.: 10.06.2003/25134.

⁴ ALP Mustafa, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 3, 2006, s.38 (İçerik Denetimi).

⁵ ERTUĞRUL, s. 155-156.; "...Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma şartlarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır..." [Yarg. 22. HD. T. 24.10.2017, E. 2017/9413, K. 2017/22719 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 03.08.2022)]

⁶ SÜZEK, Değişiklik Feshi, s.10; YENİSEY, s.96-97; ALPAGUT Gülsevil, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı- Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları", LİSGHD, S.9, 2006, s.50 (Uygulama Alanı).

sahtiptir⁷. Ayrıca işverenin, değişen şartlara kolay ve hızlı şekilde uyumu sağlamak için iş sözleşmesini esnek olarak düzenlemesinde haklı menfaatinin olduğu kabul edilebilir⁸. Dolayısıyla değişen şartlara uyum sağlamak amacına dayanan ve işçinin menfaatlerini aşırı ölçüde sınırlandırmayan değişiklik kayıtları geçerli kabul edilmelidir⁹. Ancak haklı gerekçelere dayanmayan ve işçinin menfaatlerine ölçüsüz bir şekilde zarar veren değişiklik kayıtları, menfaat dengesini önemli ölçüde bozacaklardır¹⁰. Menfaat dengesinin bozulup bozulmadığının ve dolayısıyla değişiklik kayıtlarının geçerli olup olmadığının tespiti için söz konusu kayıtların denetlenmesi gerekmektedir. Öte yandan işveren, yönetim hakkını kullanırken zaten sınırsız olmayıp, dürüstlük kuralına uygun hareket etmelidir¹¹. Fakat değişiklik kayıtlarının sadece dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması yönündeki genel denetimi, işçiler için yeterli derecede koruma sağlamayacaktır. Bu bağlamda da değişiklik kayıtları, ilave denetimlere tabi tutulmalıdır.

İş hukukunda tip iş sözleşmeleri ve iç yönetmelikler, işveren tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanmakta ve işçiye kabul etmesi için sunulmaktadır. Bu özelliği itibarıyla de iş hukukunun anılan kaynakları, genel işlem koşulları niteliği taşımaktadır. Çünkü genel işlem koşullarında da sözleşmenin diğer tarafının sözleşme içeriğine etki etme imkânı olmamakta, sadece sözleşmeyi mevcut şekliyle kabul etme veya etmeme

⁷ YENİSEY, s. 97; GÜZEL Ali, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Çalışma ve Toplum, S.4, 2005, s.166; YÜCEL BODUR Mehtap, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü", İş ve Hayat, C.1, S.2, 2015, s.138.

⁸ ALP, İçerik Denetimi, s. 45.

⁹ ALP, İçerik Denetimi, s. 45.

¹⁰ ALP, İçerik Denetimi, s. 47.

¹¹ GÜZEL Ali/UGAN ÇATALKAYA Deniz, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1, 2014, s.45; SÜZEK Sarper, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları, 1998, Ankara, s.231 (İşverenin Yönetim Hakkının Sınırı); AYDIN Ufuk, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.23, 2011, s.24 (Değişiklik Feshi); AKIN Levent, "İşçinin Çalışma Şartlarında Değişiklik ve Fesih Hakkı", ÇEİS, C.27, S.2, 2013, s.46; ALPAGUT, Değişiklik Kayıtları, s.56.

noktasında bir özgürlüğe sahip olmaktadır¹². Keza işverenler, tip iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde diğer çalışma koşulları ile birlikte işverene tek taraflı değişiklik yetkisi veren kayıtları da düzenlemektedir. Dolayısıyla bu kayıtlar da önceden tek taraflı olarak hazırlanmakta ve işçi, bu kayıtların içeriğine etki edememektedir. Hatta işçiler, çoğu zaman bu kayıtların farkına varamazlar veya varsalar bile nasıl bir sonuç doğuracağını öngöremezler. Hal böyleyken söz konusu kayıtlar da genel işlem koşulları niteliği taşıdığından yürürlük, içerik, şeffaflık ve kullanım denetimine tabi tutulmalıdır.

Değişen koşullara karşı iş sözleşmesinin uyarlanması ihtiyacı ve işverenin bu konudaki menfaati temel alınarak, bu kayıtların mutlak suretle geçersiz kabul edilmesi yerine, genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması çözümü çalışmamızda benimsenmiştir. Öte yandan değişiklik kayıtları birçok türde düzenlenmektedir. Ancak sadece genel işlem koşulları niteliği taşıyan gönüllülük kayıtları (Freiwilligkeitsvorbehalt), değişiklik kayıtları (Änderungsvorbehalt) ve geri alma kayıtları (Widerrufsvorbehalt) çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda çalışmamızda, Alman hukukundan da yararlanılarak ilk önce değişiklik kayıtlarının amacı, geçerliliği sorunu ve denetimi genel olarak incelenmiş, ardından gönüllülük ve geri alma/değişiklik kayıtları özelinde değerlendirme yapılmıştır.

I. DEĞİŞİKLİĞİ SAKLI TUTMA KAYITLARI

A. GENEL OLARAK

İş sözleşmesi, özü itibarıyla katı nitelikte olup, değişime dirençlidir¹³. Bununla birlikte çalışma koşulları çok farklı şekillerde daha esnek hale getirilebilmekte ve değişen şartlara uyumu için çeşitli yollar kullanılmaktadır. Bu yollardan biri, çalışma koşullarının İş Kanununun 22. maddesine göre değiştirilmesidir. İş Kanununun 22. maddesine istinaden çalışma koşullarındaki değişiklikler, ancak işçinin yazılı rızası ile mümkündür. Değişiklik teklifini kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesini, işveren, yine bu maddeye göre feshedebilir. Fakat bu feshin kullanılması durumunda, iş sözleşmesinin değişen şartlara uyarlandığı sonucuna

¹² YILDIZ Gaye Burcu, "İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları ve Denetimi", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Editör: CENTEL Tankut, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2016, s.10 (Genel İşlem Koşulları).

¹³ LEDER Tobias, "Aktuelles zur Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen" RdA, Heft:2, 2010, s.94.

varamayız. Keza işverenin buradaki fesih hakkı, tek taraflı bir değişikliğin kabul edilebilirliği ile ilgili olup, değişikliğin içeriği ile ilgili değildir¹⁴. Başka bir ifadeyle değişiklik feshi işçiyi tek taraflı bir sözleşme değişikliğine ve feshine karşı korumakta ve fakat işçinin menfaatlerine uygun olmayan sözleşme hükümlerinin belirlenmesine karşı korumayı amaçlamamaktadır¹⁵. Ayrıca bu yol, şekil şartlarına tabi olduğundan ve işçinin rızası arandığından çoğu zaman ivedi bir çözüm sağlamayacaktır. Öte yandan iş sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin şekil şartlarına tabi olmak istemeyen ve hızlı bir şekilde karar alma ihtiyacı hisseden işveren, işin içeriği, yeri veya zamanını açık bir şekilde sözleşmede düzenlese de değişiklik yapma hakkını saklı tutmaktadır¹⁶. Böylelikle iş sözleşmesinde çalışma koşulları somutlaştırılmakta ve fakat işveren, bu koşulları daha sonra değiştirme hakkını elde etmektedir¹⁷.

Borç ilişkisinde, taraflardan birine sözleşme hükümlerinde tek taraflı değişiklik yapabilme hakkını tanıyan maddelere *değişikliği saklı tutuma kayıtları/değişiklik kayıtları* denilmektedir¹⁸. İşveren, söz konusu kayıtlar yoluyla çalışma koşullarının tek taraflı olarak değiştirilmesine ilişkin engelleri aşmaktadır¹⁹. Öyle ki, iş sözleşmesi yapılırken, sözleşme hükümlerinin değiştirilebileceğine ilişkin işçiden bir nevi baştan rıza alınır²⁰. Dolayısıyla işverenin bu hakkı, iş sözleşmesi hükmüne dayanmaktadır²¹. Fakat işçinin iş sözleşmesi yapılırken özgür iradesiyle mi bu izni verdiği sorunu geçerliliğini sürdürmektedir²².

¹⁴ SINGER Reinhard, "Flexible Gestaltung von Arbeitsverträgen", RdA, Heft:6, 2006, s.365.

¹⁵ SINGER s.364.

¹⁶ FANSELOW Dana, Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, Teil A. Sanierungsrecht § 3 Arbeitsrechtliche Fragestellungen, 3. Auflage, Hrsg.: NERLICH Jörg/ KREPLIN Georg, Beck Verlag, München, 2019, Rn. 179.

¹⁷ WANK Rolf, "Änderung von Arbeitsbedingungen", NZA-Beil, Heft: 2, 2012, s.45.

¹⁸ ALP, İçerik Denetimi, s.37.

¹⁹ SINGER s.362.

²⁰ UŞAN, s.245; DURSUN ATEŞ Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.275; ALP Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.258 (İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi); ÖZTÜRK Berna, İşçinin Talimatlarına Uyma Borcu, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021, s.562; CİVAN Orhan Ersun, Genel İş Koşulları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s.101 (Genel İş koşulları).

²¹ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.259; ÖZDEMİR, s.33.

²² Bu sorunun kayıtların sınırlandırılarak çözülebileceğine ilişkin bkz. UŞAN, s.245.

B. DEĞİŞİKLİĞİ SAKLI TUTMA KAYITLARININ AMACI

İş ilişkisi, sürekli olarak yerine getirilmesi gereken karşılıklı borçlardan oluşur ki, bu borçlar her bir taraf için bağlayıcıdır²³. Bununla birlikte iş sözleşmesinin akdedilmesi sırasında mevcut olmayan, iş ilişkisi devam ederken ortaya çıkan veya değişen durumlarla karşılaşılabılır. Değişen bu şartlar karşısında mevcut çalışma koşulları ile iş sözleşmesinin devamı, çok zor hatta imkânsız hale gelebilir. Bu sebeple çalışma koşullarının değişen durumlara uyumlaştırılması ihtiyacı, süreklilik arz eden iş ilişkisi için önemlilik arz etmektedir.

Taraflar, anlaşarak iş sözleşmesini her zaman değiştirebilirler. Fakat daha fazla esneklik arayanlar bunu İş Kanununun dışında bulabilirler²⁴. Öyle ki, taraflardan birinin tek yanlı olarak sözleşmenin içeriğini değiştirmesi ve böylece sözleşmeyi değişen koşullara uyarlaması imkânı çok sınırlı da olsa bulunmaktadır²⁵. Bu imkân, iş ilişkisinin kurulmasından sonra işverenin sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtlardır²⁶.

Sözleşmedeki değişiklik kayıtları, değişen şartlara sözleşmeyi uyumlaştırmayı ve böylelikle esneklik ihtiyacını karşılamayı hedeflemektedir. Yine bu kayıtlar, işverenin işçiye bir menfaat sağlaması, ancak uzun vadede kendini bağlamak istememesi amacına da hizmet etmektedir²⁷. Çünkü iş hukukunda değişen koşullar o kadar çok ve çeşitlidir ki, işverence önceden güvenilir bir tahmin yapmak ve hepsini sözleşmede düzenlemek neredeyse imkânsızdır²⁸. Bu sebeple iş sözleşmesi sürekli bir uyarlamaya ihtiyaç duymaktadır²⁹. Sözleşmedeki değişiklik kayıtları da bu ihtiyaca cevap veren bir çözüm olarak uygulamada işverenlerce

²³ SPINNER Günter, Münchener Kommentar zum BGB Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, 8. Auflage, Hrsg.: SACKER Franz Jürgen/ RIXECKER/ OETKER Hartmut/ LIMPERG Bettina, Beck Verlag, München, 2020, Rn. 360, BGB § 611a. Arbeitsvertrag.

²⁴ LEDER, s.93.

²⁵ LEDER, s.94.

²⁶ WANK, s.41.

²⁷ SINGER s.372; LEDER, s.96.

²⁸ HUNOLD Wolf, "AGB-Kontrolle einer Versetzungsklausel", NZA, Heft:1, 2007, s.21.

²⁹ HUNOLD, s.21; KUNZL Reinhard, Kündigungrecht Gross Kommentarzum Gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, KSchG § 2 Änderungskündigung, 6. Auflage, Hrsg.:LINCK Rüdiger/PREIS Ulrich/SCHMIDT Ingrid, Beck Verlag, München, 2021, Rn.108; ALP, İş sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.243.

sıklıkla kullanılmaktadır. Hatta bu kayıtlar, başka bir anlaşmaya gerek kalmadan ücrette indirim yapabilme imkânı sağladığından ücretsiz izin veya kısa çalışma gibi önlemlere kıyasla daha pratik olup, işverence öncelikli başvurulacak yol olduğu öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür³⁰.

Değişen durumları hesaba katmak için iş sözleşmelerinde bu kayıtlara yer verilmişse, işverenin sözleşmeyi uyarlama konusundaki menfaatinin³¹ ve haklı bir değişiklik yapabilme imkânının var olduğu kabul edilir³². Başka bir ifadeyle işyerinin ekonomik belirsizliği ve istihdam ilişkisinin gelişimi nedeniyle işverenin, belirli edimleri esnek bir şekilde yapılandırmasında menfaati olabilir³³. Örneğin satışlarda düşüş yaşanması, cironun azalması, talebin düşmesi, üretimin azalması veya ülkede yaşanan genel/sektörel ekonomik kriz durumlarında sözleşme hükümlerinde değişiklik yapmasında işverenin objektif bir menfaatinin var olduğu düşünülebilir. Yani ekonomik nedenlere dayalı olarak değişiklik kayıtlarının kullanılmasına, işverenin kayıplarla başa çıkması gerektiği ölçüde izin verilir³⁴. Aksi takdirde işverene, bir durum değişikliği olmadan sözleşmede kendi lehine değişiklik yapmasına izin verilmiş olur³⁵.

Değişiklik kayıtları, kötü sözleşme taslağını ve/veya şirket politikasını düzeltmek için bir araç olarak kullanılamaz³⁶. Örneğin işveren, sırf rekabet gücünü artırmak için ikramiyeleri iptal etmek istiyorsa, bu durum, objektif neden olarak kabul edilmemelidir³⁷. Çünkü işverenin kendisi için öngörülebilir ve kontrol edilebilir olan bu tür riskleri üstlenmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülebilecektir³⁸. Yine bu durumda ekonomik riskin sınırsız bir şekilde çalışana yansıtılması söz konusu olur ki, bunun kabulü mümkün değildir³⁹. Dolayısıyla sözleşmede değişiklik

³⁰ ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.18.

³¹ Değişen koşullara karşı uyarlama için iş sözleşmesinin esnek şekilde düzenlenmesinde işverenin menfaatinin olduğuna ilişkin bkz. ALP, İçerik Denetimi, s. 45.

³² SINGER, s.368.

³³ LAKIES Thomas, "Das Ende des arbeitsvertraglichen Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen", ArbRAktuell, Heft:19, 2012, s.471 (Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen).

³⁴ SINGER, s.372.

³⁵ SINGER, s.368.

³⁶ SINGER, s.368.

³⁷ SINGER, s.368.

³⁸ SINGER, s.368.

³⁹ SINGER, s.368.

yapılmasına ilişkin kayıtlar, ancak durumun belirsiz bir şekilde gelişmesi ve bir düzeltme aracı olarak gerekli olmaları durumunda ve ayrıca bu kayıtların kullanılmasına ilişkin nedenlerin, uygulanmasına ilişkin ilkelerin ve sınırlamaların açık bir şekilde belirlendiği ölçüde kabul edilebilir⁴⁰. Keza değişiklik kayıtlarının uygulama alanının her zaman sözleşmeye dayalı çekirdek alan dışındaki menfaatlerle sınırlandırılması da bu amaca hizmet etmektedir⁴¹.

C. DEĞİŞİKLİĞİ SAKLI TUTMA KAYITLARININ İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI İLE İLİŞKİSİ

Çalışma koşulları, iş ilişkine dayanan tüm hakları ve borçları kapsayan bir kavramdır⁴². Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler, işyeri uygulamaları ve işverenin talimatları ile çalışma koşulları oluşturulmaktadır⁴³. Anlaşılacağı üzere işverenin talimatları da çalışma koşullarının kaynaklarından biridir. Keza işçinin iş görme edimini işverenin vereceği talimatlara uygun olarak yerine getirmesi, hem Alman hukuku hem de Avrupa Birliği hukukuna göre iş ilişkisinin tartışmasız özelliğidir⁴⁴.

Alman hukukunda işverenin talimat verme hakkı, işverenin tek taraflı olarak işin yerini, zamanını ve içeriğini belirleyebilmesi anlamına gelir⁴⁵. Bu bağlamda İşletme Düzeni Kanunu'nun (GewO) 106. maddesine göre; "Çalışma koşulları; iş sözleşmesi, işletme sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya yasal hükümler ile belirlenmediği takdirde işveren, iş görme ediminin içeriğini, yer ve zamanını hakkaniyete uygun şekilde belirleyebilir"⁴⁶. Bu ifade ile anlaşılacağı üzere, iş sözleşmesiyle çalışma yeri, çalışma saatleri veya çalışma türü belirlenebilir. Ancak iş sözleşmesi ile bu çalışma koşullarının

⁴⁰ HUNOLD s.21.

⁴¹ SINGER, s.368.

⁴² EKONOMİ Münir, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Kamu-İş, Ankara, 1997, s.158; TULUKÇU N. Binnur, "Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 1101; ENGİN Murat, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı", İÜHFİM, C.LXI, S.1-2, 2003, s.314.

⁴³ ALPAGUT, Değişiklik Kayıtları, s.53; ENGİN, s.314; EKONOMİ, s.158-161; Yarg. HGK, T. 18.3.2021, E. 2021/9-112 K. 2021/294 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 02.08.2022).

⁴⁴ WANK, s.42.

⁴⁵ WANK, s.41; FANSELOW, Rn.179.

⁴⁶ HUNOLD, s.21.

belirlenmesi durumunda işverenin talimat verme hakkı daralmış olacaktır⁴⁷. Başka bir ifadeyle iş sözleşmesinde yukarıda değinilen çalışma koşulları ne kadar açık ve kesin olarak belirlenirse, işverenin sahip olduğu hareket alanı o kadar kısıtlanmış olur⁴⁸. Dolayısıyla esnekliğe en çok ihtiyaç duyulan yerlerde, özellikle de ücret ve çalışma saatlerinde, sözleşmeye dayalı düzenlemeler var olduğundan hedeflenen esneklik, işverenin talimat verme hakkı ile gerçekleştirilemez⁴⁹. Buna karşın hedeflenen esnekliğe ulaşılabilmesi ve işverenin hareket kapasitesinin artırılabilmesi için işverenin yönetim hakkı genişletilebilir. Bu durumda işverenin yönetim hakkı, işverenin gerçek olan genişletilmiş yönetim hakkı ve gerçek olmayan genişletilmiş yönetim hakkı olarak ikiye ayrılabilir⁵⁰.

Gerçek olmayan yönetim hakkının genişletilmesi kavramı, GewO'nun 106. maddesinde işveren için düzenlenen hakların ötesine geçmeyecek şekilde işverene talimat verme hakkının tanınmasını ifade eder⁵¹. Keza Alman hukukunda iş sözleşmesinde herhangi bir düzenleme bulunmasa bile işverenin talimat verme hakkı, GewO'nun 106. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla iş sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadığı müddetçe işveren işin içeriğini, yerini ve zamanını tek taraflı olarak belirleyebilir. Hatta iş sözleşmelerinde bu maddeye atıf yapılmasıyla da yetinilebilir ki bu durum, işverenin talimat verme konusundaki yasal hakkının içeriğini değiştirmeyen bir beyan maddesi olarak kabul edilir⁵².

Gerçek olan yönetim hakkının genişletilmesi, işverenin GewO'nun 106. maddesinde düzenlenen yönetim hakkının ötesine geçilerek, işverenin edimi tek taraflı belirleyebilme hakkını ifade eder⁵³. Böylelikle işveren, belirli sınırlar dâhilinde çalışma koşullarını değiştirebilir veya ortadan kaldıracaktır⁵⁴. İşte bu durumda gerçek olan yönetim hakkının

⁴⁷ WANK, s.42; FANSELOW, Rn.179.

⁴⁸ SINGER, s. 362.

⁴⁹ SINGER, s. 362.

⁵⁰ Alman hukukunda gerçek olan ve olmayan genişletilmiş yönetim hakkı (Echte ve unechte Direktionserweiterungen) kavramlarının kullanıldığına ilişkin bkz. FANSELOW, Rn.180.

⁵¹ FANSELOW, Rn.180.

⁵² WANK, s.45.

⁵³ KUNZL, Rn.79d; FANSELOW, Rn.181; WANK, s.46.

⁵⁴ KUNZL, Rn.79d.

genişletilmesi söz konusu olacaktır. Ancak taraflardan hiçbiri, sözleşmenin esaslı unsurlarını tek taraflı olarak değiştirme hakkını saklı tutamaz⁵⁵.

Çalışma koşullarında bir değişiklik yapılmak isteniyorsa, bu değişikliğin yönetim hakkına dayanarak mı yoksa sözleşme değişikliği yoluyla mı gerçekleştirileceği sorusu akla gelmektedir. Bu soruyu cevaplayabilmemiz için ilk önce sözleşmenin içeriğinin net olarak belirlenmesi gerekir⁵⁶. İş sözleşmesinin içeriği belirlendikten sonra yapılmak istenen değişiklik, iş sözleşmesinin özünü yani esaslı noktalarını etkileyecek nitelikte ise artık yönetim hakkı değil, sözleşme değişikliği söz konusudur⁵⁷.

Türk hukukunda işverenin yönetim hakkı; işin türü, yeri ve zamanının somutlaştırılması ile sınırlı olduğu kabul edilir⁵⁸. İşverenin yönetim hakkı kapsamında olmayan bir değişikliğin artık talimat verme hakkıyla değil, sözleşme değişikliğiyle olduğu bir gerçektir⁵⁹. Bu durumda İş Kanununun 22. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Çünkü işverenin edimi tek taraflı değiştirme hakkı, sadece yönetim hakkının sınırları içinde kalan konularla sınırlıdır⁶⁰. Bununla birlikte değişiklik kayıtları ile

⁵⁵ WANK, s.46.

⁵⁶ WANK, s.49; "...Çalışma şartlarının değişikliğinden söz edebilmek için öncelikle bu şartların neler olduğunun ortaya konulması gerekir..." [Yarg. 22. HD., T. 24.10.2017, E. 2017/9413, K. 2017/22719 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 03.08.2022)].

⁵⁷ WANK, s.49.

⁵⁸ SEÇKİN İhsan, "Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi Işığında İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kaydının Geçerliliği Sorunu", TBB Dergisi, S.121, 2015, s.349; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.107; ALPAGUT, Değişiklik Kayıtları, s.54; AYDIN Ufuk, "4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi)", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.5, 2007, s.62 (Değişiklik Kayıtları); SÜZEK, İşverenin Yönetim Hakkının Sınırları, s.225; İş görme borcunu somutlaştırdığına ilişkin bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, s.89; ÖZTÜRK, s.532; BODUR, s.140.

⁵⁹ WANK, s.46.

⁶⁰ ALPAGUT, Değişiklik Kayıtları, s.54; SEÇKİN, s.349; ERTÜRK Şükran, "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, 2013, s.109); Yarg. HGK, T. 18.3.2021, E. 2021/9-112 K. 2021/294 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 02.08.2022); "Yönetim hakkı iş şartlarını belirleyen bir faktördür. Bu hak işverene işin yapılması konusunda tek taraflı düzenleme yapma hakkı verir." (ARICI Kadir, "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", Yargıtay Dergisi, C.9, S.1-2, 1983, s.162); "İşveren, yönetim hakkı kapsamına giren konularda serbestçe emir ve talimat verebileceği gibi, istediği zaman bunları geri alıp değiştirebilecektir." (CİVAN, Genel İş Koşulları, s.89); Benzer şekilde bkz. ÖZTÜRK, s.532; BAYCIK Gaye, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.170 (Yenilik Doğuran Haklar).

işverene değişiklik yapma yetkisi verilmişse işveren, bu maddeye uymaksızın tek taraflı olarak değişiklik yapma hakkını elde etmiştir. Böylelikle değişiklik kayıtları işverene tek taraflı olarak karar alma ve aldığı kararı uygulama imkânı sunmaktadır⁶¹. İşte bu durumda, yani yönetim hakkı kapsamında olmamasına rağmen işverene çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik yapma yetkisi verilirse, genişletilmiş yönetim hakkından bahsedilebilecektir⁶². Hal böyleyken işveren, esaslı değişiklik olsa dahi çalışma koşullarını tek taraflı değiştirebilir⁶³.

D. DEĞİŞİKLİĞİ SAKLI TUTMA KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Alman hukukunda, değişiklik kayıtları, makul olması halinde geçerli kabul edilmektedir⁶⁴. Keza Türk hukukunda da değişiklik kayıtlarının geçerli olabileceği kabul edilmekle⁶⁵ birlikte geçerli olmayacağı görüşü de savunulmaktadır⁶⁶. Yargıtay ise işverenin nakil yetkisini saklı

⁶¹ DURSUN ATEŞ, s.230.

⁶² ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.27; AYDIN, Değişiklik Kayıtları, s.62-63; ENGİN, s.317; DURSUN ATEŞ, s.276; ÖZTÜRK, s.519; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.101; ALPAGUT, Değişiklik Kayıtları, s.59; Yarg. HGK, T. 18.3.2021, E. 2021/9-112 K. 2021/294 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 02.08.2022); "...İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma şartlarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir..." [Yarg. 22. HD., T. 18.12.2017, E. 2015/24749, K. 2017/28845 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 09.08.2022)]; Değişiklik haklarının yönetim hakkını genişlettiğinden ziyade, bağımsız birer yenilik doğuran hak olarak kabul edilmelerinin daha uygun olacağına ilişkin bkz. BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.192.

⁶³ ENGİN, s.317; AYDIN, Değişiklik Feshi, s.27.

⁶⁴ SINGER, s. 364.

⁶⁵ MANAV Eda, "İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.25, 2012, s.148; AYDIN, Değişiklik Kayıtları, s.61; UŞAN, s.244; AKIN, s.50; ALPAGUT, Değişiklik Kayıtları, s.60; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.250; ÖZTÜRK, s.574-577; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.102; ÖZDEMİR, s.33; YÜCEL Ramazan, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 2017, s.57; s.166; Ücret dışında geçerli olacağına ilişkin bkz. GÜLER Mikdat, "Ücretin Belirlenmesi ve Değiştirilmesi Yöntemlerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", Kamu İş, C.7, S.3, 2004, s.13-14; İşin ve işyerinin sözleşmede bulunan değişiklik kaydıyla ve hakkaniyete uygun şekilde değiştirilebileceğine ilişkin bkz. TULUKÇU, s.1112.

⁶⁶ GÜZEL/ÇATALKAYA, s.55; ANLAMA Adil, "İşverene Sözleşmede Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri (Değişikliği Saklı Tutma Kayıtları)", İş ve Hayat Dergisi, C.3, S.5, 2017, s.258; SEÇKİN, s.375-376; NARMANLI-OĞLU, s.14; AKPINAR, Fatih, "İşverene Çalışma Koşullarını Değiştirme Yetkisi

tutan kayıtları geçerli kabul etmekte ve fakat işçi aleyhine yapılacak diğer değişikliklerin sözleşme ile önceden saklı tutulmasını, başka bir ifadeyle iş görme ve ücret edimlerini değiştiren kayıtları geçerli kabul etmemektedir⁶⁷.

Değişiklik kayıtlarının İş Kanununun 22. maddesinin emredici niteliği karşısında geçerli olmayacağı düşünülemez. Çünkü bu madde, iş sözleşmesi kurulduktan sonra değişikliği düzenlediğinden, iş sözleşmesi kurulurken düzenlenen değişiklik kayıtları için uygulanmayacaktır⁶⁸. Öte yandan iş sözleşmesi akdedilirken işçinin mevcut kayıtların ne anlama geldiğini tam olarak anlayamaması veya anlamakla birlikte işe ihtiyacından dolayı kabul etmesi gerçeğini göz ardı etmiyoruz. Bununla birlikte benzer durum, işçi yazılı bir rıza vermiş olsa dahi 22. maddenin uygulanmasında da söz konusudur. Fakat bu sorunun aşılması için değişiklik kayıtlarının mutlak suretle kabul edilmemesi yerine denetime tabi tutulması düşüncesindeyiz. Nihayetinde Türk Borçlar Kanununun(TBK)⁶⁹ 21. maddesi gereği, genel işlem koşulu niteliğindeki değişiklik kayıtları hakkında işçinin açıkça bilgilendirilmesi ve bunların içeriğini öğrenme olanağının sağlanması gerekmektedir. Buna karşın tip iş sözleşmelerine konulan değişiklik kayıtlarının TBK'nın 24. maddesi gereği mümkün olmayacağı görüşü⁷⁰ ileri sürülmüş, aksi görüş ise TBK'nın bu hükmünün İş Kanununun

Veren Kayıtların Genel İşlem Koşulları Açısından Değerlendirilmesi", Çalışma ve Toplum, S.68, 2021, s.341; Ücrette ve çalışma saatlerine ilişkin kayıtların geçersiz olacağına, işyeri değişiklik kayıtlarının ise kural olarak geçerli olduğuna ilişkin bkz. YILDIZ, Genel İşlem Koşulları, s.37-38.

⁶⁷ "...1475 sayılı Kanun zamanında yapılan iş sözleşmelerinde, çalışma koşullarının değiştirilmesi hakkını saklı tutan kayıtların, 4857 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra geçerli olmayacağına ilişkin özel bir düzenleme olmadığından, bu kayıtlar geçerli olacaktır. Bununla birlikte iş sözleşmelerindeki bu tür değişiklik kayıtları hakkaniyet denetimine tabidir. Bu bağlamda işyeri değişikliği iş, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından değişiklik getirmedikçe geçerli olmaktadır..." [Yarg. HGK., T. 11.10.2006, E. 2006/9-613, K. 2006/644 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 09.08.2022)]; Yarg. HGK., T. 18.3.2021, E. 2021/9-112, K. 2021/294 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 09.08.2022); Nakil yetkisini saklı tutan kayıtların geçerli olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 9. H.D., T.13.12.2010, E. 2009/39668, K. 2010/37397 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 09.08.2022); Yarg. 22. HD., T. 27.2.2012, E. 2011/9180, K. 2012/2815 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 09.08.2022); Yarg. 9. HD., T. 21.9.2004, E. 2003/21979, K. 2004/19484 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 09.08.2022).

⁶⁸ MANAV, s.148.

⁶⁹ 2011 Tarihli 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG.: 04.02.2011/27836.

⁷⁰ YILDIZ, Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s.101 (Sözleşmesel Kayıtlar); SÜZEK Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu

benimsediği esneklik anlayışına aykırı olması ve iş hukukunun özelliklerine uygun olmamasından dolayı uygulanmayacağını savunmuştur⁷¹. Kanaatimizce de iş sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olması, statik bir yapıda olmaması ve sözleşme hükümlerinin değişim ihtiyacının her zaman gündeme gelebileceği gerçeği karşısında, TBK'nın 24. maddesinin iş hukukunun temel özelliklerine ve esnek yapısına uymadığı açıktır. İlave olarak BGB'nin 310/4. maddesinin 2. cümlesinde genel işlem koşullarına ilişkin hükümler uygulanırken iş hukukunda geçerli olan özelliklerin yeterince dikkate alınması gereği açıkça düzenlenmiştir⁷². Türk hukukunda genel işlem koşullarını düzenleyen maddelerde benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık Türk Medeni Kanununun (TMK)⁷³ 5. maddesi gereği TMK ve TBK'nın genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabileceği ve dolayısıyla Türk Hukukunda da benzer bir durumun bulunduğu düşünülebilir. Sonuç olarak TBK'nın genel hükümlerinin, iş hukukunun gerekli özelliklerine uygun bir değişim göstereceği ve bu sebeple iş hukukunda esnekliği ortadan kaldırdığı için TBK'nın 24. maddesinin doğrudan uygulanmayacağı görüşüne katılmaktayız⁷⁴.

E. DEĞİŞİKLİĞİ SAKLI TUTMA KAYITLARININ DENETİMİ

1. GENEL OLARAK

Borçlar hukukunda esas olan sözleşme özgürlüğüdür. Bununla birlikte sözleşme taraflarından birinin sözleşme hükümlerinin oluşturulmasında etkisinin olmaması, sözleşme içeriğini etkileyememesi durumunda ve sonuç olarak kendi menfaatlerinin yer almadığı bir sözleşmede,

Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.24, 2011, s.8 (Genel İş Koşulları); ANLAMA, s.267; ERTUĞRUL, s.158; ERTÜRK, s.104; AKPINAR, s.347-348; YILDIZ, Genel İşlem Koşulları, s.34; TBK'nın 24. maddesi gereği iç yönetmeliklerde bu kayıtların düzenlemeyeceği ve fakat toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmelerinde düzenlenebileceğine ilişkin bkz. SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.135.

⁷¹ BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.214; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.413-416; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.133-134; MANAV, s.149.

⁷² SPINNER, Rn. 360.

⁷³ 2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, RG.: 08.12.2001/24607.

⁷⁴ CİVAN Orhan Ersun, “Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1 (Özel Sayı), 2016, s. 788-789 (Değişiklik Kayıtları).

sözleşme özgürlüğünden bahsedilemez⁷⁵. Keza sözleşme özgürlüğünün var olduğuna şüphe ile bakılması gereken durumlardan biri de tip sözleşmelerdir. Önceden tek taraflı olarak hazırlanıp karşı tarafa sunulmuş sözleşmelere, *tip sözleşmeler* denilmektedir⁷⁶.

İş hukukunda var olan tip sözleşmelerde, yani tip iş sözleşmelerinde, işçinin bu sözleşmeyi imzalayıp imzalamama yönünde bir tercihte bulunmasının dışında başka bir seçeneği bulunmamaktadır⁷⁷. Tarafların sözleşme özgürlüğünü tam olarak kullanamaması durumunda, sözleşme hükümlerinin yargı organları tarafından içerik denetimine tabi tutulması gerektiği öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür⁷⁸. İşte bu sebeple genel işlem koşulları kurumu oluşturulmuş ve taraflardan birinin önceden tek taraflı olarak sözleşme hükümlerini hazırlaması ve karşı tarafın da bu hükümleri etkileyememesi durumunda söz konusu hükümler, denetimine tabi tutulmuştur.

Genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olan genel iş koşulları⁷⁹, işveren tarafından tek taraflı olarak ve önceden hazırlanan tip iş sözleşmeleri ile birlikte ayrıca iç yönetmelikleri ve işyeri uygulamalarını da kapsamaktadır⁸⁰. Fakat TBK'da düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin hükümler aslında iç yönetmelikler⁸¹ ve tip iş sözleşmeleri için söz konusudur⁸². Çünkü işyeri uygulamaları işverenin, işçinin lehine olan fiili davranışlarının tekrarlanması suretiyle oluştuğundan genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması ihtiyacı bulunmamaktadır⁸³.

⁷⁵ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.274.

⁷⁶ SOYER Polat, Genel İş Koşulları, İzmir, 1987, s. 29 (Genel İş Koşulları); ERTÜRK, s.81.

⁷⁷ ERTÜRK, s.81.

⁷⁸ SOYER Polat, "Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi", İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı, İstanbul 1991, s.267 (İçerik Denetimi).

⁷⁹ SOYER, Genel İş Koşulları, s. 26-27; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.47; ERTÜRK, s.89; SÜZEK, Genel İş Koşulları, s.5.

⁸⁰ ALP, İçerik Denetimi, s. 41; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.47; ERTÜRK, s.89.

⁸¹ GÜZEL/ÇATALKAYA, s.49.

⁸² BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.198; YILDIZ, Genel İşlem Koşulları, s.12; SÜZEK, Genel İş Koşulları, s.5.

⁸³ YILDIZ, Genel İşlem Koşulları, s.12; Çok nadir denetlenebileceğine ilişkin bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, s.75-77.

Tip iş sözleşmelerinde ve iç yönetmeliklerde, işçi ve işverenin asli ve yan edimleri ile birlikte bu edimlerin işverence tek taraflı değiştirilebileceğine ilişkin kayıtlar da yer almaktadır. Dolayısıyla diğer hükümlerde olduğu gibi işveren tarafından önceden tek taraflı olarak hazırlanmış değişiklik kayıtları da genel işlem koşulları denetimine tabi olacaktır⁸⁴. Bu bağlamda Türk hukukunda TMK'nın 2 ve TBK'nın 27. maddeleri genel denetim ilkeleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁵. Ancak değişiklik kayıtlarının sadece bu genel ilkeler kapsamında denetime tabi tutulması, işçinin korunması amacına uygun düşmeyecektir. Keza öğretide değişiklik kayıtlarının genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması haklı olarak ileri sürülmektedir⁸⁶. Bu sebeple daha da ileri gidilerek değişiklik kayıtları yürürlük, içerik, şeffaflık ve kullanım denetimine tabi tutulmalıdır. Nihayetinde emredici hukuk kurallarına ve ahlaka aykırı olmayan sözleşme hükümlerinin yerindeliliğinin denetlendiği ve geçersizlik yaptırımına tabi tutulduğu denetim, içerik denetimi olarak isimlendirilecektir⁸⁷. Kullanım/uygulama denetimi ise sözleşme hükümlerinin somut olayda hakkaniyete uygun olarak kullanıp kullanılmadığını ifade eder⁸⁸. Sözleşmenin karşı tarafı için bu kayıtların yeterince açık ve anlaşılır kaleme alındığının denetimi ise şeffaflık denetimidir⁸⁹.

Alman hukukunda değişiklik kayıtları için üç tür denetim söz konusudur. Bu denetimlerden biri şeffaflık denetimi olup, söz konusu değişiklik kaydı açık ve anlaşılır olmalıdır⁹⁰. Şeffaflık denetimi, işverenin bir değişikliğin nedenini ve değişimin sınırlarını önceden belirtmesi gerektiği anlamına gelir⁹¹. Yine şeffaflık denetimi, içerik denetiminin

⁸⁴ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.48; Yarg. HGK, T. 18.3.2021, E. 2021/9-112 K. 2021/294 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 02.08.2022).

⁸⁵ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.244-245.

⁸⁶ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.245; BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.212-214; CİVAN, Genel İş Koşulları, s. 110-111, 134; AKIN, s.50; ALP, İçerik Denetimi, s. 41; İçerik ve kullanım denetimine tabi olacağına ilişkin bkz. MANAV, s.149.

⁸⁷ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.245; İçerik denetiminin aslında söz konusu hükmün dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında yapılan denetim olduğuna ilişkin bkz. YILDIZ, Genel İşlem Koşulları, s.14; Benzer şekilde bkz. MANAV, s.144.

⁸⁸ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.246.

⁸⁹ FANSELOW, Rn.172; WANK, s.45.

⁹⁰ FANSELOW, Rn.172.

⁹¹ WANK, s.43.

yapılmadığı durumlarda da söz konusudur⁹². İkinci denetim, bu kayıtların çalışana ölçsüz bir şekilde zarar verip vermediğine ilişkin içerik denetimidir. Son olarak ise şeffaflık ve içerik denetiminden geçen bu kayıtların somut olayda hakkaniyete uygun şekilde kullanıldığıнын, başka bir ifadeyle kullanım/hakkaniyet denetimi yapılmaktadır.

2. YÜRÜRLÜK DENETİMİ

Genel işlem koşulları Alman Hukukunda BGB'nin § 305/I. maddesinde tanımlanmış olup, söz konusu maddeye göre, *“Genel işlem koşulları, çok sayıda sözleşme için bir sözleşme tarafının (kullanıcı) sözleşmeyi akdederken diğer sözleşme tarafına sağladığı önceden formüle edilmiş sözleşme koşullarıdır. Bu hükümlerin sözleşmenin ayrı bir bölümünü oluşturup oluşturmadığı veya sözleşme belgesinin kendisine dâhil edilip edilmediği, hangi içeriğe sahip oldukları, hangi yazı tipiyle yazıldığı ve sözleşmenin hangi şekilde olduğu önemsizdir. Sözleşme koşulları, sözleşme tarafları arasında ayrıntısıyla müzakere edildiği sürece, genel işlem koşulu söz konusu olmaz”*. Türk hukukunda ise genel işlem koşulları TBK'nın 20. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddeye göre, *“Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.”* Hal böyleyken sözleşme yapma hakkı, genel işlem koşullarından etkilenmez⁹³. Genel işlem koşulları, ilgili hükümlerden de anlaşılacağı üzere sözleşmenin önceden tek taraflı hazırlanmış hükümleriyle ilgilenir. Çünkü genel işlem koşullarında, karşı taraf sözleşmenin içeriğine müdahale edemez⁹⁴. Bu bağlamda tarafların kendi çıkarlarına göre sözleşmeyi şekillendirmeleri ve ayrıntılı olarak sözleşme hükümlerini müzakere etmeleri durumunda genel işlem koşulları söz konusu olmayıp⁹⁵, bir tarafça tip olarak hazırlanan hükümler

⁹² LEDER, s.94.

⁹³ PREIS Ulrich, “AGB-Recht und Arbeitsrecht Eine Zwischenbilanz”, NZA-Beil, Heft:3, 2006, s.119 (AGB-Recht).

⁹⁴ ERTÜRK, s.83.

⁹⁵ PREIS, AGB-Recht, s.116; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.283.

denetlenebilecektir⁹⁶. Hatta sözleşme hükümlerinin bir kısmının müzakere edilmesi, müzakere edilmeyen hükümlerin denetlenmesini de engellemeyecektir⁹⁷.

Müzakere edilmiş sözleşme hükümleri ile işveren tarafından tek taraflı hazırlanan ve müzakere edilmeyen sözleşme hükümleri arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir⁹⁸. Sözleşme maddeleri üzerinde müzakere yapıldığının kabul edilebilmesi için düzenleyenin sözleşme hükümlerini gerçek anlamda tartışmaya açması ve sözleşmenin diğer tarafına sözleşme hükümlerinin içeriğini etkileme ve kendi çıkarlarına göre şekillendirme imkânı sağlaması gerekir⁹⁹. Dolayısıyla düzenleyen; açık, kesin ve ciddi bir şekilde müzakere etme isteğini ve değişiklik yapmaya hazır olduğunu beyan etmeli ve karşı taraf da sözleşme hükümlerinin içeriğini etkilemek için gerçek bir imkânâna sahip olmalıdır¹⁰⁰. Nihayetinde kapsamlı bir müzakereden sonra karşı taraf, ikna olduğu için önceden düzenlenmiş bu hükümleri kabul ederse, bir müzakerenin sonucu olarak hükümlerin kabul edildiği düşünülebilir¹⁰¹. Yalnız sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeyi etkileme imkânı şüpheliyse, düzenleyen, ispat yükü ilkelerine göre sözleşme hükümlerinin müzakere edildiğini, hangi nedenlerle sonuçlandırıldığını ve karşı tarafın maddeleri gönüllü olarak kabul ettiğini ispat etmelidir¹⁰².

Alman hukukunda genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine girilmesine ilişkin şartlar, BGB'nin 305/II. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "*Genel işlem koşulları, ancak sözleşmenin akdedildiği zaman kullanıcı,*

1) açıkça veya sözleşmenin kuruluş usulü nedeniyle açıkça işaret etmenin aşırı güç olması durumunda sözleşmenin yapıldığı yerde açıkça görülebilir bir ilanla diğer tarafın dikkatini genel işlem koşullarına çekerse ve

⁹⁶ PREIS, AGB-Recht, s.119.

⁹⁷ PREIS, AGB-Recht, s.116.

⁹⁸ SPINNER, Rn. 359.

⁹⁹ ROLLER Jürgen, Personalbuch Arbeitsrecht- Lohnsteuerrecht- Sozialversicherungsrecht, Arbeitsvertrag, 28. Auflage, Beck Verlag, München, 2021, Rn.27; PREIS, AGB-Recht, s.116.

¹⁰⁰ ROLLER, Rn.27; PREIS, AGB-Recht, s.116.

¹⁰¹ ROLLER, Rn.27; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.282.

¹⁰² ROLLER, Rn.27.

2)diğer tarafın kullanıcı tarafından farkedilebilir bir bedensel engeli de yeterince hesaba katarak makul bir şekilde diğer tarafa genel işlem koşullarının içeriğiyle ilgili bilgi edinme imkânı sağlarsa ve diğer taraf bu koşulların geçerliliğini kabul ederse sözleşmenin parçası olacaktır.”

Özetle genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olabilmesi için sözleşmenin diğer tarafının dikkatinin genel işlem koşullarına çekilmesi, bu koşulları öğrenme imkânının sağlanması ve sözleşmenin diğer tarafının kabul etmesi gerekmektedir¹⁰³. Türk hukukunda ise genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine girebilmesine ilişkin şartlar ve yürürlük denetimi TBK'nın 21. maddesinde düzenlenmiş olup, iş sözleşmelerinde yer alan genel işlem koşullarının yürürlük denetimi için bu madde kullanılacaktır¹⁰⁴. Bu şartlar, değişiklik kayıtları için de geçerli olacaktır.

3. İÇERİK DENETİMİ

Sözleşme özgürlüğü, iş sözleşmeleri için mutlak suretle geçerli kabul edilemez. Çünkü kendisinin ve ailesinin geçimini sağlamak için işe ihtiyacı olan işçi, bu özgürlüğünü tam olarak kullanamaz¹⁰⁵. Keza kanunlarda ve toplu iş sözleşmelerinde yer alan koruyucu nitelikteki emredici hükümler, işçilerin bu özgürlüğü tam olarak kullanamadığının bir kanıtıdır¹⁰⁶. Örnek vermek gerekirse çalışma süreleri, dinlenme süreleri, ücret ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesi gibi konular kanunlar ile güvence altına alınmıştır. İşte bu sebeple iş sözleşmesi akdedilirken işçiyi koruyucu nitelikteki emredici kurallara uyulmalıdır. Bununla birlikte iş sözleşmesi hükümleri, emredici hükümlere uygun olmakla birlikte sadece işverenin menfaatleri dikkate alınarak ve işçiye sözleşme hükümlerini etkileyebilme imkânı tanınmayarak düzenlenmiş olabilir. Hatta bu durum, iş sözleşmelerinde yoğun bir şekilde yaşanmaktadır. Hal böyleyken sözleşme özgürlüğü, iş hukukunda önemli kısıtlamalara tabidir. Önceden tek taraflı olarak hazırlanan ve sadece işverenin çıkarlarının dikkate alındığı

¹⁰³ ERTÜRK, s.87; BGB'nin 305/II. maddesi, BGB'nin 310/4. maddesinin 2. cümlesi gereği iş sözleşmelerinde uygulanmayıp, genel işlem koşullarının sözleşme içerisine girip girmediğinin tespitinde genel hükümlerin kullanılacağına ilişkin bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, s.165.

¹⁰⁴ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.166-167.

¹⁰⁵ WANK, s.44.

¹⁰⁶ SINGER, s.364.

sözleşme hükümlerinin içerik denetimine tabi tutulması da bu kısıtlamalardan biri olarak düşünülebilir.

İçerik denetimi, önceden düzenlenmiş sözleşme hükümlerinin olması ve işçinin bu hükümlerin içeriklerini etkileyememesi durumunda söz konusudur¹⁰⁷. Bu bağlamda içerik denetimi, sadece çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanmış hükümler için değil, aynı zamanda işçinin içeriğe müdahale edemediği bütün hükümler için yapılması gerekmektedir¹⁰⁸. Çünkü hem çok sayıda iş ilişkisi hem de tek bir iş ilişkisi için hazırlanan iş sözleşmelerinde, genel itibariyle işveren, tek tarafı olarak sözleşme hükümlerini hazırlanmaktadır¹⁰⁹. Yalnız önemle vurgulamak gerekir ki, genel işlem koşulları kapsamındaki içerik denetimine sözleşmesinin bütün hükümleri dâhil değildir. Yapılacak işlerin tanımları¹¹⁰, edim ve karşı edimin türü ve içeriğini tanımlayan hükümler herhangi bir içerik denetimine tabi değildir¹¹¹. Keza bir ücretin verilmesi ve miktarı da içerik denetimine tabi değildir¹¹². Nihayetinde tarafların sözleşmeden doğan asli edimleri içerik açısından kontrol edilemez¹¹³. İş ilişkisinde işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borcu asli edimler olduğundan ücretin miktarı ve işçinin göreceği iş içerik denetiminin dışındadır¹¹⁴. Benzer şekilde hukuksal bir düzenlemeyi tekrar eden hüküm için de içerik denetiminin yapılması gereksizdir¹¹⁵. Dolayısıyla bir hüküm, işverenin yasal yönetim hakkının içerisinde kalıyorsa içerik denetiminden muaftır¹¹⁶. Keza bu uygulama BGB'nin 307/3. maddesinde de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre içerik denetimi, kanuni düzenlemelerden ayrılan veya bu düzenlemelere ilave hükümler getiren genel

¹⁰⁷ ROLLER, Rn.27.

¹⁰⁸ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.291.

¹⁰⁹ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.285.

¹¹⁰ DURSUN ATEŞ, s.276.

¹¹¹ LEDER, s.94; PREIS, AGB-Recht, s.120.

¹¹² LAKIES Thomas, "AGB-Kontrolle von Sonderzahlungen", ArbRAktuell, Heft: 13, 2012, s.306 (Sonderzahlungen).

¹¹³ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.319.

¹¹⁴ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.291.

¹¹⁵ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.285; ERTÜRK, s.103; "Bununla birlikte genel iş koşullarında tekrar edilen hukuksal düzenleme, sözleşme ilişkisine hiç uygulanmayacak bir hükümse, burada artık içerik denetiminin gerçekleştirilebileceğinden söz edilecektir.", (CİVAN, Genel İş Koşulları, s.288).

¹¹⁶ PREIS, AGB-Recht, s.120.

işlem koşulları için geçerlidir. Çünkü bu durumda, işçinin ölçüsüz bir şekilde zarara maruz kalma şüphesi bulunmaktadır¹¹⁷.

İş sözleşmelerinde, asli ve yan edimlerle birlikte bu edimlerin işverence tek taraflı olarak değiştirilebileceğine ilişkin değişiklik kayıtları da yer almaktadır. Asli edimler, bir içerik denetimine tabi olmadığı için değişiklik kayıtlarının da denetimine tabi olmadığı düşünülebilir. Çünkü bunlar yalnızca edim ve karşı edim ile ilgili kayıtlardır¹¹⁸. Fakat bu düşünce temel alınırsa işveren, bu kayıtlar sayesinde istediği değişikliği sınırsız bir şekilde yapabilir. Bu durumda işçi, dünya genelinde herhangi bir işyerine nakledilme, herhangi bir işte veya bazen adil olmayan ücretle çalıştırılma tehdidinde maruz bırakılır¹¹⁹. Bu sebeple asli edimlerle ilgili olsa dahi değişiklik kayıtları, sınırsız bir şekilde geçerli kabul edilmemelidir¹²⁰. Bu bağlamda asli veya yan edimle ilgisine bakılmaksızın, her durumda işverenin borcunu ortadan kaldıran, değiştiren veya kısıtlayan yani geri alma, değişiklik ve gönüllülük kayıtları içerik denetimine tabi olmalıdır¹²¹. Keza bu kayıtlar sözleşmelerin bağlayıcılığına ilişkin genel ilkedden sapar ve bu nedenle içerik denetimi yapılmalıdır¹²².

Türk hukukunda tip iş sözleşmesi niteliği taşımayan bireysel nitelikteki iş sözleşmelerinde, TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümler dikkate alındığında içerik denetiminin yapılması mümkün değildir. Ancak öğretide bireysel nitelikteki iş sözleşmelerinde müzakere edilmiş hükümlerin de içerik denetimine tabi tutulmasına dair bir düzenlemenin yapılması, olması gereken hukuk açısından yerinde olacağı haklı olarak ileri sürülmüştür¹²³. Buna karşın Alman hukukunda iş

¹¹⁷ ROLLER, Rn.37.

¹¹⁸ WANK, s.44.

¹¹⁹ WANK, s.44.

¹²⁰ ALP, İçerik Denetimi, s.41; BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.204; Bu kayıtların içerik ve kullanım denetimine tabi tutulmasına ilişkin bkz. AYDIN, Değişiklik Kayıtları, s.64.

¹²¹ WANK, s.44; ROLLER, Rn.31; PREIS, AGB-Recht, s.120.

¹²² SPINNER, Rn. 360.

¹²³ BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.215; CİVAN, Genel İş Koşulları, s. 62; ERTÜRK, s.113; ALP, İçerik Denetimi, s. 41-42; Yine Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. maddesinin daha doğrusu buradaki denetim mekanizmalarının kıyasen iş sözleşmelerinde de uygulanabileceğine ilişkin bkz. ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.313; 416; Aksi görüş için bkz. BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.211.

sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri olarak kabul edildiğinden¹²⁴, tip olsun veya olmasın müzakere edilmeyen bütün iş sözleşmeleri artık genel işlem koşulları denetimine tabidir¹²⁵. Başka bir ifadeyle işveren tarafından hazırlanan tüm iş sözleşmeleri, BGB'nin 307-309. maddeleri uyarınca içerik denetimine tabidir¹²⁶. Bununla birlikte sözleşme hükümlerinin gerçek anlamıyla müzakere edilmesi, hatta işçinin sözleşme hükümlerine etki ederek kendi menfaatlerini koruma altına alması durumunda genel işlem koşulları denetimi söz konusu değildir. Çünkü sözleşmenin gerçekten özgür iradeyle sonuçlandığı bu nadir durumlarda, sözleşme özgürlüğünün kullanımına saygı gösterilmelidir¹²⁷.

Türk hukukunda içerik denetimi, TBK'nın 25. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*" Bu hükmün Alman hukukundaki karşılığı BGB'nin 307/1. maddesi olup, buna göre, "*Genel işlem koşulları dürüstlük kuralına,¹²⁸ aykırı olarak, kullanıcının sözleşme ortağına ölçüsüz biçimde zarar vermesi durumunda geçersizdir.* Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre TBK'nın 25. maddesinde yer alan dürüstlük kurallarına aykırılık ibaresinin önemli bir ölçüde dengesizliğe yol açması hususunu içerdiği yönünde yorum yapılabilir¹²⁹. Bu bağlamda değişiklik kaydının geçersizliğe neden olacak derecede ölçüsüz olması, işçinin yasal olarak tanınan bir menfaatine, işverenin gerekçeli ve kabul edilebilir menfaatlerine dayanmayarak veya eşdeğer faydalarla dengelenmeyerek zarar verilmesidir¹³⁰. Öyle ki sözleşmenin diğer tarafının menfaatleri yeterince dikkate alınmadan ve kendisi için uygun bir denkleştirme oluşturulmadan hakkın kötüye kullanılması şeklinde tek taraflı sözleşme taslağı hazırlanması ve işverenin sadece kendi menfaatlerini uygulamaya çalışması örnek olarak verilebilir¹³¹. Nihayetinde sözleşme taraflarının menfaatlerinin karşılıklı olarak ele alınması ve değerlendirilmesi gerekli olup, sonuca göre ölçüsüz bir şekilde

¹²⁴ ROLLER, Rn.27; LEDER, s.94; PREIS, AGB-Recht, s.116.

¹²⁵ WANK, s.43; SINGER, s. 372.

¹²⁶ SINGER, s. 372.

¹²⁷ SINGER, s. 364.

¹²⁸ Metinde "Treu und Glauben" ifadesi kullanılmış olup, dürüstlük kuralı şeklinde tercüme edilebilir.

¹²⁹ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.248.

¹³⁰ ROLLER, Rn.36.

¹³¹ ROLLER, Rn.37.

zarar vermenin ve dolayısıyla geçersizliğin var olup olmadığına karar verilmelidir¹³².

Değişiklik kayıtlarının, özellikle de işverene ücrette tek taraflı değişiklik yetkisi veren kayıtların¹³³, işçinin menfaatine aykırı olduğu ve işçiye ölçüsüz bir şekilde zarar verme ihtimalinin bulunduğu bir gerçektir. Bununla birlikte değişiklik kayıtları, hak ve borç dengesini önemli ölçüde bozmuyorsa, işveren tarafından önceden hazırlanmış olsalar dahi geçerliliğini koruyacaktır¹³⁴. Bu şartlar altında işçi aleyhine dengenin bozulduğunun tespiti için öncelikle bu kayıtlar olmadan işçinin bulunacağı durum ile değişiklik kaydı neticesinde işçinin içinde bulunduğu durum karşılaştırılabilir¹³⁵. Ancak işçi ve işveren arasındaki hak ve borç dengesinin her zaman mutlak suretle sağlanması mümkün olmadığından, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ve önemli ölçüde işçinin menfaatlerine zarar verilmesi ölçütü burada temel alınmalıdır¹³⁶. Başka bir ifadeyle söz konusu kaydın sadece işçinin aleyhine olması veya onun durumunu ağırlaştırması yeterli olmayıp, işçi ve işveren arasında önemli bir dengesizliğe neden olmalıdır¹³⁷. Hal böyleyken TBK'da düzenlenen dürüstlük kurallarına aykırılık hükmünün somutlaştırılmasında ve önemli ölçüde bir dengesizliğin var olduğunun tespitinde, genel iş koşullarının; yasal düzenlemenin temel amacından sapması, sözleşmenin doğasına aykırı nitelikte düzenlenmesi veya şeffaf olmaması kıstaslarının dikkate alınabileceği öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür¹³⁸. Keza BGB'nin 307/2. maddesine göre, bir hükmün, yasal düzenlemenin temel fikirlerinden sapması veya sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan temel hak veya yükümlülükleri, sözleşmenin amacının gerçekleştirilmesini tehlikeye atacak şekilde sınırlandırmasına ilişkin şüphe durumunda ölçüsüz bir şekilde zarar

¹³² ROLLER, Rn.36.

¹³³ ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.16.

¹³⁴ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.356.

¹³⁵ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.316; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.249; ALP, İçerik Denetimi, s. 46; UŞAN, s.253.

¹³⁶ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.316; TBK. 25'te yer alan dürüstlük kurallarına aykırılık ibaresinin önemli bir dengesizliğe yol açması hususunu içerdiği yönünde yorum yapılmasına engel olmadığına ilişkin bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, s.248.

¹³⁷ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.355; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.211-212; Alman hukukundaki içerik denetiminin maddi koşullarının da benzer yönde olduğuna ilişkin bkz. ERTÜRK, s.102.

¹³⁸ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.261-262; CİVAN, Değişiklik Kayıtları, s.792.

vermenin var olduğu kabul edilecektir. Örneğin iş görme ediminin doğrudan karşılığı olan ücretlerin geri alma ve gönüllülük kaydına bağlanması durumunda bu kayıtlar, iş sözleşmesinin doğasına aykırı bir kayıt olarak kabul edilebilecektir¹³⁹. Çünkü işçi, işverenin borcu olan ücret karşılığında iş görme borcunu ifa etmektedir. Aksi takdirde iş görme-ücret ilişkisi ortadan kaldırılabilir¹⁴⁰. Bu nedenle, bir iş karşılığı olan ücretin tamamının veya bir kısmının bu kayıtlara tabi tutulması kabul edilmemektedir¹⁴¹. Keza bu yöndeki kayıtlar, çalışana ölçüsüz bir şekilde zarar vermektedir¹⁴². Bu bağlamda Türk hukukunda asıl ücret noktasında bu kayıtların geçerli olmayacağı ve fakat bazı ücret ekleri/ek ödemeler noktasında düşünülebileceği haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁴³.

4. ŞEFFAFLIK DENETİMİ

Önceden ve tek taraflı olarak hazırlanan sözleşme hükümlerinin, diğer tarafa ölçüsüz bir şekilde zarar vermesi, bu hükümlerin açık ve anlaşılır olmamasından da kaynaklanabilir. Öyle ki bu husus, BGB'nin 307/1. maddesinin 2. cümlesinde “*Ölçüsüz zarar verme, hükmün açık ve anlaşılır olmasından da kaynaklanabilir.*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla şeffaflık ilkesi, ölçülülük kontrolünün bir parçasıdır¹⁴⁴. Türk hukukunda ise TBK'nın 23. maddesinde yorum denetimi düzenlenmekle birlikte bu kayıtların şeffaf olmaması durumunda ölçüsüz olarak kabul edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat kanaatimizce TBK'nın 25. maddesinde yer alan “*dürüstlük kurallarına aykırı olarak*” ifadesi aslında sözleşme hükümlerinin işçinin anlayabileceği şekilde

¹³⁹ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.276.

¹⁴⁰ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.470.

¹⁴¹ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.470; PREIS, AGB-Recht, s.121; ALPAGUT, Değişiklik Kayıtları, s.60

¹⁴² KUNZL, Rn.79a; FANSELOW, Rn. 174.

¹⁴³ YÜCEL, s.57; DURSUN ATEŞ, s.316; CİVAN, Genel İş Koşulları, s.106-107; ÖZTÜRK, s.579,584; Çocuk parası, doğum ve evlenme yardımı, jübile ikramiyeleri, yılbaşı veya bayram nedeniyle yapılan nakdi ve aynı yardımlar gibi ödemeler için değişiklik kayıtlarının sınırlı olarak kabul edilebilir olduğuna ilişkin bkz. ÖZTÜRK, s.579; “*Ücrete ilişkin kayıtlar özellikle işverenin ihtiyari olarak sağladığı ücret ekleri bakımından önem taşırlar. İşveren ihtiyari olarak sağladığı edimlerin iş koşulu haline gelmesini engelleyebilir ve değişen koşullara uyumu bu yolla sağlayabilir.*” (ALPAGUT, Değişiklik Kayıtları, s.59); Doğrudan çalışmanın karşılığı olan ödemelerde daha sıkı bir denetim yapılması ve fakat iş görme karşılığı olmayan ödemelerde daha esnek bir denetim yapılması gereğine ilişkin bkz. ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.22,25.

¹⁴⁴ ROLLER, Rn.37.

kaleme alınması zorunluluğunu da kendi içerisinde barındırmaktadır. Hal böyleyken değişiklik kayıtları; rahat okunabilen, anlaşılır, sade şekilde kaleme alınmalı ve işçinin hangi edimini kapsadığı ve hangi koşullar altında uygulanacağı sözleşmede açıkça belirtilmelidir¹⁴⁵. Keza işveren, değişiklik kayıtlarına sözleşmenin sistematüğinde doğru yerde veya başlık altında yer vermelidir¹⁴⁶. Bu nedenle işçinin, sözleşmede yer alan kaydın ne anlama geldiği ve bu kaydı kabul etmesi durumunda hangi sonuçlarla karşılaşabileceğini öngörebilecek şekilde ve sözleşmenin ilgili yerinde düzenlemesi, şeffaflık ilkesi gereğidir¹⁴⁷.

Değişiklik kayıtlarının işverene genel ve soyut yetki verme şeklinde düzenlenmesi mümkün değildir¹⁴⁸. Dolayısıyla değişikliğin kapsamı noktasında tereddüt yaşanmamalıdır¹⁴⁹. Öyle ki hiçbir sınırlama içermeksizin işçinin her türlü işte çalıştırılabileceği veya işçinin ücretinden sınırsız bir şekilde indirim yapılarak ekonomik riskin işçiye yüklenmesi şeklindeki kayıtlar geçersizdir¹⁵⁰. Öte yandan şeffaflık ilkesi gereği değişikliklerin nedenlerinin düzenlenmesi gerekmele birlikte bu nedenlerin geçerli feshi imkân sağlayacak ağırlıkta olması gerekmez¹⁵¹.

5. KULLANIM/HAKKANİYET DENETİMİ

Yürürlülük, içerik ve şeffaflık denetiminden sonra değişiklik kayıtları, kullanım/hakkaniyet denetimine tabi tutulmaktadır. Kullanım/hakkaniyet denetiminde, değişiklik kayıtlarının işveren tarafından hakkaniyete uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığı incelenmektedir¹⁵².

¹⁴⁵ ROLLER, Rn. 37; ÖZDEMİR, s.40.

¹⁴⁶ ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.18.

¹⁴⁷ Geniş bilgi için bkz. ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.332-336.

¹⁴⁸ YÜCEL, s.59; ALPAGUT Gülsevil, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik" Bankacılar Dergisi, S.65, 2008, s.108 (Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik); ERTUĞRUL, s.161; AYDIN, Değişiklik Kayıtları, s.65; ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.19; SÜZEK, Değişiklik Feshi, s.18.

¹⁴⁹ ALP, İçerik Denetimi, s. 46.

¹⁵⁰ ALPAGUT, Uygulama Alanı, s.61; ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.19.

¹⁵¹ ALP, İçerik Denetimi, s. 49; Buna karşılık doğrudan iş görme ediminin karşılığı olan ücretlerde değişiklik imkânı sağlayan kayıtlarda değişiklik feshini haklı kılabilecek ağırlıkta nedenler gösterilmesi zorunlu olduğuna ilişkin bkz. ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.33.

¹⁵² YÜCEL, s.58; AYDIN, Değişiklik Kayıtları, s.64; "Kullanım denetimi, geçerli olarak doğmuş değişiklik hakkının hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığını belirlemeyi amaçlar" [BAYCIK Gaye, "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", AÜHFHD, C.61, S.2, 2012, s. 487 (Nakil Yetkisi Veren Kayıtlar)].

Dolayısıyla içerik ve şeffaflık denetiminden geçen bir kayıt olsa bile işveren, somut olayda bu hakkını kullanırken hakkaniyete aykırı davranmaz¹⁵³.

Değişiklik kayıtları kullanılırken dürüstlük kuralına da uygun hareket edilmesi gerekmektedir¹⁵⁴. Bu hususun tespitinde; işçiye zarar verme veya cezalandırma amacıyla hareket edilmesi, hiçbir neden yokken bu hakkın kullanılması veya işverenin çelişkili davranışlar göstermesi gibi kıstaslar kullanılabilir¹⁵⁵. Öte yandan özellikle ekonomik nedenlerle gerçekleşen ücret indirimlerinde, bu indirimlerin geçici olması gerektiği öğretide haklı olarak vurgulanmıştır¹⁵⁶. Kanaatimizce bu durum, işverenin dürüst ve samimi olup olmadığının tespitinde kullanılması gereken bir ölçüttür. Yine bazı ücretlerde indirim yapılmasının veya kaldırılmasının sadece bir veya birkaç işçi için söz konusu olması, değişiklik kayıtlarının kullanılmasına sebebiyet veren nedenler gerçekleşmeden veya gerçekleşmiş gibi gösterilerek bu hakkın kullanılması veya nedenler ortadan kalkmasına rağmen kullanılmaya devam edilmesi dürüstlük kuralına aykırı durumlar olarak kabul edilebilir. Keza değişiklik kayıtlarının nedenleri ile yapılan değişikliğin de uyum içinde olması gerekmektedir¹⁵⁷. Dolayısıyla değişiklik kayıtlarının nedenlerine bağlı kalarak ve amacına uygun olarak bu hakkın kullanılmaması durumunda dürüstlük kuralına aykırı davranılmış olur.

Değişiklik kayıtları kullanılırken değişikliğin amacı ve araçları, makul ve uygun bir ilişki içinde olmalıdır. Başka bir ifadeyle değişiklikler yapılırken, orantılılık ilkesine uyulmalıdır¹⁵⁸. Nihayetinde kullanım denetimi ile ilgili öğretide bizim de katıldığımız ve kapsayıcı nitelikteki bir düşünceye göre, *“işverenin değişiklik kayıtlarına dayanarak edimi tek yanlı belirlediği her durumda, işçi, işverenin bu hakkını hakkaniyete uygun, işçinin*

¹⁵³ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 400-401.

¹⁵⁴ Yarg. HGK, T. 18.3.2021, E. 2021/9-112 K. 2021/294 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 02.08.2022); *“...Değişiklik kayıtları hakkaniyet denetimine tabidir. Başka bir anlatımla yargısal denetime tabidir. Söz konusu kayıtlar dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır...”* [Yarg. 9. HD., T. 9.11.2005, E. 2005/4540, K. 2005/35429 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 02.08.2022)]; Yarg. HGK., T. 11.10.2006, E. 2006/9-613 K. 2006/644 (Kazancı İBB, Son Erişim Tarihi: 02.08.2022).

¹⁵⁵ AYDIN, Değişiklik Kayıtları, s.65-66.

¹⁵⁶ ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.31.

¹⁵⁷ ALP, İçerik Denetimi, s. 49.

¹⁵⁸ SINGER, s. 372.

menfaatlerini de gözeterek, eşitlik ilkesine uyararak ve aşırıya kaçan müdahalelerden kaçınarak ölçülü kullanmasını talep edebilir”¹⁵⁹.

II. GÖNÜLLÜLÜK KAYDI (FREIWILLIGKEITSVORBEHALTS)

A. GÖNÜLLÜLÜK KAYDININ AMACI

Tek seferlik ödemeler, süreklilik arz eden ödeme niteliği kazanmadığı gibi işçi için kazanılmış bir hak da doğurmaz. Fakat bir ödemenin aynı koşullarda tekrarlanması durumunda işyeri uygulaması söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte iş sözleşmesinde düzenlenen veya işveren tarafından isteğe bağlı şekilde yerine getirilen bir edim, gelecek için yasal hak talebinin oluşmayacağına ilişkin bir kayıt ile yerine getiriliyorsa işçinin bu talep hakkı ortadan kaldırılır ve aynı zamanda işyeri uygulamasının meydana gelmesi önlenmiş olur¹⁶⁰. İşte bu kayıtlara *gönüllülük kayıtları* denilmektedir.

Edimin gönüllü olarak ve herhangi bir yasal zorunluluk olmaksızın yerine getirildiğine ilişkin bir beyan, işverenin gelecekte sürekli olarak ve aynı şartlarda bu edimi yerine getirme zorunluluğunda kalmak istememesi düşüncesine dayanmaktadır¹⁶¹. Dolayısıyla gönüllük kayıtlarıyla işverence yerine getirilen edimlere yönelik gelecekte yasal talep hakkının ortadan kaldırılması amaçlanır¹⁶². Öte yandan işveren, bir ödeme yapıp yapmayacağına, kime ve hangi koşullarda ödeme yapacağına ilişkin karar verme özgürlüğünü de elde eder¹⁶³. Keza bu kayıtlar ile birlikte işveren, herhangi bir zamanda ve herhangi bir bildirim gerekmeksizin bir edimin yerine getirilmesine de son verebilir¹⁶⁴.

Gönüllülük kayıtları sadece bir defaya mahsus yerine getirilen edimler için değil, tekrarlanan edimlerde bile düzenlenebilir. Bu durumda dahi gönüllülük kaydının yasal talep hakkının oluşmasını önleme fonksiyonu devam eder¹⁶⁵. Ancak ödemenin tekrarlanması durumunda edimlerin gönüllülük esasına dayandığının ve geleceğe yönelik yasal hak

¹⁵⁹ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 404-405.

¹⁶⁰ FANSELOW, Rn.174; SINGER, s.374; LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469; PREIS, AGB-Recht, s.121.

¹⁶¹ WANK, s.44.

¹⁶² FANSELOW, Rn.174; LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469; LAKIES, Sonderzahlungen, s.307.

¹⁶³ LAKIES, Sonderzahlungen, s.307.

¹⁶⁴ KUNZL, Rn. 79a; LEDER, s.95.

¹⁶⁵ KUNZL, Rn. 79a.

talebi oluşturmayacağıının açıkça belirtilmesi gerekli olup, bu şekilde işçide edimlerin gelecekte de yerine getirileceğine dair bir güvenin oluşturulması engellenecektir¹⁶⁶. Keza Türk hukukunda işverenin işyeri uygulaması niteliğindeki tek taraflı ödemeden vazgeçme hakkını saklı tutması durumunda, bu ödemeyi yapma zorunluluğunun ortadan kalkacağı haklı olarak ileri sürülmüştür¹⁶⁷. Aslında Türk hukukunda net olarak adı konulmamış olsa da bu durum, gönüllülük kaydı olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. GÖNÜLLÜLÜK KAYDININ DÜZENLENEBİLECEĞİ ÖDEMELER

Alman hukukunda özel ödemeler noktasında gönüllülük kaydının geçerliliği kabul edilmiştir¹⁶⁸. Özel ödemeler, işveren tarafından aylık ücretlerle birlikte ödenmeyen, ancak belirli durumlarda veya belirli tarihlerde ödenen ücretlerdir¹⁶⁹. Gönüllülük esasına dayanan bu ödemeler için herhangi bir karşı edimi yerine getirme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Öyle ki özel ödemeler, genellikle belirli vesilelerle, örneğin bir yıl dönümü veya yeni yıl için yapılmaktadır¹⁷⁰. Yine özel ödemelerin ortak özellikleri, işçinin süreklilik arz eden ücretine ek olarak verilmeleridir¹⁷¹.

Özel ödemeler çeşitli isimlerle karşımıza çıkabilmektedir. İkramiye, yıl dönümü ikramiyesi, yılsonu ikramiyesi, Noel ikramiyesi, tatil ücreti ödemeleri bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak bir ödemenin bu şekilde isimlendirilmesi, bu ödemenin özel ödeme olarak kabul edilmesi için belirleyici değildir¹⁷². Keza devamlı veya belirli aralıklara ödenen ücretler ile sosyal yardım amacıyla ödenen ücretler arasında ayırım yapılması sorunu ile karşılaşılabiriz. Dolayısıyla ücretin yasal niteliği, yorum yapılarak belirlenmelidir¹⁷³.

¹⁶⁶ SINGER, s.372.

¹⁶⁷ ERTÜRK, s.96; SÜZEK, Genel İş Koşulları, s.10.

¹⁶⁸ LUNK Stefan/LEDER Tobias, "Der Arbeitsvertrag – Einzelne Vertragsklauseln", NJW, Heft:52, 2015, s.3767; LAKIES, Sonderzahlungen, s.307.

¹⁶⁹ LAKIES, Sonderzahlungen, s.306.

¹⁷⁰ LAKIES, Sonderzahlungen, s.307.

¹⁷¹ LAKIES, Sonderzahlungen, s.307.

¹⁷² LAKIES, Sonderzahlungen, s.306.

¹⁷³ LAKIES, Sonderzahlungen, s.306.

Alman hukukunda, geri alma kaydının aksine, toplam ücretin % 25'lik sınırını aşmaması kuralı gönüllülük kayıtlarında uygulanmaz¹⁷⁴. Dolayısıyla miktar sınırı olmaksızın özel ödemelerin bir kısmının veya hepsinin yerine getirilmesi zorunluluğu gönüllülük kaydına istinaden ortadan kaldırılabilir.

Türk hukukunda ise gönüllülük kaydı, iş görme ediminin doğrudan karşılığı olan ücretler için olmamakla birlikte iş görme ediminin doğrudan karşılığı olmayan ek ödemeler ve özellikle de sosyal yardım niteliğindeki ödemeler için geçerli kabul edilebilir¹⁷⁵. Ücretin işin görülmesinin karşılığı dışında başka bir amaçla ödenmesi durumunda söz konusu ücret, iş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturmaz¹⁷⁶. Ancak öğretilerde düzenli ve belirli aralıklarla ödenen ücret eki veya aynı yardımların doğrudan işin karşılığı olduğu ileri sürülmüştür¹⁷⁷. Dolayısıyla aynı anda veya yakın bir zamanda temel ücretle yakın bağlantılı olarak verilen ödemelerin de gönüllülük esasına dayandığı düşünülemez¹⁷⁸. Hal böyleyken ödeme zamanı da süreklilik arz eden ödemelerin tespitinde belirleyicidir¹⁷⁹.

Türk hukukunda işverence ödenen yılbaşı ikramiyesi, bayram ikramiyesi, evlenme, doğum ve ölüm nedeniyle yapılan nakdi veya aynı ödemeler, jestiyon ücreti, yemek ve seyahat ödenekleri, yakacak, barınma, kırtasiye ve kıyafet yardımı gibi ödemeler kanaatimizce Alman hukukundaki özel ödemeler gibi değerlendirilebilir ve bu ödemeler için gönüllülük kaydı düzenlenebilir. Çünkü bu tip ödemeler doğrudan çalışma karşılığı olmayan ödemelerdir¹⁸⁰. Ayrıca bu ödemelere son verilmesi durumunda taraflar arasındaki menfaat dengesinin önemli ölçüde bozulduğu söylenemez¹⁸¹. Keza Alman hukukunda da bir işçinin, özel

¹⁷⁴ FANSELOW, Rn.175; Gönüllülük kaydıyla elde edilebilecek esneklik hacmi, toplam ücretin belirli bir yüzdesi ile sınırlı olmadığına ilişkin bkz. LEDER, s.97.

¹⁷⁵ CİVAN, Değişiklik Kayıtları, s. 795; ÖZTÜRK, s.579; Gönüllülük kaydının iş görme ediminin karşılığı olan ödemeler için söz konusu olmamasına rağmen ek ödemeler için düşünülebileceğine ilişkin bkz. ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.386.

¹⁷⁶ ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.390.

¹⁷⁷ ÖZTÜRK, s.579; ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.390; CİVAN, Değişiklik Kayıtları, s.798.

¹⁷⁸ LEDER, s.95.

¹⁷⁹ LEDER, s.95.

¹⁸⁰ ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.22.

¹⁸¹ ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.22.

ödemelerin devam edeceğine yönelik güveninin mutlak suretle korumaya değer olmadığı kabul edilir¹⁸². Dolayısıyla özel ödemelerin gönüllülük kaydına bağlanması, işçiye ölçüsüz bir şekilde zarar verecek nitelikte değildir¹⁸³.

C. GÖNÜLLÜLÜK KAYDININ DENETİMİ

İşverenin taahhüt ettiği edimi kısıtlayan, değiştiren veya şekillendiren sözleşme hükümleri içerik denetimine tabi¹⁸⁴ olduğundan gönüllülük kayıtları için de içerik denetimi söz konusudur. İçerik olarak kontrol edilemeyen bir gönüllülük kaydına izin verilmesi durumunda, tek taraflı değişiklik kayıtlarına karşı genel işlem koşulları tarafından garanti edilen koruma zarar görecektir¹⁸⁵. Bu sebeple gönüllülük kaydının dürüstlük kuralına aykırı olarak işçiye ölçüsüz bir şekilde zarar vermediğinin incelenmesi gerekir¹⁸⁶. Aynı şekilde işverenin edim-karşı edim ilişkisi içerisindeki ödemeler için böyle bir kaydı koyup koymadığı da bu kapsamda denetlenmelidir.

Süreklilik arz eden ödemeler için gönüllülük kaydının düzenlenmesi durumunda, işçiye ölçüsüz bir şekilde zarar verileceğinden bu kayıtlar geçerli kabul edilmemelidir¹⁸⁷. Keza süreklilik arz eden ücret bileşenlerine ilişkin olarak düzenlenen gönüllülük kayıtları da kabul edilmez¹⁸⁸. Çünkü çalışan, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın taahhüt edilen ücretin sürekliliğine güvenir ve hayatını buna göre ayarlar¹⁸⁹.

Gönüllülük kaydına bağlan ödemelerin miktarı, bu kayıtların geçerliliğinde herhangi bir rol oynamamaktadır¹⁹⁰. Bununla birlikte gönüllülük kaydı, türü ve hak ediş nedeninden bağımsız olarak gelecekteki tüm edimleri kapsaması durumunda ölçüsüz bir zarar ortaya çıkar¹⁹¹. Çünkü süreklilik arz eden ödemelerin de gönüllülük kaydı kapsamına alınması

¹⁸² LEDER, s.95.

¹⁸³ PREIS, AGB-Recht, s.121.

¹⁸⁴ LAKIES, Sonderzahlungen, s.306.

¹⁸⁵ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.470.

¹⁸⁶ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.470.

¹⁸⁷ KUNZL, Rn.79a; FANSELOW, Rn.174.

¹⁸⁸ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.471.

¹⁸⁹ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.471.

¹⁹⁰ LEDER, s.95.

¹⁹¹ KUNZL, Rn.79a; LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.471; LAKIES, s.308; ROLLER, Rn.46.

ihhtimali ortaya çıkabilecektir ki bu durum, edim-karşı edim dengesini bozar. Dolayısıyla gönüllülük kaydı, şeffaflık ilkesinin gereği olarak da hangi ödemeler için geçerli olacağını açıkça belirtmelidir.

İçerik denetimi ile birlikte gönüllülük kayıtlarında şeffaflık denetimi de yapılmalıdır¹⁹². Dolayısıyla şeffaflık ilkesinin gereklerini karşılamak için, gönüllülük kayıtları açık ve net olarak düzenlenmelidir. Öte yandan gönüllülük ve geri alma kayıtlarının birleşimi olarak, örneğin “*Ödeme isteğe bağlıdır ve her zaman iptal edilebilir*” şeklinde düzenlenen bir kayıt, şeffaflık şartını zedelemesinden dolayı geçersizdir¹⁹³. Bu durumda işçi, taahhüt edilen edimin ne ölçüde hariç bırakıldığını öngöremez veya işveren için tek taraflı olarak geri alma hakkının düzenlendiğinin farkına varamaz¹⁹⁴.

D. GÖNÜLLÜLÜK KAYDININ DÜZENLENMESİ

Bir ödemenin “*gönüllü ödeme*” olduğu veya “*gönüllü olarak sağlandığı*” ifadeleriyle düzenlenmesi, işverenin gelecekte bu edimleri yerine getirme hakkını saklı tuttuğunu henüz açık ve net olarak belirtmiş değildir¹⁹⁵. Keza belirli edimlerin sözleşmede “*gönüllü sosyal edimler*” başlığı altında listelenmesinde de aynı durum geçerlidir¹⁹⁶. Çünkü böyle bir düzenleme, herhangi bir yasal zorunluluk veya toplu iş sözleşmesi hükmü olmaksızın edimin gönüllü olarak taahhüt edildiği şeklinde yorumlanabilir¹⁹⁷. Bu sebeple ödemeler yapılmakla birlikte gelecekte yasal bir talep hakkının doğmayacağı açıkça belirtilmelidir¹⁹⁸. Örnek olarak, kayda bağlanan ödemelerin “*yasal talep hakkı doğurmayan gönüllü ödemeler*” şeklinde düzenlenmesi tavsiye edilebilir¹⁹⁹. Keza süreklilik arz eden ücrete ilave yapılan ödemeler için iş sözleşmesinde “*herhangi bir zamanda iptal*

¹⁹² WANK, s.45; Şeffaflık kontrolünün, özel ödemeler için de geçerli olacağına ilişkin bkz. LAKIES, Sonderzahlungen, s.306.

¹⁹³ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469; LAKIES, Sonderzahlungen, s.307; FANSELOW, Rn.176.

¹⁹⁴ KUNZL, Rn.79c.

¹⁹⁵ KUNZL, Rn.79b; LEDER, s.95; LAKIES, Sonderzahlungen, s.307.

¹⁹⁶ LAKIES, Sonderzahlungen, s.307.

¹⁹⁷ KUNZL, Rn.79b; LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469; LAKIES, Sonderzahlungen, s.307.

¹⁹⁸ KUNZL, Rn.79b; LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469; FANSELOW, Rn.175.

¹⁹⁹ PREIS, AGB-Recht, s.121.

edilebilecek gönüllü bir ödemedir” ifadesi yer alıyorsa bu kayıt, gönüllülük kaydı olarak değil, bir geri alma kaydı olarak yorumlanmalıdır²⁰⁰.

Gönüllülük kaydında, yasal bir zorunluluk olmaksızın ödemenin yapıldığının bir kere belirtilmesi yeterli olup, her ödeme için ayrı ayrı açıkça beyan edilmesi gerekli değildir²⁰¹. Örneğin *“ikramiye veya diğer ek tek seferlik ödemeler, isteğe bağlıdır. İşveren, ödemeye kendi takdirine bağlı olarak karar verir. Tekrarlanan ödemelerde bile, gelecek için hiçbir yasal talep yoktur”* ifadesi yeterlidir²⁰².

Alman hukukunda, uygulamada, gönüllülük kaydının düzenlenmesine ilişkin iki aşamalı bir süreç önerilmektedir. Buna göre, iş sözleşmesinde gönüllüğe ilişkin genel bir kaydın düzenlenmesi (1 numaralı paragraf) ve sonra her ödeme için ayrı ayrı gönüllülük kaydının beyan edilmesi (2 numaralı paragraf) ²⁰³. Örnek olarak;

“1. İşveren tarafından mevcut ücrete ek olarak başka özel ödemeler (örneğin Noel veya tatil ücreti) yapılması durumunda, bu ödemeler, gönüllü olarak ve gelecek için herhangi bir yasal talep hakkı vermeksizin yapılır. Gelecek için yasal talep hakkı, özel ödemelerin tekrarlanması durumunda bile haklı kabul edilmez. Gelecekte benzer bir ödemenin yapılması işverenin özgür ve sınırsız takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle bir işyeri uygulamasının meydana gelmesi, bu tür özel ödemeler açısından geçerli değildir.

2. Bu Noel ikramiyesi, gönüllü olarak ve gelecek için yasal bir hak talebinde bulunmadan verilir. İşveren, gelecek yıl bir Noel ikramiyesinin tekrar verilip verilmeyeceğine ve ne kadar miktarda verileceğine karar vermekte özgür olacaktır²⁰⁴.” ifadeleri bütün gereklilikleri yerine getirmiş bir gönüllülük kaydı olacaktır.

²⁰⁰ SINGER, s.372.

²⁰¹ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469.

²⁰² LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469.

²⁰³ LUNK/LEDER, s.3767.

²⁰⁴ LUNK/LEDER, s.3767.

III. GERİ ALMA/DEĞİŞİKLİK KAYITLARI (WIDERRUFSVORBEHALTS / ÄNDERUNGSVORBEHALT)

A. GERİ ALMA/DEĞİŞİKLİK KAYITLARININ AMACI

Geri alma/değişiklik kaydı ile işveren, taahhüt edilen edimi tek taraflı olarak geri alma veya değiştirme hakkını saklı tutmaktadır²⁰⁵. Değişiklik kaydında işveren, sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılması yolunu açık bırakırken geri alma kaydı, sözleşmede yer alan taahhütlerden dönülebileceği yetkisini işverene sağlamaktadır²⁰⁶.

Geri alma kaydı, değişiklik kaydının tipik bir türüdür²⁰⁷. Buna karşın gönüllülük kaydı ile geri alma/değişiklik kaydı farklı amaçlara hizmet etmektedir. Gönüllülük kaydı, sözleşmeye bağlı bir hak talebinin oluşmasını önleme ve işverene edimin yerine getirilmesi noktasında karar verme özgürlüğü sağlarken²⁰⁸, geri alma/değişiklik kayıtlarında işveren, taahhüt edilen edimi daha sonra tek taraflı olarak iptal etme veya değiştirme hakkını saklı tutmaktadır²⁰⁹. Keza gönüllülük kayıtlarında baştan itibaren yasal hak talebi oluşmazken, geri alma/değişiklik kaydında işveren, iş sözleşmesinde taahhüt edilen edimi baştan itibaren yerine getirmekle yükümlüdür. Fakat işveren, gelecekte ilgili edimi bütün olarak veya aynı şartlarda yerine getirmek istemiyorsa geri alma/değişiklik kaydını kullanabilecektir²¹⁰. Böylelikle başta bu ödemeyi yapmakla yükümlü olan işveren, bu kayıt sayesinde taahhüt edilen edimi yerine getirmeyecek veya içeriğini değiştirebilecektir.

B. GERİ ALMA/DEĞİŞİKLİK KAYITLARININ DÜZENLENEBİLECEĞİ ÖDEMELER

Prensip olarak, işletmenin ekonomik gelişiminin belirsizliği ve istihdam ilişkisinin genel gelişimi nedeniyle belirli edimlerin esnek bir şekilde tasarlanması kabul edilebilir²¹¹. Özellikle de ekonomik zorluklarla mücadele ederken işverenin bu kayıtlara olan gereksinimi en yüksek seviyede olacaktır. Aslında bu kayıtlar ile ekonomik riskin işçiye yüklendiği

²⁰⁵ LAKIES, Sonderzahlungen, s.307; STOFFELS Markus, "Neues zu Widerrufsvorhalten in Arbeitsverträgen" NZA, Heft:19, 2017, s.1217.

²⁰⁶ WANK, s.45.

²⁰⁷ LAKIES, Sonderzahlungen, s.308.

²⁰⁸ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469.

²⁰⁹ LAKIES, Sonderzahlungen, s.307; FANSELOW, Rn.177; KUNZL, Rn.107.

²¹⁰ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469; SPINNER, Rn.358.

²¹¹ STOFFELS, s.1219.

düşünülebilir. Fakat öğretilerde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre işveren, iş sözleşmesini işletme gereklerine dayanarak feshetmesi durumunda aslında bir yönden ekonomik riski işçiye yüklemektedir²¹². Dolayısıyla ekonomik risk, işverene tanınan fesih hakkıyla bile bir noktada işçiye yüklenirken bu riskin işçiye yüklenemeyeceği düşünülmesiyle söz konusu kayıtlara geçerlilik tanımamak gerçekçi gözükmemektedir. Bununla birlikte geri alma/değişiklik kayıtları, ekonomik riskin çalışana makul olmayan bir şekilde yüklenmesine de yol açmamalıdır²¹³. Dolayısıyla ekonomik riskin tamamen çalışana yüklenmesini önlemek için bu kayıtların kapsamının sınırlandırılması gerekir²¹⁴. Bu bağlamda istihdam ilişkisinin temel alanına müdahale edecek şekilde bu kayıtların kullanılmasına izin verilmez²¹⁵.

Edim ve karşı edim dengesi bu kayıtlarla bozulmuş olmasına rağmen fiilen yapılan ödemenin yalnızca objektif nedenlerle iptal edileceği veya azaltılacağı güveni yaratıldığından ve bu durum iş sözleşmesinde resmi olarak beyan edildiğinden geri alma/değişiklik kayıtları geçerli kabul edilmelidir²¹⁶. İş görme borcunun doğrudan karşılığı olmayan edimlerinin değişmeden sürdürülmesine ilişkin işçinin menfaati, iş görme borcunun karşılığı olan edimler kadar korunmaya değer değildir²¹⁷. Hal böyleyken Alman hukukunda değişiklik veya iptal kayıtları, ilke olarak ücret bileşenleri veya özel ödemeler/gönüllü sosyal yardımlar için kabul edilir²¹⁸. Buna karşılık edim ve karşı edim arasındaki dengeyi bozacak şekilde iş sözleşmesinin esaslı unsurlarının tek taraflı bir değişiklik/geri alma kaydına tabi tutulması mümkün değildir²¹⁹. Bu durum Türk

²¹² ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.16.

²¹³ PLETKE Matthias /SCHRADER Peter/SIEBERT Jens/THOMS Tina /KLAGGES Rhea-Christina, *Rechtshandbuch Flexible Arbeit, B. Dimensionen der Flexibilisierung*, 1. Auflage, Beck Verlag, München, 2017, Rn.895; SPINNER, 362,363; STOFFELS, s.1219.

²¹⁴ SINGER, s.374.

²¹⁵ PLETKE/SCHRADER/SIEBERT/THOMS/KLAGGES Rn.895; STOFFELS, s.1219; SINGER, s.374.

²¹⁶ LAKIES, *Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen*, s.470

²¹⁷ SINGER, s.366.

²¹⁸ KUNZL Rn.79f; Yapılan işin karşılığı olarak kabul edilemeyecek tüm ödemeler için geçerli olduğuna ilişkin bkz. SINGER, s.366

²¹⁹ KUNZL Rn.79f; PREIS Ulrich, *Kündigungsgesetz Gross Kommentar zum Gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, 1. Teil E. Arten der Kündigung, 6. Auflage, Hrsg.:LINCK Rüdiger/PREIS Ulrich/SCHMIDT Ingrid, Beck Verlag, München 2021, Rn. 18 (Kündigungsgesetz).

Hukukunda da temel alınıp, geri alma kaydı, iş görme borcunun doğrudan karşılığı olan ücretler için söz konusu olmamakla birlikte iş görme ediminin doğrudan karşılığı olmayan ek ödemeler ve özellikle de sosyal yardım niteliğindeki ödemeler için geçerli kabul edilebilir²²⁰. Örneğin performans ödenekleri²²¹, şirkete sadakati ödüllendirmek için yapılan ödemeler, evlenme veya doğum gibi özel günler için yapılan ödemeler, jestion ücreti, yemek ve seyahat ödenekleri, bu kapsamda değerlendirilebilir²²². Yine kanaatimizce yılbaşı ikramiyesi, bayram ikramiyesi, yakacak, barınma, kırtasiye ve kıyafet yardımı gibi ödemeler de geri alma kaydına bağlanabilir. Zaten işveren bu tür ödemeleri iş görme edimin karşılığı olarak değil, genellikle nitelikli çalışanları cezbetme veya elde tutma amacı ile yerine getirmektedir²²³.

C. GERİ ALMA/DEĞİŞİKLİK KAYITLARININ DENETİMİ

Alman hukukunda, BGB'nin 308/4. maddesine göre değişiklik kayıtları; *"Kullanıcının çıkarları dikkate alınarak, kullanıcının taahhüt edilen edimi değiştirme veya bundan ayrılma hakkının düzenlenmesi diğer taraf için makul değilse, bu genel işlem koşulu geçersiz olacaktır."* Aslında ilgili hüküm, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin yerine getirilmesini amaçlamaktadır²²⁴. Bununla birlikte üzerinde anlaşmaya varılan edimi değiştiren veya bu edimlerden ayrılan kayıtları özel olarak düzenlediğinden ve geri alma/değişiklik kayıtları için bu madde özel bir hüküm olduğundan BGB'nin 307/1. maddesine göre uygulama önceliğine sahiptir²²⁵. Dolayısıyla geri alma/değişiklik kaydı, BGB'nin § 308/4. maddesindeki resmi gerekliliklerini karşılamalıdır.

Türk hukukunda geri alma/değişiklik kayıtlarının, TBK'nın 25. maddesi gereği dürüstlük kuralına uygun olarak karşı tarafın aleyhine

²²⁰ CİVAN, Değişiklik Kayıtları, s. 798; İş görme ediminin karşılığı olmayan, tam anlamıyla sosyal yardım amaçlı bir takım aynı ve nakdi ödemeler için geri alma hakkının saklı tutulabileceğine ilişkin bkz. BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.220; Ücretin ancak belirli bir kısmı veya belirli ücret ekleri ile sınırlı bir değişiklik yetkisi tanınmasının kabul edilebileceğine ilişkin bkz. ALP, İçerik Denetimi, s. 49.

²²¹ KUNZL, Rn.79f; PREIS, Kündigungsgesetz, Rn. 18.

²²² SINGER, s.366.

²²³ SINGER, s.366.

²²⁴ JACOBS Matthias, BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht, BGB § 308, 56. Edition, Hrsg. ROLFS Christian/GIESEN Richard, /KREIKEBOHM Ralf, /UDSCHING Peter, 2020, Rn. 8.

²²⁵ JACOBS, Rn. 9; SPINNER, Rn.360; LAKIES, Sonderzahlungen, s.308.

veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte düzenlenmemesi gerekmektedir. Daha önce de vurguladığımız üzere öğretilerde bizim de katıldığımız bir görüşe göre TBK'nın 25. maddesinde yer alan dürüstlük kurallarına aykırılık ibaresi, önemli ölçüde bir dengesizliğe yol açması hususunu da içermektedir²²⁶. Dolayısıyla bir yönüyle Alman hukukunda geçerli olan bu kayıtların makul/ölçülü olarak düzenlenmesi ve taraflar arasında dengenin gözetilmesi hususlarının Türk hukuku için de geçerli olacağı düşünülebilir. Bu bağlamda da düzenleyenin (işverenin) menfaatleri göz önünde bulundurularak, taahhüt ettiği bir edimi değiştirebileceği veya bunlardan ayrılabilmesine ilişkin bir kayıt, sözleşmenin karşı tarafı (işçi) için makul/ölçülü değilse geçersizdir²²⁷. Buna karşın tarafların menfaatlerinin dengelenmesi durumunda işçi için ölçülülük/makullük sağlanmış olacaktır²²⁸. Dolayısıyla işveren, bu kayıtları düzenlerken karşılıklı çıkarları uygun şekilde hesaba katması gerekir²²⁹. Başka bir ifadeyle değişiklik nedenlerinin objektif, yeterli ve kesin olması, çıkar dengesinin her durumda gözetilmesi ve işçi için kaydın makullüğü/ölçülülüğü sağlanmalıdır²³⁰. Yine geri alma/değişiklik kayıtlarına istinaden yapılan değişikliklerin sebepsiz yere yapılmaması, ancak koşulların belirsiz gelişimi nedeniyle bir uyarılma aracı olarak kullanılmasında bu kayıtlar, makul/ölçülü olarak kabul edilecektir²³¹. Ayrıca makullük/ölçülülük, özellikle iptal edilecek edimin türüne ve miktarına, kalan kazanç miktarına ve çalışanın işyerindeki konumuna da bağlıdır²³².

Sözleşme hükümlerinde değişiklik yapma hakkı, ahde vefa ilkesinden ayrılmaktadır²³³. Dolayısıyla geri alma/değişiklik kayıtları, genel

²²⁶ CİVAN, Genel İş Koşulları, s.248.

²²⁷ SPINNER, Rn. 361; JACOBS, Rn.8; KUNZL, Rn.109; PLETKE/SCHRADER/SIEBERT/THOMS/KLAGGES, Rn. 893.

²²⁸ SINGER, s.367.

²²⁹ STOFFELS, s.1220.

²³⁰ SPINNER, Rn.362; İşverenin geri alma için objektif nedenlerinin olması, somut olayın esaslı koşullarının ve her iki tarafın çıkarlarının hesaba katılması ve bunların birbirlerine kıyaslanması durumunda geri almanın haklı olabileceğine ilişkin bkz. KUNZL, Rn.110.

²³¹ SPINNER, s.361; LAKIES, Sonderzahlungen, s.308; KUNZL, Rn.79e.

²³² SPINNER, Rn.362; PLETKE/SCHRADER/SIEBERT/ THOMS/KLAGGES, Rn. 895; STOFFELS, s.1219; SINGER, s.367.

²³³ LAKIES, Sonderzahlungen, s.308.

işlem koşulları denetimine tabidir²³⁴. Geri alma/değişiklik kayıtları öncelikle içerik olarak daha sonra şeffaflık açısından kontrol edilir. Bu kapsamda ilk olarak, geri alma/değişiklik kaydının şartlarının oluşup oluşmadığı dikkate alınarak bu kayıtların işçi için makul/ölçülü olması gerektiği kontrol edilecektir. Bu aşamada işveren tarafından sağlanan telafi edici nitelikteki uygulamalar da dikkate alınmalı ve kapsamlı bir şekilde menfaat dengesinin tartımı yapılmalıdır²³⁵. İkinci olarak geri alma/değişiklik kaydının yeterli düzeyde şeffaf olarak düzenlendiği kontrol edilir²³⁶. Hal böyleyken bu kayıtlara tabi tutulan edimler ve kayıtların kullanılabilmesi olası nedenler sözleşme metninde açıkça belirtilmelidir²³⁷. Bu şartlar altında geri alma/değişiklik kayıtlarında şeffaflık kurallarına uyulmalı²³⁸ ve bu kayıtlar bütün olasılıklar dikkate alınarak gerekçelendirilmelidir²³⁹.

Geri alma/değişiklik kayıtlarının kapsamı ve koşulları belirli olmalıdır²⁴⁰. Başka bir ifadeyle bu kayıtların kapsadığı edimin türü ve miktarının yanı sıra bu kayıtların kullanımına ilişkin nedenlerin de kayıtların lafzından anlaşılabilmesi gerekir²⁴¹. Dolayısıyla kullanımını tamamen işverenin takdirine bırakacak ve objektif nedenlere yer vermeyecek şekilde bu kayıtların düzenlenmemesi gerekmektedir²⁴². Aksi takdirde bu kayıtların ölçüsüz ve dolayısıyla geçersiz olduğu kabul edilmelidir²⁴³. Keza böyle bir düzenlemeyle işçi, gelecekte nelerle karşılaşabileceğini öngöremediğinden şeffaflık ilkesi de ihlal edilir²⁴⁴. Hal böyleyken işçi, bu kayıtların gündeme gelebileceği koşulları öngörebilmelidir²⁴⁵.

²³⁴ FANSOLW, Rn. 177; LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469

²³⁵ KUNZL, Rn.111.

²³⁶ KUNZL, Rn.111.

²³⁷ KUNZL, Rn.111; SPINNER, Rn. 363.

²³⁸ LAKIES, Sonderzahlungen, s.308.

²³⁹ SPINNER, Rn. 362; STOFFELS, s.1219.

²⁴⁰ LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s. 469; JACOBS Rn. 17; SPINNER, Rn.363.

²⁴¹ FANSELOW, Rn.177; LAKIES, Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen, s.469; JACOBS, Rn.17; PLETKE/SCHRADER/SIEBERT/ THOMS/KLAGGES, Rn. 894.

²⁴² JACOBS, Rn.17.

²⁴³ SPINNER, Rn.364; LAKIES, Sonderzahlungen, s.308; STOFFELS, s.1218; PLETKE/SCHRADER/SIEBERT/ THOMS/KLAGGES, Rn. 894.

²⁴⁴ ROLLER, Rn.45.

²⁴⁵ PLETKE/SCHRADER/SIEBERT/ THOMS/KLAGGES, Rn. 894.

Gerici alma/değişiklik kayıtlarının kullanımına ilişkin şartlar, öznel yani yalnızca işvereniii sübjektif anlayışına bağlı olmamalıdır²⁴⁶. Aksine geri alma/değişiklik kayıtlarının objektif nedenlere bağlanması ve bu nedenlerin kayıtların lafzından anlaşılması durumunda ölçülü/makul kabul edilecektir²⁴⁷. Öte yandan objektif nedenler, işçinin kolaylıkla anlayabilmesi için somutlaştırılmalıdır. Bu bağlamda ilgili kayıtların kullanım şartları; şirketin ekonomik sıkıntısı, yetersiz ciro/kar, beklenen ekonomik gelişmeyi başaramama, çalışanın ortalamasının altında performans göstermesi, ciddi görev ihlali şeklinde somutlaştırılabilir²⁴⁸. Ancak bu kayıtların kullanım şartlarının ekonomik nedenler, çalışanın davranışları veya çalışanın performansı şeklinde genel olarak belirtmesi de Alman öğretisinde yeterli kabul edilmiřtir²⁴⁹.

Gerici alma/değişiklik kayıtlarına ilişkin objektif nedenlerin somutlaştırılması seviyesi her durum için farklılık gösterebilir. Alman hukukunda geri alınacak ücretin miktarının % 25-30 sınırına yaklaşması durumunda bu kayıtların kullanım şartlarının daha ağır bir şekilde düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüřtür²⁵⁰. Buna karşın Türk hukukunda geri alma/değişiklik kayıtlarının miktarına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat Türk hukukunda da benzer bir yaklaşım kabul edilebilir. Yani bu kayıtlara istinaden geri alınan ücretin miktarı yükseldikçe bu şartların daha belirgin ve somut şekilde düzenlenmesi önerilebilir.

İçerik ve şeffaflık denetimi ile birlikte geri alma/değişiklik kayıtlarının kullanımı da kontrol edilmelidir. Başka bir ifadeyle bu kayıtlar için öngörülen objektif şartların gerçekten mevcut olduğu kontrol edilecektir²⁵¹. Bu kayıtlar, her zaman hakkaniyete uygun şekilde kullanılmalıdır²⁵². Öyle ki bu kayıtların uygulanmasına ilişkin objektif nedenler ne kadar muğlak bir şekilde düzenlenirse, işveren, bu hakkını kullanırken o kadar çok uygulama/hakkaniyet denetimine maruz kalacaktır²⁵³.

²⁴⁶ SPINNER, Rn.363.

²⁴⁷ PLETKE/SCHRADER/SIEBERT/ THOMS/KLAGGES, Rn. 894.

²⁴⁸ SPINNER, Rn.363; LAKIES, Sonderzahlungen, s.308; STOFFELS, s.1218; FANSELOW, Rn. 177.

²⁴⁹ KUNZL, Rn. 111.

²⁵⁰ LEDER, s.97.

²⁵¹ FANSELOW, Rn.177.

²⁵² FANSELOW, Rn.177.

²⁵³ STOFFELS, s.1220.

Geri alma/değişiklik kayıtlarına ilişkin objektif nedenlerin varlığı büyük ölçüde somut olaya göre değerlendirilecektir²⁵⁴. Örneğin ekonomik nedenlere bağlı olarak bu kayıtların kullanılması durumunda işletmenin ekonomik sıkıntısının mevcut olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir²⁵⁵. Özellikle kar veya ciroda yaşanan düşüşün tespiti tartışmalı bir konudur. Çünkü kar edilmiş bir önceki yıla istinaden karlarda veya satışlarda olağan düşüşler olabilir. Ancak bu kayıtların, her kar/ciro kaybı veya siparişlerde azalma gibi olağan dalgalanmaların etkisini kırarak bir araç şeklinde düzenlenmesine izin verilmemelidir²⁵⁶. Kanaatimizce ticari hayatın olağan gelişimi dışında seyreden ve ekonomik açıdan acil müdahale gerektiren durumlarda bu kaydın uygulanması gerekmektedir.

D. GERİ ALMA/DEĞİŞİKLİK KAYITLARININ DÜZENLENMESİ

Alman hukukunda, karşılıklı edimler için geri alınabilir kısım, toplam ücretin % 25'in altında olması ve toplu iş sözleşmesi ile belirlenen ücretin altına düşülmemesi şartlarına bağlıdır²⁵⁷. Dolayısıyla geri alma kayıtlarıyla çalışanın ücretinin asgari ücretin altına çekilemeyeceği, ekonomik acil bir durum olsa bile bu şekilde bir geri almanın tarafların tasarrufunda olmadığı kabul edilmelidir²⁵⁸. Ayrıca, iş görme ediminin doğrudan karşılığı olmayan, aslında işçiye ait bir masrafın işveren tarafından karşılanması şeklinde sağlanan ücret eklerinde (örneğin seyahat masraflarının ödenmesi), geri alınabilir kısım %30'a kadar yükseltilebilir²⁵⁹. Öyle ki Alman hukukunda, toplam ücretin geri alınabilir kısmının %25'i geçmemesi ve toplu iş sözleşmesi ile belirlenen asgari ücretin altına düşülmemesi durumunda sözleşmenin temel alanın henüz etkilenmediği kabul edilmiştir²⁶⁰.

²⁵⁴ SINGER, s.367.

²⁵⁵ STOFFELS, s.1220.

²⁵⁶ STOFFELS, s.1218.

²⁵⁷ LAKIES, Sonderzahlungen, s.308; FANSELOW, Rn.177; JACOBS, Rn.15; PLETKE/SCHRADER/SIEBERT/ THOMS/KLAGGES, Rn. 895; LUNK/LEDER, s.3767.

²⁵⁸ STOFFELS, s.1220.

²⁵⁹ LAKIES, Sonderzahlungen, s.308; FANSELOW, Rn.177; JACOBS, Rn.15; STOFFELS, s.1219; ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.22.

²⁶⁰ KUNZL Rn.79f.

Alman hukukundaki bu uygulamanın, yani ücretin saklı kısmının %70 olarak belirlenmesinin Türk hukukunda da uygulanabileceği ve işçinin ücretinin %30'u oranındaki kısmının geri alınabileceği ileri sürülmüştür²⁶¹. Hatta geri alma kayıtlarının sınırı ile ilgili olarak İş Kanununun 35. maddesinde düzenlenen ücretin saklı kısmının, başka bir ifadeyle %75'nin dokunulmaz olduğu kuralının hukukumuz için geçerli ve genelleştirmeye uygun olduğu ve toplam ücretin %25'lik kısmının değiştirilebileceği ileri sürülmüştür²⁶². Türk hukukunda geri alma kaydı için bir sınır belirlenmediğinden kanaatimizce, doğrudan iş görme karşılığı olmayan edimler için İş Kanununun 35. maddesinde düzenlenen %25'lik sınırın uygulanabileceği makul gözükmektedir²⁶³.

Geri alma/değişiklik kayıtları düzenlenirken, işverenin bu hakkı kullanabileceği zaman diliminin belirlenmesi gerekli değildir²⁶⁴. Ancak geri alma/değişiklik kayıtlarının uygulanacağı miktarın sözleşmede mümkün olduğu kadar açık ve net olarak belirtilmesi tavsiye edilmektedir²⁶⁵. Yine satış ve kar/ciro düşüşünün belirli bir oran veya yüzdeye bağlanması uygun olacaktır²⁶⁶. Bütün bu durumları dikkate alarak bir örnek vermek gerekirse, yılbaşı ikramiyesi verilmesi ile ilgili geri alma kaydı, aşağıdaki şekilde düzenlenebilir:

“ (1) İşveren, çalışana özel bir bonus olarak yıllık ... tutarında yılbaşı ikramiyesi verir.

(2) İşveren, (çalışanın toplam ücretinin% 25'ten daha az olacak şekilde) ekonomik nedenlerin olması halinde özel ödeneği geri alma hakkını saklı tutar. Ekonomik nedenler, özellikle, ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere, satışlarda ve/veya kârda bir düşüş (Özellikle şirketin kârında en az % ... oranında

²⁶¹ ALP, Tek Taraflı Ücret Değişikliği, s.23.

²⁶² ALP, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.384; Aksi görüş bkz. ÖZTÜRK, s.584; BAYCIK, Yenilik Doğuran Haklar, s.219.

²⁶³ Benzer şekilde bkz. CİVAN, Genel İş Koşulları, s.106-107

²⁶⁴ FANSELOW, Rn.177; JACOBS, Rn.17; “İptal rezervasyonu ile işveren, sınırsız bir süre için bir taahhüt edilen bir edimi, gelecekte iptal etme hakkını saklı tutar.” (SPINNER, Rn.358).

²⁶⁵ SPINNER, Rn.363; LAKIES, Sonderzahlungen, s.308; STOFFELS, s.1218; SINGER, s.370.

²⁶⁶ “Özellikle son mali yılda satışlarda% ... 'den fazla düşüş veya ekonomik kayıp durumunda geri alınabilir kısım, toplam ücretin% 24,5'i ile sınırlıdır” şeklinde bir düzenleme için bkz. STOFFELS, s. 1218.

azalma)²⁶⁷, *yatırım gereksinimleri ve iş hedeflerini karşılayamama durumu-
dur*"²⁶⁸.

SONUÇ

İş sözleşmesinin akdedilmesi sırasında işverenin gelecekte karşılaşılabilecek bütün durumları öngörmesi, bütün ihtimalleri değerlendirerek çalışma koşullarını oluşturması ve bunları iş sözleşmesinde düzenlemesi beklenemez. Bu bağlamda işveren, İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenen koşullara tabi olacak şekilde çalışma koşullarını değiştirebilir. Ancak işverenler, ilgili maddede düzenlenen şekil şartlarına tabi olmadan ve hızlı bir şekilde çalışma koşullarını değiştirme niyetinde olabirler. Dolayısıyla işverenler, çalışma koşullarını iş sözleşmesinde düzenlemekle birlikte, ihtiyaç durumunda bu koşullarda değişiklik yapma hakkını da saklı tutmaktadırlar. İşte bu kayıtlara değişiklik kayıtları denilmektedir.

Gönüllülük kayıtları, değişiklik kayıtları veya geri alma kayıtları değişiklik kayıtlarının türlerindedir. Geri alma/değişiklik yapma kaydının amacı işverence yerine getirileceği taahhüt edilen edim, zaman sınırı olmaksızın işveren tarafından tek taraflı olarak iptal edilebilecek veya değiştirilebilecektir. Gönüllülük kaydı ise işverence sağlanan bir edimin gelecekte yasal hak talebini ve edimler süreklilik arz etse bile işyeri uygulamasına dönüşmesini engelleme amacına hizmet eder.

Alman hukukunda geri alma/değişiklik yapma ve gönüllülük kayıtları, genel işlem koşullarına ilişkin denetimlerden geçtikten sonra geçerli kabul edilmiştir. Buna karşın Türk hukukunda öğretide farklı görüşler bulunmakta ve fakat Yargıtay, nakil kayıtları dışında diğer kayıtları geçerli kabul etmemektedir. Kanaatimizce bu kayıtların mutlak suretle kabul edilmemesi yerine, denetim şartına bağlı olarak geçerli olması gerekmektedir. Zira çok hızlı değişen çalışma ilişkileri, ekonomik gelişmeler ve esnekleşme ihtiyacı da bu kayıtların düzenlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Bu bağlamda da değişiklik kayıtları, değişen şartlara sözleşmeyi hızlı bir şekilde uyumlaştırmayı hedeflemektedir. Bununla birlikte işverene tanınan bu hakkın, sınırsız ve denetime kapalı bir şekilde düzenlenip kullanılması söz konusu değildir. Dolayısıyla değişiklik kayıtları, yürürlük, içerik, şeffaflık ve kullanım/hakkaniyet denetimine tabi

²⁶⁷ LUNK/LEDER, s.3768.

²⁶⁸ PLETKE/SCHRADER/SIEBERT/ THOMS/KLAGGES, Rn. 897-898.

tutulmalıdır. Bu denetimlerden geçen değişiklik kayıtlarının hukuken geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Türk hukukunda genel işlem koşulları, TBK'nın 20 ila 25. maddeleri arasından düzenlenmiştir. Değişiklik kayıtlarının TBK'nın 24. maddesi karşısında geçerliliği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce TBK'nın 24. maddesi, iş sözleşmesinin değişim ihtiyacını ve iş hukukunun esnekleşme sürecini karşılamaz. Yine iş sözleşmesinin statik bir yapıda olmaması ve sözleşme hükümlerinin değişim ihtiyacının her zaman gündeme gelebileceği gerçeği karşısında bu maddenin mutlak suretle uygulanması, ağırlıklı olarak işçilerin çıkarlarına zarar verecektir. Şöyle ki, çalışma koşullarında değişiklik yapamayan bir işverenin, iş sözleşmesini feshetmekten başka bir çaresi kalmayacak ve dolaylı olarak işçinin menfaatleri daha fazla zedeleneyecektir.

Tip iş sözleşmesi niteliği taşımayan bireysel nitelikteki iş sözleşmelerine, TBK'nın 20. maddesini dikkate aldığımızda genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Buna karşılık tip iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerde yer alan gönüllülük ve geri alma/değişiklik kayıtları, genel işlem koşulu niteliğindedir. Dolayısıyla bu kayıtların, tip iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerin içeriğine girebilmesi için TBK'nın 21. maddesi gereği bu kayıtlar hakkında açıkça bilgi verilmesi, sözleşmenin diğer tarafına bu kayıtları öğrenme imkânının sağlanması ve son olarak da sözleşmenin diğer tarafının bu kayıtları kabul etmesi gerekmektedir. İşte bu şartların sağlandığına ilişkin denetim, yürürlük denetimidir.

Tip iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerin kapsamına giren bu kayıtların doğrudan geçerli olduğu kabul edilmez. Bu kayıtlar içerik ve şeffaflık denetiminden de geçmelidir. Sözleşme içeriğine giren gönüllülük ve geri alma/değişiklik kayıtları, işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesini önemli ölçüde bozması ve işçiye ölçüsüz bir şekilde zarar vermesi durumunda geçersiz sayılacaktır. Bu kayıtların işçinin iş görme borcunun doğrudan karşılığı olan edimler için düzenlenmesi durumunda işte bu menfaat dengesi önemli ölçüde bozulur. Bu sebeple gönüllülük ve geri alma/değişiklik kayıtları iş görme borcunun doğrudan karşılığı olmayan ek ödemeler ve özellikle de sosyal yardım niteliğindeki ödemeler için düzenlenebilir. Yılbaşı ikramiyesi, bayram ikramiyesi, evlenme, doğum ve ölüm nedeniyle yapılan nakdi veya aynı ödemeler, jestiyon ücreti, yemek ve seyahat ödenekleri, yakacak, kırtasiye, barınma ve kıyafet yardımı gibi ödemeler bu kapsamda değerlendirilebilir.

Gönüllülük ve geri alma/değişiklik kayıtlarının diğer tarafa ölçüsüz bir şekilde zarar vermesi, bu hükümlerin şeffaf olmamasından da kaynaklanabilir. Dolayısıyla bu kayıtların mümkün olduğu kadar sade, açık ve net olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Yine bu kayıtların kapsamının, yani hangi edimler için bu kayıtların düzenlendiğinin ve hangi koşullar altında gündeme gelebileceğinin de somut ve açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu denetim ise şeffaflık denetimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yürürlük, içerik ve şeffaflık denetiminden sonra bu kayıtlar, kullanım/hakkaniyet denetimine tabi tutulmaktadır. Yani işveren, bu kayıtları kullanırken dürüstlük kurallarına ve hakkaniyete uyması gerekmektedir. Yine bu aşamada ilgili kayıtlara ilişkin objektif nedenlerin gerçekleşip gerçekleşmediği de değerlendirilecektir.

KAYNAKLAR

- AKIN, Levent**, “İşçinin Çalışma Şartlarında Değişiklik ve Fesih Hakkı”, *ÇEİS*, C.27, S.2, 2013, ss.38-50.
- AKPINAR, Fatih**, “İşverene Çalışma Koşullarını Değiştirme Yetkisi Veren Kayıtların Genel İşlem Koşulları Açısından Değerlendirilmesi”, *Çalışma ve Toplum*, S.68, 2021, ss.317-354.
- ALP, Mustafa**, “İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 3, 2006, ss.37-53 (İçerik Denetimi).
- ALP, Mustafa**, *İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005 (İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi).
- ALP, Mustafa**, “İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri”, *LİSGHD*, S.21, 2009, ss.13-36 (Tek Taraflı Ücret Değişikliği).
- ALPAGUT, Gülsevil**, “İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı - Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay’ın Konuya İlişkin Kararları”, *LİSGHD*, S.9, 2006, ss.49-64 (Uygulama Alanı).
- ALPAGUT, Gülsevil**, “İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararın Düşündürdükleri”, *Çimento İşveren Dergisi*, C.18, S.5, 2004, ss.52-62 (Değişiklik Kayıtları).
- ALPAGUT, Gülsevil**, “Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik” *Bankacılar Dergisi*, S.65, 2008, ss. 89-110 (Esaslı Değişiklik).
- ANLAMA, Adil**, “İşverene Sözleşmede Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri (Değişikliği Saklı Tutma Kayıtları)”, *İş ve Hayat Dergisi*, C.3, S.5, 2017, ss.256-271.
- ARICI, Kadir**, “İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası”, *Yargıtay Dergisi*, C.9, S.1-2, 1983, ss.160-176.
- AYDIN, Ufuk**, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.23, 2011, ss.22-36 (Değişiklik Feshi).
- AYDIN, Ufuk**, “4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları (Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar

- İncelemesi)", Sicil İş Hukuku Dergisi, S.5, 2007, ss.57-68 (Değişiklik Kayıtları).
- BAYCIK, Gaye**, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011 (Yenilik Doğuran Haklar).
- BAYCIK, Gaye**, "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", AÜHFD, C.61, S.2, 2012, ss. 487-504 (Nakil Yetkisi Veren Kayıtlar).
- CIVAN, Orhan Ersun**, Genel İş Koşulları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015 (Genel İş koşulları).
- CIVAN, Orhan Ersun**, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1 (Özel Sayı), 2016, ss. 781-824 (Değişiklik Kayıtları).
- DOĞAN YENİSEY, Kübra**, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", Çalışma ve Toplum, S.26, 2010, ss.93-116.
- DURSUN ATEŞ, Sevgi**, İşverenin Yönetim Hakkı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- EKONOMİ, Münir**, "Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlişkilere Uyumu", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Kamu-İş, Ankara, 1997, ss.157-179.
- ENGİN, Murat**, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı", İÜHFM, C.LXI, S.1-2, 2003, ss.313-326.
- ERTUĞRUL, Meltem**, "İş Hukukunda Değişiklik Feshi", İzmir Barosu Dergisi, C.83, S.2, 2018, ss.131-173.
- ERTÜRK, Şükran**, "Genel İş Koşulları ve Genel İş Koşullarının Denetlenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, 2013, ss.81-118.
- FANSELOW, Dana**, Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, § 3 Arbeitsrechtliche Fragestellungen, 3. Auflage, Hrsg.: NERLICH Jörg/ KREPLIN Georg, Beck Verlag, München, 2019.
- GÜLER, Mikdat**, "Ücretin Belirlenmesi ve Değiştirilmesi Yöntemlerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri", Kamu İş, C.7, S.3, 2004, ss.1-18.
- GÜZEL, Ali**, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", Çalışma ve Toplum, S.4, 2005, s.159-182.

- GÜZEL, Ali/UGAN ÇATALKAYA, Deniz**, “İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1, 2014, ss.17-66.
- HUNOLD, Wolf**, “AGB-Kontrolle einer Versetzungsklausel”, NZA, Heft:1, 2007, ss.19-22.
- KAR, Bektaş**, “Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.15, 2009, ss.60-69.
- KUNZL, Reinhard**, Kündigungsgesetz Gross Kommentar zum Gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, KSchG § 2 Änderungskündigung, 6. Auflage, Hrsg.:LINCK Rüdiger/PREIS Ulrich/SCHMIDT Ingrid, Beck Verlag, München 2021.
- JACOBS, Matthias**, BeckOK (Beck’scher Online Kommentar) Arbeitsrecht, BGB § 308, 56. Edition, Hrsg. ROLFS Christian/GIESEN Richard, /KREIKEBOHM Ralf, /UDSCHING Peter, 2020.
- LAKIES, Thomas**, “AGB-Kontrolle von Sonderzahlungen”, ArbRAktuell, Heft: 13, 2012, ss.306-310 (Sonderzahlungen).
- LAKIES, Thomas**, “Das Ende des arbeitsvertraglichen Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen”, ArbRAktuell, Heft:19, 2012, ss. 469-472 (Freiwilligkeitsvorbehalts und Alternativen).
- LEDER, Tobias**, “Aktuelles zur Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen” RdA, Heft: 2, 2010, ss.93-100.
- LUNK, Stefan/LEDER, Tobias**, “Der Arbeitsvertrag – Einzelne Vertragsklauseln”, NJW, Heft:52, 2015, ss.3766-3769.
- MANAV, Eda**, “İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.25, 2012, s.136-157.
- NARMANLIOĞLU, Ünal**, “İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.3,2006, ss. 9-19.
- ÖZDEMİR, Erdem**, “İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.3-4, 2004, ss.31-44.
- ÖZTÜRK, Berna**, İşçinin Talimatlara Uyma Borcu, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021.

- PLETKE, Matthias/SCHRADER, Peter/SIEBERT, Jens/THOMS, Tina/KLAGGES, Rhea-Christina**, *Rechtshandbuch Flexible Arbeit*, B. Dimensionen der Flexibilisierung, 1. Auflage, Beck Verlag, München, 2017.
- PREIS, Ulrich**, "AGB-Recht und Arbeitsrecht Eine Zwischenbilanz", *NZA-Beil*, Heft:3, 2006, ss.115-122 (AGB-Recht).
- PREIS, Ulrich**, *Kündigungsrecht Gross Kommentarzum Gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, 1. Teil E. Arten der Kündigung, 6. Auflage, Hrsg.:LINCK Rüdiger/PREIS Ulrich/SCHMIDT Ingrid, Beck Verlag, München 2021 (Kündigungsrecht).
- ROLLER, Jürgen**, *Personalbuch Arbeitsrecht- Lohnsteuerrecht- Sozialversicherungsrecht*, Arbeitsvertrag, 28. Auflage, Beck Verlag, München, 2021.
- SEÇKİN, İhsan**, "Komisyon ve Genel Kurul Tutanaklarına Yansıyan Meclis İradesi Işığında İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kaydının Geçerliliği Sorunu", *TBB Dergisi*, S.121, 2015, ss.343-380.
- SINGER, Reinhard**, "Flexible Gestaltung von Arbeitsverträgen", *RdA*, Heft:6, 2006, ss.362-374.
- SPINNER, Günter**, *Münchener Kommentar zum BGB Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil*, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, 8. Auflage, Hrsg.: SACKER Franz Jürgen/ RIXECKER/ OETKER Hartmut/ LIMPERG Bettina, Beck Verlag, München, 2020, BGB § 611a.
- SOYER, Polat**, *Genel İş Koşulları*, İzmir, 1987 (Genel İş Koşulları).
- SOYER, Polat**, "Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi", *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 15. Yıl Armağanı*, İstanbul 1991, ss.263-268 (İçerik Denetimi).
- STOFFELS, Markus**, "Neues zu Widerrufsvorbehalten in Arbeitsverträgen" *NZA*, Heft:19, 2017, ss.1217-1224.
- SÜMER, Haluk Hadi**, *İş Hukuku Uygulamaları*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- SÜZEK, Sarper**, "Değişiklik Feshi", *Tisk Akademi*, C.1, S.1, 2006, ss.7-31 (Değişiklik Feshi).
- SÜZEK, Sarper**, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan, *Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu*

İşverenleri Sendikası Yayınları, 1998, Ankara, ss.225-232 (İşverenin Yönetim Hakkının Sınırı).

SÜZEK, Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.24, 2011, ss.5-12 (Genel İş Koşulları).

TULUKÇU, N. Binnur, “Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan Cilt 1, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, ss.1099-1141.

WANK, Rolf, “Änderung von Arbeitsbedingungen”, NZA-Beil, Heft:2, 2012, ss.41-49.

UŞAN, Fatih, “4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, 2007, ss.211-271.

YILDIZ, Gaye Burcu, “İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları ve Denetimi”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, Editör: CENTEL Tankut, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2016 (Genel İşlem Koşulları).

YILDIZ, Gaye Burcu, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014 (Sözleşmesel Kayıtlar).

YÜCEL, Ramazan, “Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Değişiklik Feshi”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, 2017, ss.49-67.

YÜCEL BODUR, Mehtap, “İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü”, İş ve Hayat, C.1, S.2, 2015, ss.137-167.

MALPRAKTİS DAVALARININ TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİ: ÇİN HALK CUMHURİYETİ VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ ÖRNEĞİ

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN*

Öz

Günümüzde tahkim birçok uyuşmazlık türünde alternatif çözüm yöntemi olarak kullanılmaktadır. Öyle ki, kamu düzenini yakından ilgilendiren iş uyuşmazlıkları ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda da başvuru bir çözüm yöntemi haline gelmiştir. Bazı ülkeler tahkimin kapsamını daha da genişleterek sağlık hukuku uyuşmazlıkları için de tahkime başvuru yolunu açmışlardır. Diğerleri ise bu konuya ilişkin tahkime oldukça temkinli yaklaşmaktadırlar. Sağlık hukuku alanında sıklıkla karşılaşılan uyuşmazlık türü malpraktis davalarıdır. Malpraktis davalarının en sık görüldüğü ve çözümü için tahkime başvuru ülkeler Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri'dir. Bu çalışma malpraktis davalarının tahkime götürüldüğü ve tahkim sürecinde ciddi sıkıntıların yaşandığı Çin Halk Cumhuriyeti ile daha problemsiz bir tahkim sürecine sahip olan Amerika Birleşik Devletleri'ni karşılaştıracaktır. Buna ek olarak, malpraktis uyuşmazlıklarının tahkime elverişliliği tartışılarak, tarafların eşitliği ve adaletin sağlanması için öneriler sunulacaktır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı, Erzurum, Türkiye | Asst. Prof., Atatürk University Faculty of Law Department of Maritime Law, Erzurum, Turkey.

✉ esra.ustun@atauni.edu.tr • ORCID 0000-0003-4106-4812

✎ **Atıf Şekli | Cite As:** YILDIZ ÜSTÜN Esra, "Malpraktis Davalarının Tahkime Elverişliliği: Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri Örneği", *SÜHFD.*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1753-1777.

✎ **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

• Malpraktis • Tahkim • Çin Halk Cumhuriyeti • Amerika Birleşik Devletleri • Kamu Düzeni

ARBITRABILITY OF MEDICAL MALPRACTICE DISPUTES: EXAMPLES OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA AND THE UNITED STATES

Abstract

Today, arbitration is used as an alternative dispute resolution method in many types of disputes. It has become a resolution method used in disputes related to labor and family law disputes as well. Some countries have expanded the scope of arbitration further and opened the way for arbitration in health law disputes. However, some states are reluctant to arbitration on this particular issue. The type of dispute that is frequently encountered in the field of health law is malpractice cases. The countries where malpractice cases most frequently occurred and where arbitration is applied to are the People's Republic of China and the United States of America. This study will examine the reasons why the arbitration process in the USA is a better functioning mechanism, while China, has serious problems. In addition, the arbitrability of malpractice disputes will be discussed, and suggestions will be presented to ensure equality and justice for the disputing parties.

Key Words

• Malpractice • Arbitration • People's Republic of China • United States • Public Policy

GİRİŞ

Tahkim yöntemi her ne kadar akla ilk olarak ticari uyuşmazlıklar için gelse de, uzun zamandır ticari olmayan, hatta kamu düzenini doğrudan ilgilendiren uyuşmazlıklar içinde kullanılan bir yöntem haline gelmiştir. Bazı devletler tahkimin kapsamını o kadar genişletmiştir ki artık tahkime elverişlilik neredeyse mahkemelerin baktığı çoğu özel hukuk uyuşmazlıklarını da içine dahil etmiştir. Bu durum da aslen mahkemelerinin yetkisini elinden almaktadır. Çünkü tahkim mahkemelere alternatif bir yöntem olarak sunulduğunda tahkime başvuru mahkemelere göre daha fazladır.

Tahkimin kapsamında iş hukuku uyuşmazlıkları, aile hukuku uyuşmazlıkları ki velayet ve nafaka konuları da dahil olmak üzere,

tüketici uyuşmazlıkları ve hatta sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar da yer almaktadır. Hali hazırda ülkemizde doktrinde ağır basan görüşe göre tahkime elverişli sayılmayan malpraktis davaları için ise çoğu ülke tarafından tahkim yolu açıktır. Tahkime başvurma nedenleri başında yargının ağır yükü ve bunun doğal sonucu uzun bekleme süresi ve de maliyet iken aslen tahkimin amacı, uzman kişi olan hakem yada hakem heyetlerinin söz konusu uyuşmazlığı hızlı, ihtiyaçlara uygun ve gizlilik içerisinde çözüme kavuşturmadır.¹ Bu nedenledir ki artık milli mahkemeler yerine özel yargılamaya daha ağırlık verilmektedir. Bu durum zaman içerisinde tahkime uzak kalan uyuşmazlık konularını da içine alarak dünya geneline yayılmaktadır. Malpraktis uyuşmazlıkları da aslen tahkime başta uzak olan ancak zaman içerisinde özellikle Latin Amerika ülkelerinde ve devamında Amerika, Avrupa ve de Asya'ya yayılmış haldedir. Ancak halen kamu düzenini yakından ilgilendiren bu tür bir uyuşmazlığın özel yargılama konusu yapılması tartışılmaktadır. Tahkim önüne getirilse bile ekstra önlemlerin alınması gerekip gerekmediği de bu tartışmaların devamını oluşturmaktadır.

Son dönemlerde bazı ülkelerde tartışma konusu olan malpraktis davalarının da tahkim yöntemiyle çözülmesi gündemdedir.² Tabi bu tartışmalarda halihazırda bu tür uyuşmazlıklar için başvuru tahkim yönteminin artı ve eksileri de göz önüne alınmaktadır. Malpraktis uyuşmazlıklarının tahkime götürülmesi tartışmasından evvel bu terimin aslen ne anlama geldiği ve malpraktis uyuşmazlığının özellikleri ele alınmalıdır. Malpraktis terimi aslen sadece tıbbi alanda kullanılan bir terim olmayıp herhangi bir mesleğin icrası esnasında meydana gelen kusurlu uygulama anlamına gelmektedir. Tıbbi malpraktis ise hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi verememesi ile oluşan hasar olarak tanımlanabilir.³ Elbette

¹ GİRAY, Faruk Kerem, "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik" Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 4, 2015, s. 63-120.

² LEE, Albert, "Alternative Dispute Resolution for Medical Disputes." Hong Kong Law Journal, vol. 48, no. 1, 2018, pp. 23-36.

³ HANCI, İsmail Hamit, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. baskı, Ankara, 2005. KARA, Hacı. "Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 152,2021, s. 255-303.

bu noktada malpraktisin, hekimin hatası olmayan durumlardan (komplikasyon) ayırt edilmesi gerekliliği de göz önüne alınmalıdır.

Malpraktisin belirlenmesi aslen zor bir durumdur çünkü belirgin standartları yoktur ve her vaka kendi içinde ayrıca incelenip komplikasyon olmadığına emin olunduğu taktirde malpraktis olup olmadığına karar verilmelidir.⁴ Aksi halde sağlık personellerini ve özellikle hekimleri ciddi töhmet altında bırakabilir ve mesleklerini icra etme noktasında çekingen davranmalarına sebebiyet verebilir. Malpraktis davalarının iki ayağı vardır. İlki özel hukuk davası ve tazminat diğeri ise ceza davasıdır. Bu çalışmamızda malpraktis davaları sadece özel hukuk çerçevesinde incelenecektir. Bu nedenle çalışma dört ana başlıktan oluşmaktadır. İlk olarak tahkime elverişlilik genel olarak incelenecek, ardından halihazırda malpraktis davalarını tahkim yoluyla çözüme kavuşturan Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri'nde bu yöntemin nasıl kullanıldığı ve neden Amerika Birleşik Devletleri'nde sorunsuz işleyen bir sistem iken Çin Halk Cumhuriyeti'nde oldukça problemlili bir durum olduğu tartışılacaktır. Son olarak ise malpraktis uyuşmazlıklarında tahkim yoluna gidilirken her iki tarafın mağdur etmemek ve de tarafları eşit kılmayı amaçlayan, uyuşmazlık sonrası çıkacak sorunları ortadan kaldırmaya yönelik önerilerde bulunulacaktır.

I. TAHKİME ELVERİŞLİLİK

Bir uyuşmazlığın tahkim yargılamasında çözülebilmesi için ya da yapılan tahkim sözleşmesinin geçerli olması için aslen o uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması gerekir.⁵ Çünkü tahkime elverişsiz

⁴ DEĞDAŞ, Ulaş Can, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk" Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4, 2018, s. 41-65. ÖZCAN, Zeynep, "Malpraktis-Komplikasyon Ayırımının Önemi" Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, 2018, 197. ÖZGÖNÜL, Mustafa Levent, Berna ARDA ve Necati DEDEOĞLU, "Tıp Etiği Ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata, Malpraktis Ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi" Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Tarihi Dergisi, 27, 2019, s. 48-56. HAKERİ, Hakan, "Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayırımı" Bulletin of Thoracic Surgery/Toraks Cerrahisi Bülteni, 5, 2014, S. 1.

⁵ PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 27, S. 1, 2021, s. 496-512. ERSEN PERÇİN, Gizem,

bir uyuşmazlık tahkimle çözüme kavuşturulsa da bu kararın iptali gündeme gelebilir. Taraflar da aynı uyuşmazlığı daha sonra mahkemelere götürmek zorunda kalmaları hem zaman kaybına hem de maddi zarara neden olmaktadır. O nedenle ki üzerinde durulması gereken öncelikli konu tahkime elverişliliklerdir.

Tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlık konusunun tahkim mekanizmasıyla çözülmeye elverişli olup olmadığıdır.⁶ Bunun tahkim anlaşmasının geçerliliğinin bir şartı olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi ise uygulanacak hukuka göre farklılık göstermektedir. Diğer bir deyiş ile bir anlaşmazlığın tahkime elverişliliği uygulanacak hukukun, sorunun yargılamanın nerede ve hangi aşamasında ortaya çıktığına bağlı olarak karar verilir. Yani tahkime elverişlilik karar öncesi (pre-award stage) ya da karar sonrası (post-award stage) sorunu olarak karşımıza çıkabilmektedir.⁷ Türk hukukunda olduğu gibi tahkime elverişlilik tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin mi yoksa tahkim kararının iptal sebebi mi şeklinde tartışmalar da mevcuttur.⁸

Bir uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olup olmadığı milli hukuka göre belirlenir. Bu nedenle ki bazı konular bazı ülkelerde

“MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme” PPIL, 40/2, (Cemal Şanlı Armağanı), 2020, s. 1068.

- ⁶ ÖZEL, Sibel, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması” MÜHF – HAD, C. 23, S. 1, 2017, s. 317. HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010. ESEN, Emre, “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan), 2011. ÖZKAN, Işıl/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, Ankara, 2017, s. 269.
- ⁷ LEW, Julian DM, et al., Comparative International Commercial Arbitration, Hague, 2003. KIRRY, Antoine, "Arbitrability: Current Trends in Europe" Arbitration International, C. 12, S. 4 ,1996, s. 373-390.
- ⁸ AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2016, s.114. KURTULAN, Gökçe, "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği" Türkiye Barolar Birliği Dergisi C. 131, 2017, s. 240. DOĞAN, Vahit, Tahkime Elverişlilik Bağlamında Yabancı Unsur, Ed. DOĞAN, Vahit/YILMAZ, Alper Çağrı/İZMİRLİ, Lale Ayhan, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2019, s.449 vd.

tahkim yoluyla çözülebilirken bazı ülkelerde çözülememektedir. Ülkeler bu tahkime elverişliliğin sınırları çizirken sadece kendi yasalarına göre değil aynı zamanda taraf oldukları milletlerarası sözleşmeleri, uluslararası usule ilişkin ilkeleri de dikkate almaktadırlar.⁹ Küreselleşen dünyanın getirisi olarak bir uyuşmazlık eğer bir yerlerde tahkimle çözümleniyorsa bu uyuşmazlık konusunun zaman içerisinde dünyanın geri kalan kısmına da etki edeceği aşikardır. Genel olarak, tarafların kendi iradesine tabi olan ve onların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmektedir. Elbette tahkime elverişliliğin belirlenmesinde devletlerin siyasi, ekonomik ve sosyal durumu da önemli rol oynamaktadır. Buna bağlı olarak tahkime elverişlilikte siyasi, sosyal ve ekonomik değişikliklerle beraber değişkenlik arz edebilmektedir.¹⁰ Tahkime elverişlilik kendi içinde de karışımıza objektif tahkime elverişlilik (*ratione materiae*) ve sübjektif tahkime elverişlilik (*ratione personae*) olarak çıkmaktadır. Objektif tahkime elverişlilik kamu düzeni kavramını ifade ederken sübjektif tahkime elverişlilik ise ehliyet ve temsili içermektedir.¹¹

Tahkime elverişliliği noktasında malpraktis davaları da zaman içerisinde bazı hukuk sistemleri tarafından tahkime elverişli olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Henüz ülkemizde çoğunluğun görüşüne göre tahkime elverişli uyuşmazlıkların içine girmese de çoğu ülkede tahkime elverişli sayılan malpraktis davaların temel özelliği; tarafları, teşhis ve tedavi sözleşmesinin içinde yer alan tahkim klozunun veya ayrı şekilde düzenlenmiş tahkim anlaşmasının hasta/hasta yakınları tarafından kabul edildiği an bakımından önem arz etmektedir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki hasta/hasta yakını ile doktor/sağlık kuruluşları arasında tarafların serbest iradesiyle oluşturdukları bir sözleşme mevcuttur. Bu sözleşme ülkelerin kendi milli hukukları çerçevesinde vekalet, tüketici,

⁹ PÜRSELİM ARNING, s. 498.

¹⁰ PÜRSELİM ARNING, s. 498. LEW, et al, 188. TAKAVUT İbrahim Doğan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul, 2018. TÜYSÜZ Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar, İstanbul, 2017.

¹¹ LEW et al, s. 187-188; PÜRSELİM ARNING, 498. ERKAN Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara, 2013.

bazı durumlarda eser yahut hizmet sözleşmesi olarak adlandırılabilir. Ülkemiz de ise bu durum hem doktrinde hem de pratikte tartışmalıdır. Türk Yargıtay' da bir çok kararında hasta ile hekim arasında yapılan bu anlaşmayı Borçlar Kanunu çerçevesinde vekalet sözleşmesi olarak kabul etmiştir.¹² Ancak, sonraki kararlarında bu hukuki ilişkiyi bir sağlık hizmeti alımı olarak değerlendirip, hastayı tüketici olarak nitelendirerek, malpraktis uyuşmazlıklarında tüketici mahkemelerini görevli kılmıştır.¹³

Yargıtayın son kararlarına paralel olarak ise 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 3.maddesinin (1) bendinde tüketici işlemi kavramı kapsamına vekâlet sözleşmesi ve de eser sözleşmeleri de dâhil edilmiştir. Hekimin hastasına sonucu garanti ettiği durumlarda (saç ekimi, estetik operasyonlar vb.) aralarındaki hukuki ilişki artık bir eser sözleşmesi niteliği taşır ve bu da 6502 sayılı kanun kapsamına alınmaktadır.¹⁴ Bu durumda akla gelen soru ise hekim ile hasta arasındaki bu hukuki ilişkiyi bir tüketici işlemi olarak kabul edersek ki kanun buna izin vermekte, aynı zamanda bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edebilir miyiz? Türk hukukunda hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olduğunun denetimi çeşitli kaynaklar üzerinden yapılabileceği söylenebilir. İlgili kanun metinleri ve Yargıtay kararlarının incelenmesi bu durumda yardımcı olacaktır. Tahkime elverişlilik tartışmasında

¹² ÖZMUMCU, Seda, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, 2014, s. 831-871. Bknz: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.03.1994 tarihli ve E.1994/8557, K.1994/2138 sayılı Kararı, Yargıtay 13. HD.'nin 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/1382 sayılı Kararı; Yargıtay 13. HD.'nin 10.10.2006, E.2006/10068, K.2006/13288 sayılı Kararı; Yargıtay 13. HD.'nin 06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185 sayılı Kararı. (Kararlar için Bkz. www.kazanci.com)

¹³ PETEK, Hasan, "Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması", DEÜHFD., 2013,15, Özel Sayı, s. 977. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2012 tarihli ve E. 2012/21184, K. 2012/20509 sayılı Kararı.

¹⁴ ÖZMUMCU, s. 862-864. Hukukumuzda hekim ile hasta arasındaki ilişki bir de isimsiz sözleşmeler içinde teşhis ve tedavi sözleşmesi olarak da kendine has özelliklerini barındıran bir anlaşma niteliği taşıyabilir. Bknz: ÖZDEMİR Hayrunisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2017, s.83 vd.

başvurulacak mevzuatlardan ilki 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve yine ilgili Kanun'un 407. madde hükmünün göndermesi ile 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu bulunmaktadır. Her iki kanun hükmüne baktığımızda temel vurgu iki tarafın iradesine tabi tutulmayan uyuşmazlıklar tahkimin kapsamı dışında bırakıldığına dairdir.¹⁵ Hasta ile hekim ya da özel sağlık kuruluşu arasındaki ilişkiye baktığımızda tüketici işlemi olarak ele alırsak ilk bakışta tarafların serbest iradelerine tabi olduğu varsayılabilir. Ancak, pratikte hastanın acil durumlarda veya idrak edemeyeceği bir anda önüne matbu gelen sözleşmede ne kadar serbest iradesini kullanabildiği de tartışmalıdır. Önlerine gelen bu sözleşmede maddelerde değişiklik yapma veya yeni madde ekleme haklarının olmadığını da düşünülürse tam anlamıyla serbest iradelerinin varlığından söz edilemeyebilir. Ancak, bazı durumlarda ünlü doktorlarla hasta arasında yapılan özel sözleşmelerde farklılıklar olabilir. Acil olmayan durumlarda özellikle estetik operasyonlarda tarafların iradelerini daha serbest kullanabilecekleri de kabul edilebilir ve bu noktada taraf eşitliği de varsayılabilir. Bundan dolayıdır ki her bir durum kamu düzeni (objektif tahkime elverişlilik) açısından değerlendirilmesi gerekebilir.

Tarafların özelliklerine bakıldığında çoğunlukla bir taraf güçlü diğer taraf zayıf olarak nitelendirilmektedir ki bu nitelendirme ekonomik ya da mağduriyet açısından değerlendirilir.¹⁶ Malpraktis davalarının en tartışmalı kısmı tarafların güç eşitsizliğidir. Buna mukabil, güçsüz olan tarafın en mağdur anında tahkim anlaşmasını imzalamak zorunda kalması ya da kabul etmesi tartışmaların devamını oluşturmaktadır. Bakıldığında teşhis ve tedavi sözleşmelerindeki tahkim şartı özel hukuk ilişkisi gibi görünse de aslen konu bakımından kamu düzenini doğrudan ilgilendiren ciddi bir konudur. Konu bakımında tahkime elverişliliği birçok ülkede tartışmalı olmasına rağmen tahkim yargılaması çok uzun yıllardır bazı ülkelerde malpraktis davalarında sıklıkla uygulanmaktadır.

¹⁵ Bknz Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 29.06.2020 tarihli 2019/3450 E. ve 2020/1932 K. sayılı kararında: "Başka bir deyişle, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde, tahkim mümkün değildir. Örneğin, boşanma ve ayrılık davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz (...)" denilmektedir.

¹⁶ HUYSAL, s. 25.

Bu ülkelerin başında Çin Halk Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri gelmektedir. Bu iki ülkenin karşılaştırılma nedeni ise Çin'de malpraktis davaları için gittikçe kötüye giden bir tahkim süreci varken Amerika'da hiç sorunsuz diyemesekte oldukça uyumlu ve barışçıl şekilde işleyen bir tahkim süreci mevcuttur. Bu farklı uygulamaların nedenlerini ayrı ayrı ülkelerdeki süreci inceleyerek daha net bir şekilde anlayabiliriz.

II. ÇİN HALK CUMHURİYETİ

Çin Halk Cumhuriyeti'nde yayımlanan araştırma raporuna göre ortalama her yıl %72 oranında, sağlık çalışanı tıbbi bir anlaşmazlıkla karşı karşıya kalmaktadır.¹⁷ Bunun yanında en çok malpraktisin görüldüğü alan ortopedi, kadın doğum ve de acil servis iken, malpraktis nedeni olarak ilk üçte tıbbi cihazlarda çıkan sorunlar, yanlış teşhis ve yanlış tedavi uygulanması olarak sıralanmaktadır.¹⁸

Uzun yıllardır malpraktis davaları için tahkime gidilmesinin yolunu açan Çin'de, son dönemlerde ciddi sorunlar yaşanmaya başlamıştır. Bu sorunların başında hastaya karşı şeffaf olmama, doktorların özen yükümlülüğünü ve aydınlatma yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmeme, daha iyi bir sağlık hizmeti alımı için rüşvet alınması, sağlık personeline karşı şiddet eylemleri vb. bir çok örnek verilebilir. Malpraktis iddiaları, hasta güvenliği sorunları için buzdağının sadece görünen kısmını temsil edebilir. Çin'de asıl sorunlar silsilesi, kamuya açık verilerin eksikliği, hasta güvenliğini değerlendirmenin önündeki en büyük engeldir. Ayrıca sağlık hizmeti sunucuları, dava açılmadıkça tam ve dürüst bir şekilde rapor vermemektedirler.¹⁹ Bu nedenle Çin hükümeti 2010 yılında modern bir hukuk sistemi inşa etmede önemli adımlar atmış ve haksız fiil sorumluluğu düzenlemiştir.²⁰ Ancak, bu yasanın bazı bölümlerinde eksiklikler mevcuttur. Özellikle, sağlık

¹⁷ LI Heng et al., Retrospective analysis of medical malpractice claims in tertiary hospitals of China: the view from patient safety, *BMJ Open*, C. 9, S. 10, 2020.

¹⁸ LI et al., s. 6-7-8.

¹⁹ LI et al., s. 2.

²⁰ JOHNSON, Vincent R, "The Importance of Doctor Liability in Medical Malpractice Law: China Versus the United States" *St. Mary's Journal On Legal Malpractice & Ethics*, C. 10, S. 2, 2020.

hukukuna ilişkin kurallar da hatalı düzenlemelere yer verilmiştir.²¹ Bu hatalı düzenlemelerin ilki ve de en önemlisi doktorun malpraktis sorumluluğunun olmamasıdır. Diğer bir deyişle hekimin bireysel olarak bilgisizliğinden veya ihmalkarlığından doğan bir zarar durumunda hekim tahkim yargılamasında taraf olmaz. Sorumlu doktor yerine tahkimde taraf olarak çalıştığı sağlık kurumu ve bazı durumlarda eğer ilgili ise laboratuvar yahut ilaç sağlayıcıları taraf olabilir.²²

Bu durumla karşılaşan hasta ve hasta yakınları da karşılarında asıl sorumlu kişiyi muhattap bulamayınca, hekimleri yargı önünde hesaplaşamadıkları için bireysel olarak cezalandırma yoluna başvurmuşlardır.²³ Yasanın yapılma amacı doktorların hastalarına teşhis ve tedavi uygularken kendilerini baskı altında hissetmeden işleri yapabilmesi iken, sorumlu tutulmayan doktorlar üzerlerine düşen aydınlatma ve özen yükümlülüğünü ihlal etmeye başlamışlardır. Bunun yanında hastalara büyük meblağlarda ücretlendirme yapılmaktadır, çünkü doktorların hastaneyi zarara uğratmamak için gereksiz test ve tedavi uyulamaları da mevcuttur.²⁴

Bu yasa sadece malpraktis davalarının taraflarına etki etmemiş bunun yanında doktor-hasta ilişkisine de etki etmiştir. Çin’de doktorlarla

²¹ JOHNSON, 14. Bknz : Articles 54-64 of the Tort Liability Law: ‘where a patient sustains any harm during diagnosis and treatment, if the medical institution or any of its medical staff is at fault, the medical institution shall assume the compensatory liability’. In some cases, liability extends beyond medical institutions to other entities, namely to manufacturers of drugs, disinfectants, and medical instruments, or the suppliers of blood. Where any medical staff member fails to fulfill the obligations of diagnosis and treatment up to the standard at the time of the diagnosis and treatment and causes any harm to a patient, the medical institution shall assume the compensatory liability. Article 62: a medical institution and its medical staff shall keep confidential the privacy of a patient. if any privacy data of a patient is divulged or any of the medical history data of a patient is open to the public without the consent of the patient, causing any harm to the patient, the medical institution shall assume the tort liability.

²² Article 54 of the Tort Law in China.

²³ ZHANG, Liuyi, STONE, Teresa E. and Jingping ZHANG. "Understanding the rise of Yiniao in China: a commentary on the little known phenomenon of healthcare violence." *Nursing & health sciences*, C. 19, S. 2, 2017, s. 183-187. HUANG, Xian, "Peace in the Shadow of Unrest: yinao and the State Response in China." *The China Quarterly*, 247, 2021, s. 724-748.

²⁴ ZHANG et al., s. 185.

iletişim oldukça zor, aydınlatma yükümlülüğünü özenli şekilde yerine getirilmemektedirler. Oysa ki yapılan araştırmalara göre doktorla olan etkin bir iletişim hem hastalığın iyileşme sürecinde hem de aradaki güven bağının kurulmasında oldukça etkilidir. Çünkü hasta doktorun bilgi ve becerisini ölçecek seviyede olmadığı için doktorun kendisiyle olan iletişimine, yaklaşımına göre güven oluşturur ve tedavisinin seyrini etkiler.²⁵ Çindeki taraflar arası ilişki de ise doktora daha iyi bir sağlık hizmeti vermesi için hasta yahut hasta yakınları tarafından rüşvet verilmekte ve de buna bağlı olarak tedavide beklentileri yükselmektedir.²⁶ Aksi bir durum meydana geldiğinde de hasta yakınları yahut hastanın bizzat kendisi davada ve tahkimde taraf olmayan doktora şiddete başvurmaktadırlar.

Diğer taraftan, aslen çoğu ülkede olduğu gibi Çin'de de tahkim sözleşmesi hasta kaydı sırasında hasta ya da hasta yakınlarına imzalatılmaktadır. Matbu olarak hazırlanmış sözleşme de tahkim genellikle kloz olarak yer almakta ve hastalar ve hasta yakınları tarafından çok dikkate alınmadan imzalanmaktadır. Bu noktada her ne kadar tahkim tarafların iradesiyle sıkı ilişkili dense de bu tür uyuşmazlıklarda zayıf tarafın önüne sunulan sözleşme de çok da pazarlık payı olmadığı aşikardır. Tahkim sözleşmesinin imzalanma anı geçerliliği noktasında önem arz etmektedir.

Açıklanan durumlardan ötürü, ülkede yaşanan malpraktis davalarındaki problemler o kadar artmıştır ki, sağlık hizmeti alan ve bundan zarar görenler adli yollarla tatmin olmadıkları için ciddi şiddete başvurmaya başlamışlardır ve bu şiddet olayları ülke genelinde yaygın şekilde görüldüğü için *yinao* adıyla anılmaktadır.

Yinao kısaca Çin'de sağlık personeline ve hizmet araçlarına para karşılığında gerçekleştirilen şiddet olaylarını ifade eder. Diğer bir deyişle sağlık personelinin hatasıyla meydana gelen bir zarar durumunda hasta ya da hasta yakınlarının yargılama yolundan ziyade bu tarz bir çeteye

²⁵ İŞTAR, Cengiz, "Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Malpraktisin Psikolojik Boyutları ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluğu" Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 37, 2019, s. 107-132.

²⁶ JOHNSON, s. 23.

başvurması ve bu çetenin de sağlık personeline bazen pusu kurarak²⁷ bazen doğrudan hastane odasında darp etmesi ve daha da kötüsü kasten öldürmesi durumunu açıklamaktadır. Bu çete sadece fiziksel şiddet uygulamayıp aynı zamanda hastanelerde yüksek sesle ölüm marşı çalıp, hasta ekipmanlarına zarar verme ve diğer hastaların da tedavi görmesini engellemektedir.²⁸

Yinao dünya çapında duyulmasa da Çin için büyük bir kabus haline gelmiştir ve Çin devleti caydırıcı yasalarla önüne geçmeye çalışsa da çok da başarılı olamamıştır. Asıl yapılması gereken daha derin düşünerek, yinaoya yönelten sebeplerin ortadan kaldırılmasıdır. Sebepler arasında, tıbbi personele duyulan güven eksikliği ve yüksek maliyetli tıbbi harcamaların körüklemesi; tedaviye erişimde zorluklar; kötü tedavi sonuçları, yüksek hasta beklentileri, tıp etiğinin yanlış anlaşılması veya reddedilmesi, yanıltıcı medya raporları olarak sayılabilir. Sağlık personelleri duygusal acı, fiziksel yaralanma ve hatta ölümle sonuçlanan şiddetli ve üzücü Yinao olaylarının hedefi olmaktadır. Bu nedenledir ki tıp fakültelerinin kontenjanları boş kalmakta aileler çocuklarının aslen oldukça prestijli olan doktorluk mesleğine teşvik etmemektedir.²⁹ Çünkü bu çeteler psikolojik olarak sağlık personelinin üzerinde baskı kurmuştur. Haksız fiil yasasının yaratmaya çalıştığı rahatlık artık tam tersi yinao ile ters tepki yaratmıştır. Çin’de yapılan yasalarla korunamayan doktorları, hastanelerde doktor odalarının bulunduğu katlara devlet asker yerleştirerek yionayı önelemeye çalışmaktadır.³⁰ Görülmektedir ki Çin’in içinde bulunduğu durum, dünya genelinde yasa koyucularada erişilebilir, uygun maliyetli ve adil bir sağlık sisteminin önemini vurgulamaktadır.

III. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ

Sağlık personeline karşı şiddet başka ülkelerde ortaya çıksa da, bu tür sorunlar Amerika Birleşik Devletleri’nde nadir bir durumdur. Amerika Birleşik Devletleri’nde verilen istatistik sonuçlarına göre

²⁷ <https://time.com/4402311/china-attacks-doctors-medical-police-medicine-health-care/> son erişim 7.9.2021.

²⁸ ZHANG et al., s. 183-187.

²⁹ JOHNSON, s. 2.

³⁰ JOHNSON, s. 2.

malpraktise bağlı ölümler, kalp krizine ve kansere bağlı ölümlerden sonra üçüncü sırada yer almaktadır.³¹ Amerika Birleşik Devletleri'ndeki davaların sayısı eyaletten eyalete değişme eğilimindedir ve her yıl ortalama 85.000 dava açılmaktadır.³² Bunun yanın da ülkede bazı eyaletler halen tıbbi malpraktis davalarını çeşitli sebeplerden ötürü tahkime elverişli saymamaktadırlar.³³

Sınırlı verilere göre Amerika'da çoğu doktorun (%80'in üzerinde) tahkim anlaşmasını imzalamayı reddeden hastalara bile sağlık hizmeti sağladığını göstermektedir. Ancak aynı kaynaklar, hastaların yaklaşık %80'inin bu tür anlaşmaları ihtilafsız imzaladığını göstermektedir.³⁴ Bu da demek oluyor ki Amerikalı doktorların ihtilaf çıkaran hasta ile karşılaşması oldukça düşük bir ihtimaldir. Bunun yanında Çin'in genel popülasyonun okuma yeteneği ve çoğu hastanın sağlık hizmeti kabul belgelerini gözden geçirip imzaladığı düşünüldüğünde aslında bu durum çok da şaşırtıcı değildir.³⁵

Malpraktis davalarının %80'ni davalı olan sağlık çalışanları lehinedir.³⁶ Ayrıca araştırmalar, her üç hastadan sadece birinin yaralanmaları için tazminat aldığını ve bunların %5'inden azının kararlar sonuçlandığını ve yaklaşık %95'inin tahkim kararı olduğunu gösteriyor.³⁷

³¹ Bknz <https://news.yale.edu/2020/01/28/estimates-preventable-hospital-deaths-are-too-high-new-study-shows> son erişim 5.12.2021.

³² Bknz <https://justpoint.com/knowledge-base/us-medical-malpractice-case-statistics> son erişim 3.1 2022.

³³ Bknz. Florida Court Voids Arbitration Agreement in Violation of Statute, Ohio Invalidates Arbitration Agreement due to Unconscionability, DAVİ, Salvatore G., "A Survey of States' Views on Binding Arbitration Agreements in Healthcare Disputes and the Advocacy for a Strict, Uniform Standard" Resolved: J Alternative Disp Resol 46, 2019, 7:2. *Small v. HCF of Perrysburg, Inc.*, 823 N.E.2d 19, 24 (2004). *Hernandez v. Crespo*, 211 So.3d 19 (2016). States Only Requiring Informed Consent, Maine, California and New Jersey, New York, Louisiana. States Requiring Independent Counsel and public policy Ohio and Texas. KWON, Hyung Kyun, 'Arbitration, Agreement for Malpractice Disputes and its Ethical Magnitude' 10 *Elon L Rev*, 2018, 165.

³⁴ DEVILLE, Kenneth A. "The Jury is Out: Pre-Dispute Binding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims: Law, Ethics, And Prudence" *The Journal of Legal Medicine*, C. 28, S. 3, 2007, s. 333-395.

³⁵ DEVILLE, s. 336.

³⁶ DEVILLE, s. 368.

³⁷ DEVILLE, s. 368.

Amerikalı doktorlar yüksek itibar görmekte olup, Çin'deki durumla karşılaştırıldığında daha yavaş ve pahalı olan Amerikan teşhis ve tedavi süreci, tıbbi uygulama hatası anlaşmazlıklarını çözme noktasında daha etkin görünmektedir. Ülkedeki malpraktis davalarında genellikle tahkim yoluyla çözüme kavuşturulması daha verimli ve daha az maliyetli bir yol sağladığından artış göstermektedir. Ayrıca tahkim enstitüleri malpraktis uyuşmazlıklarını çözmekte de etkin rol oynamaktadır. Uluslararası Tahkim Formu, Amerikan Sağlık Hukukçuları Derneği, Amerikan Tahkim Enstitüsü ve de Adli Tahkim Ve Arabuluculuk Hizmetleri birimleri belirli ücret karşılığında taraflara alanında uzman kişilerce tahkim hizmeti vermektedirler.³⁸ Ancak verilen tahkim kararları kesin ve bağlayıcıdır ki bu demek oluyor ki önemli bir usul veya delil hatası kararın sonucunu etkilese bile, kararları temyizde gözden geçirilemez.³⁹

Amerika'daki tahkim mekanizmasının daha yaygın ve iyi bir şekilde ilerlemesinin bir diğer nedeni de yargı sisteminin malpraktis uyuşmazlıkların da tarafları tahkime teşvik etmesidir. Bu yönlendirme oldukça etkindir çünkü mahkemeler hastaya veya hasta yakınına tahkim sözleşmesini imzalarken yahut teşhis ve tedavi sözleşmesinin içindeki tahkim klotunu kabul ederken dikkatli olmaları gerektiğini kararlarında vurgulamaktadırlar. Bu da aslında hasta ve hasta yakınlarına daha fazla sorumluluk yüklemektedir. Örneğin, Amerikan mahkemeleri önlerine gelen hasta ve hasta yakınlarının tahkime ilişkin itirazlarında tarafların matbu bir sözleşme de olsa okuma görevi olduğunu ve eğer ki sözleşme tarafının esasen okumadığı maddelerin sonuçlarına itiraz etmekten feragat ettiğinin kabul edildiğini belirtmektedir.⁴⁰ Neden olarak ise tarafları ki bu aslen mağdur taraf için söz konusudur, sözleşmeyi okumaya teşvik olarak gerekçelendirmektedir. *Moses H. Cone* davası,

³⁸ DEVILLE, s. 337. Ayrıca Amerika'daki bazı eyaletler bu tür uyuşmazlıklar için ayrı bir tahkim kanunu yürürlüğe sokmuşlardır. Bu kanun malpraktis uyuşmazlıklarının tahkime getirdiğindeki süreci düzenlemektedir. Örneğin, Medical Malpractice Arbitration Act in Michigan. BEDIKIAN, Mary, "Medical Malpractice Arbitration Act: Michigan's Experience with Arbitration." American Journal of Law & Medicine, C. 10, S. 3, 1984, s. 287-307.

³⁹ DEVILLE, s. 338.

⁴⁰ BLUM Brian A., Contracts: Examples & Explanations, 3d ed. 2004, s. 427-28.

mahkemenin tahkim konusundaki artan kararlılığını gözler önüne sermektedir. Mahkeme kararında "Tahkim Yasası [FAA], federal yasanın bir konusu olarak, tahkime elverişli konuların kapsamına ilişkin herhangi bir şüphenin tahkim lehine çözülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır." diye belirterek tahkime teşviği artırmıştır.⁴¹

Bunun yanında yine Amerikan mahkemeleri *Buraczynski v. Eyring* davasındaki⁴² ortopedi cerrahı, hastasından ameliyat öncesi tahkim anlaşmasını imzalamasını istedi. Ameliyat komplikasyonları sonucu hasta öldü ve ailesi dava açtı. Tahkime gitmek istemeyen hasta yakınları bu tahkim sözleşmesinin imzalanma anına dikkat çekerek, tıbbi ortamda uygulandığında ki bu zor durumda olan bir hastanın çaresi kalmadığı bir anda serbest iradesiyle değil mecburiyetten imzaladığını belirterek, ihtilaf öncesi tahkim anlaşmalarının kamu düzenine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak Tennessee Yüksek Mahkemesi aynı fikirde olmayıp ve tıbbi ilişkinin kabul edilen özel doğasına rağmen, tahkimin tıbbi ilişkilerde sıradan ticari ilişkilerde olduğu gibi yaygın olmaması kamu düzenine aykırılığın nedeni olamaz şeklinde karar vermiştir.⁴³ Nitekim ticari ilişkilerde borç içinde yüzen bir tacirin tahkim anlaşmasını imzalayıp daha sonra bu tarz bir itirazının nasıl kabul görmeyecekse aynı durumun malpraktis davaları içinde geçerli olduğu sonucuna varmıştır. Ancak, mahkeme bazı durumlarda uyuşmazlığının niteliğini gözden kaçırmış olduğu düşünülebilir. Zira malpraktis davalarında mağdur ve zor durumda olan bir hastanın o an acısının dinmesi veya son çaresi ise o tedavi önüne gelen tahkim anlaşmasına ilişkin bir değerlendirme ve pazarlık yapma durumu söz konusu olmayabilir. Sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda hasta ya da hasta yakınlarından bir tacir gibi basiretli ve öngörüsünün yüksek olmasının beklenmesi adil değildir. Tahkime elverişlilik noktasında da taraflar arasındaki ilişki ve güç dengesine bakıldığında kamu düzenini yakından ilgilendiren ve güçsüz tarafın karşı taraf ile eşit konuma gelmeden tahkim yargılamasının yapılması da adalet duygusuna aykırı olacaktır.

⁴¹ *Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983).

⁴² *Buraczynski v. Eyring*, 919 S.W.2d 314 (Tenn. 1996).

⁴³ DEVILLE, s. 351.

Tahkim yargılamasının Amerika'daki sürecinin daha iyi yürütülmesinin nedenlerinden diğeri ise doktorlar yargılamaya taraflar ve bazı durumlarda eğer ilgiliyse sağlık kuruluşu da taraf olabilmektedir. Ayrıca doktorlar son dönemlerin en yaygın sigorta türü olan meslek sigortalarını mutlaka yaptırmaktadırlar. Herhangi bir tazminat durumunda bu sigortadan ödemeler gerçekleşmektedir. 2005 yılında da Hasta Güvenliği ve Kalite İyileştirme Yasası yürürlüğe girmiştir ve bu kanun aslen İtalya'dan örnek alınmış ve amaç gizli tıbbi hata raporlaması yapılmasıdır.⁴⁴ İtalya da kullanılan bu yöntem sağlık kuruluşlarında hasta güvenliği ve risk yönetimi birimlerini entegre etmede ve buna bağlı malpraktis dava sayısının azalmasında etkin rol oynamıştır.⁴⁵ Ancak Amerika'da bu yasanın ne kadar fayda sağladığına ilişkin net bir kanıt veya değerlendirme bulunmamaktadır.

IV. MALPRAKTİS DAVALARINDA TAHKİMİ DAHA ELVERİŞLİ KILMAK

Tahkim yargılamasının bir çok faydası olduğu gibi malpraktis uyuşmazlıklarında da taraflara sunduğu geniş imkanlar mevcuttur. Öncelikle tahkim yargılaması taraflara kendilerini özgürce ifade edebilecekleri, doğrudan bu alanda uzman olan kişilerin yargılamayı yapması, uyuşmazlığın daha kısa sürede çözüme kavuşturulması ve bunun sonucu tazminata daha hızlı erişim sağlamaktadır.⁴⁶ Malpraktis davalarının mahkemelerde uzun sürmesi, bilirkişi tayinleri, itirazlar, uzman kişilerden mütalaa alınması vs. gibi durumlar aslen alınacak olan tazminatın gecikmesine ve de ayrıca eğerki bu tazminatla bir tedavi

⁴⁴ LI et al., 9. DI LUCA A, VETRUGNO G, PASCALI VL, et al., "Perspectives on patient safety and medical malpractice: a comparison of medical and legal systems in Italy and the United States" J Patient Saf, C. 15, 2018, s. 78-81.

⁴⁵ LI et al., 9. ZHAN, Chunliu, et al., "How useful are voluntary medication error reports? The case of warfarin-related medication errors" The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety, C. 34, S. 1, 2008, s. 36-45.

⁴⁶ KWON, 171-173. QUIRİNG, Steven, "Attorney-Client Arbitration: A Search for Appropriate Guidelines for Pre-Dispute Agreements", 80 Tex. L. Rev., 2002, s. 1213-1214. RUSSO, Louis A., "The Consequences of Arbitrating a Legal Malpractice Claim: Rebuilding Faith in the Legal Profession", 35 Hofstra L. Rev. 327, 2006, 330-31. Bknz <https://medarb.net/cozumlerimiz/saglik-hukuku/> son erişim 11.2. 2022.

tekrarlanacaksa bunun ertelenmesine sebebiyet vererek mağduriyeti artırmaktadır.⁴⁷

Bunun yanında tahkimin temel özelliği olan gizlilik ilkesi de aslen uygulamasında mağdur olan tarafın acısının sürekli olarak tazelenmesini önler ve de karşı taraf olarak doktor ise henüz kendi kurusu ile bir zarara sebebiyet verdiği kesinleşmeden kişisel kariyerinin zarar görmesini engeller. Eğer karşı taraf bir sağlık kuruluşu ise (ki özel hastaneler şirket niteliği taşıdıkları için ticari sır itibarlarının korunması oldukça önemlidir) adının saklı kalması da gelecekteki faaliyetleri için önem arz etmektedir.⁴⁸

Elbetteki küreselleşen dünyanın gittiği yönden ayrılmak günümüzde çok da mümkün olmadığı gibi yeni mekanizmalara da uyum sağlamak aynı derecede problemlili olabilmektedir. Önemli olan yeni gelişen sistemlere ayak uydururken, bu sistemleri konusu olacak olan malpraktis davalarında etkin ve adil bir şekilde çalışabilmesi için bazı modifiyeler de yapılması gerekmektedir. Her iki ülkeye baktığımızda uzun zamandır bu tür uyuşmazlıkları tahkime götürüyor olsalar da Amerika'nın bu alanda kurumsallaşmaya gitmesi ve hasta/ hasta yakınlarına karşı şeffaf davranması aslen taraflara güven aşılacaktır.

Genel olarak halihazırda malpraktis davalarının tahkime götürüldüğü ülkeler ve aynı zamanda ileri de götüreceği ülkeler için yapılması gereken, bu tür uyuşmazlıkların kendine has özelliklerini belirleyerek daha fazla bir mağduriyete neden olmayacak şekilde çözümler üretilmesi gerekmektedir. "Zengin ve fakir karşı karşıya kaldığında özgürlük ezer, yasa ise kurtarıcı olur"⁴⁹ cümlesi aslen tahkimin her ne kadar taraf iradesine sıkı sıkıya bağlı bir çözüm yöntemi olsa da taraflar ve uyuşmazlık konusu göz önüne alındığında bu özgürlüğün aslen bir mağduriyet oluşturacağı, ancak yasa koyucuların bu özgürlüğü tarafları eşit seviyeye getirmek için yeni bir mevzuat hazırlaması gerekmektedir. Bu yasaya öneri olarak ülkelerdeki sağlık ile

⁴⁷ Bknz <https://medarb.net/cozumlerimiz/saglik-hukuku/> son erişim 11.2. 2022.

⁴⁸ Bknz <https://medarb.net/cozumlerimiz/saglik-hukuku/> son erişim 11. 2. 2022.

⁴⁹ KABOĞLU İbrahim, Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İstanbul, 4. Baskı, 1998, 134. SEZER, Abdullah, KIRIT, Emrah, BOYAR, Oya, Hukuk Devleti, İstanbul, 2003. PÜRSELİM ARNING, s. 506.

ilgilenen resmi kurumlarının bu tarz malpraktis tahkim davalarında mağdurun yanında tahkime katılması seçeneklerden biri olabilir.⁵⁰ Bu katılım gerek devletlerin sağlık politikalarını geliştirirken kaynak olarak kullanacakları raporlar şeklinde hazırlanabilir. Ayrıca, hasta ya da hasta yakınları tahkim yargılamasında kendilerini zayıf ve güçsüz hissetmezler. Bu tahkim yargılamasındaki sağlık kuruluşu ya da doktorun da karşı tarafa olası baskısını azaltır ve de hem daha objektif hem de daha adil bir yargılama yapılabilir. Kurumdan katılan yetkili sadece yargılama sürecini raporlamayıp aynı zamanda hasta ya da hasta yakının bilmediği yahut yapmadığı itirazları yaparak yargılamanın daha sağlıklı ilerlemesine de katkı sağlayabilir.⁵¹ Böylelikle mahkemelerin dezavantajları ortadan kaldırılırken, tahkimin de bu alanda dünya çapında yaygın olarak kullanılmasını destekleyebilir. Diğer bir çözüm önerisi ise aslen hasta ya da hasta yakınlarının uyuşmazlık ortaya çıktığında tahkime itiraz etmelerinden dolayı bu tahkim sözleşmesinin daha etkin hazırlanması olabilir. Öncelikle tahkim anlaşması net ve açık ifadeler ile hazırlanmalıdır. Diğer bir deyişle yoruma mahal vermeyecek şekilde şartları açık olmalıdır. Bunlardan ilki hastaya yahut hasta yakınlarına tahkime verdikleri rızayı makul bir süre içinde geri alma

⁵⁰ "To assure that Kaiser's arbitration system met its stated goals of providing fair, efficient, and timely resolution of medical malpractice disputes against its providers, the Panel recommended that the health maintenance organization appoint an independent monitor to regularly audit and report process performance and outcomes. An outside lawyer who neither arbitrates disputes nor represents parties in arbitration was appointed to implement this recommendation. The Independent Administrator issues annual reports on the program, including number of filings, mode of disposition, outcomes (including settlement and monetary awards), and fees." HENSLER, Deborah R., DAMİRA Khatam, "Re-Inventing Arbitration: How Expanding the Scope of Arbitration Is Re-Shaping Its Form and Blurring the Line between Private and Public Adjudication" Nevada Law Journal, C. 18, S. 2, 2018, s. 381-426.

⁵¹ Son olarak ise ülkemizde de 15 Haziran 2022 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbî İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik de seçeneklerden biri olabilir. Burada aslen Sağlık Bakanlığı'nun oluşturacağı resmi görevli kişilerden oluşan inceleme kurulu malpraktis uyuşmazlığının çözüm sürecinde hem hasta/hasta yakınlarına hem de hekim ve sağlık kuruluşları için güven ortamı oluşturabilir. Bknz: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/06/20220615-14.htm> son erişim 27.08.2022.

hakkı tanınabilir.⁵² Tahkim anlaşmasında bu tarz bir hüküm hastalık anında veya acil tıbbi bir durumun baskısı altında imzalandığı için rızanın geçerli olmaması itirazını ortadan kaldırabilir. Çünkü hükümde verilen makul sürede bu acil durum baskısı ortadan kalmış ve serbest irade ile tekrar bir düşünme hakkı hasta ve hasta yakınlarına tanınmış olur.

SONUÇ

Şüphesiz ki malpraktis davaları içinde dünya genelinde diğer uyuşmazlıklar gibi yakın zamanda tahkim yargılamasına başvuru yolu açılması kuvvetle muhtemeldir. Hali hazırda ülkemizde de sağlık hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuk yöntemiyle çözümlenebilirken daha ciddi boyutlardaki malpraktis davalarının tahkim yargılamasına ihtiyaç duyulacağı düşünülebilir. Malpraktis davalarının tahkime elverişliliği somut haliyle olmasa da, bu tür uyuşmazlıklar için tahkim yargılaması yolu açılırken dikkat edilmesi gereken konular vardır. Öncelikle yasa koyucular her iki tarafında çıkarlarını göz önüne alarak adil ve tarafsız bir yargılama için gerekli önlemleri almalıdırlar. Dünya genelinde örneklere bakıldığında Amerika'da görüldüğü üzere kurumsallaşmanın, aslen yargılama kuralların ve ücretlerinin önceden belirlenmesi (şeffalık) oldukça önemlidir. Çünkü taraflar tahkim yargılamasına gitmeden nelerle karşılaşacağını önceden bilir ve buna göre uyuşmazlık çıkmadan bu uyuşmazlık çözüm yöntemine bilinçli bir şekilde taraf olurlar. Diğer yandan malpraktis davalarının taraflarının özel durumuna ilişkin, resmi kurumlarca tarafsız ve bağımsız bir uzman raporötör atanması malpraktis davalarında özellikle hasta /hasta yakınları açısından tahkime yönelmenin önünü oldukça açacaktır. Mağdur olan hasta/hasta yakınları tahkim yargılamasında kendilerini sağlık kuruluşu/doktor ile eşit konumda görerek bu yargılamanın adil ve tarafsız olacağına güven duyabilirler. Zayıf tarafın korunması ilkesine böylelikle uyumlu hale gelebilir. Bunun dışında sağlık kuruluşları veyahut doktorla yapılan

⁵² ZUKHER, David, "The Role of Arbitration in Resolving Medical Malpractice Disputes: Will a Well-Drafted Arbitration Agreement Help the Medicine Go Down" Syracuse Law Review, C. 49, S. 1, 1998, s. 135-174 (providing for a 30-day period during which the patient can revoke the consent to arbitrate).

sözleşmelerde uyuşmazlık çözüm yöntemine ilişkin kısmın esas sözleşmede tahkim klozu şeklinde değil, ayrı bir sözleşme şeklinde detaylı olarak hazırlanması ve hasta/hasta yakınlarının bu anlaşmayı sadece okumaması aynı zamanda tahkim konusunda aydınlatılması gerekmektedir. Bunun akabinde hasta/hasta yakınlarına içinde buldukları aciliyet hissinden çıkana kadar cayma hakkı için makul süre verilmesi de uyuşmazlık çıktıktan sonraki problemleri önemli ölçüde azaltabilir.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2016.
- BEDIKIAN, Mary, "Medical Malpractice Arbitration Act: Michigan's Experience with Arbitration", American Journal of Law & Medicine, 10, 3, 1984, 287-307.
- BLUM, Brian A., Contracts: Examples & Explanations, 3d ed. 2004, 427-28.
- DAVİ, Salvatore G., "A Survey of States' Views on Binding Arbitration Agreements in Healthcare Disputes and the Advocation for a Strict, Uniform Standard", Resolved: J Alternative Disp Resol 46, 2019, 7:2.
- DEĞDAŞ, Ulaş Can, "Hatalı Tıbbi Uygulamadan (Malpraktis) Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4, 2018, S. 41-65.
- DEVILLE, Kenneth A., "The Jury is Out: Pre-Dispute Binding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims: Law, Ethics, and Prudence", The Journal of legal medicine, 28,3, 2007, 333-395.
- DI Luca A, VETRUGNO G, PASCALI VL, et al., "Perspectives on patient safety and medical malpractice: a comparison of medical and legal systems in Italy and the United States", J Patient Saf, 15, 2018, 78-81.
- DOĞAN, Vahit, Tahkime Elverişlilik Bağlamında Yabancı Unsur, Ed. DOĞAN, Vahit/YILMAZ, Alper Çağrı/İZMİRLİ, Lale Ayhan, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2019.
- ERKAN, Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara, 2013.
- ERSEN PERÇİN, Gizem, "MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme", PPIL, 40/2, (Cemal Şanlı Armağanı), 2020, s. 1068.
- ESEN, Emre, "Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan), 2011.

- GIRAY, Faruk Kerem, "Milletlerarası Tahkimde Gizlilik", Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, 4, 2015, 63-120.
- HAKERİ, Hakan, "Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı", Bulletin of Thoracic Sursgerly/Toraks Cerrahisi Bülteni, 5, 2014, s. 1.
- HANCI, İsmail Hamit, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- HENSLER, Deborah R., DAMİRA Khatam, "Re-Inventing Arbitration: How Expanding the Scope of Arbitration Is Re-Shaping Its Form and Blurring the Line between Private and Public Adjudication", Nevada Law Journal, 18, 2, 2018, 381-426.
- HUANG, Xian, "Peace in the Shadow of Unrest: yinao and the State Response in China", The China Quarterly, 247, 2021, s. 724-748.
- HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.
- İŞTAR, Cengiz, "Tıbbi Malpraktis, Tıbbi Malpraktisin Psikolojik Boyutları ve Özel Hastanede Çalışan Hekimin Tıbbi Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 37, 2019, 107-132.
- JOHNSON, Vincent R, "The Importance of Doctor Liability in Medical Malpractice Law: China Versus the United States", ST. MARY'S JOURNAL ON LEGAL MALPRACTICE & ETHICS,10, 2, 2020.
- KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, İstanbul, 4. Baskı, 1998, 134.
- KARA, Hacı, "Yargıtay ve Hakem Kararlarına Göre Hekimin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 152,2021, s. 255-303.
- KIRRY, Antoine, "Arbitrability: Current Trends in Europe", Arbitration International 12.4 ,1996, 373-390.
- KURTULAN, Gökçe, "Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 131, 2017, 239-260.
- KWON, Hyung Kyun, "Arbitration, Agreement for Malpractice Disputes and its Ethical Magnitude", 10 Elon L Rev, 2018, 165.

- LEE, Albert, "Alternative Dispute Resolution for Medical Disputes", Hong Kong Law Journal, vol. 48, no. 1, 2018, pp. 23-36.
- LEW, Julian DM, et al., Comparative International Commercial Arbitration, Hague, 2003.
- LI Heng et al., Retrospective analysis of medical malpractice claims in tertiary hospitals of China: the view from patient safety, BMJ Open,9,10, 2020,1.
- ÖZCAN, Zeynep, "Malpraktis-Komplikasyon Ayırımının Önemi", Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi, 2018, 197.
- ÖZDEMİR Hayrunisa, Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara, 2017.
- ÖZEL, Sibel, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması", MÜHF – HAD, 23, 1, 2017, s. 317.
- ÖZGÖNÜL, Mustafa Levent, Berna ARDA ve Necati DEDEOĞLU, "Tıp Etiği ve Hukuk Açısından Tıbbi Hata, Malpraktis ve Komplikasyon Kavramlarının Değerlendirilmesi", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Tarihi Dergisi, 27, 2019, s. 48-56.
- ÖZKAN, Işıl/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, Ankara, 2017, s. 269.
- ÖZMUMCU, Seda, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, 2014, s. 831-871.
- PETEK, Hasan, "Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Uygulanması", DE-ÜHFD., 2013,15, Özel Sayı, s. 977.
- PÜRSELİM ARNING, Hatice Selin, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 27, 1, 2021, 496-512.

- RUSSO, Louis A., "The Consequences of Arbitrating a Legal Malpractice Claim: Rebuilding Faith in the Legal Profession", 35 Hofstra L. Rev. 327, 2006, 330-31.
- SEZER, Abdullah, KIRIT, Emrah, BOYAR, Oya, Hukuk Devleti, İstanbul, 2003.
- TAKAVUT, İbrahim Doğan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul, 2018.
- TÜYSÜZ, Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar, İstanbul, 2017.
- QUİRING, Steven, "Attorney-Client Arbitration: A Search for Appropriate Guidelines for Pre-Dispute Agreements", 80 Tex. L. Rev., 2002, s. 1213-1214.
- ZHAN, Chunliu, et al., "How Useful are Voluntary Medication Error Reports? The Case of Warfarin-Related Medication Errors", The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety, 34, 1, 2008, 36-45.
- ZHANG, Liuyi, STONE, Teresa E. and Jingping ZHANG, "Understanding the Rise of Yinao in China: A Commentary on The Little Known Phenomenon of Healthcare Violence", Nursing & Health Sciences, 19, 2, 2017, 183-187.
- ZUKHER, David, "The Role of Arbitration in Resolving Medical Malpractice Disputes: Will a Well-Drafted Arbitration Agreement Help the Medicine Go Down", Syracuse Law Review, 49, 1, 1998, 135-174.
- Buraczynski v. Eyring, 919 S.W.2d 314 (Tenn. 1996).
- Hernandez v. Crespo, 211 So.3d 19 (2016).
- Moses H. Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp., 460 U.S. 1, 24 (1983).
- Small v. HCF of Perrysburg, Inc., 823 N.E.2d 19, 24 (2004).
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04.03.1994 tarihli ve E.1994/8557, K.1994/2138 sayılı Kararı (www.kazanci.com)
- Yargıtay 13. HD.'nin 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/1382 sayılı Kararı(www.kazanci.com)

- Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 29.06.2020 tarihli 2019/3450 E. ve 2020/1932 K. Sayılı (www.kazanci.com)
- Yargıtay 13. HD.'nin 10.10.2006, E.2006/10068, K.2006/13288 sayılı Kararı (www.kazanci.com)
- Yargıtay 13. HD.'nin 06.07.2006, E.2006/5518, K.2006/11185 sayılı Kararı (www.kazanci.com)
- Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2012 tarihli ve E. 2012/21184, K. 2012/20509 sayılı Kararı
- <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1832021210748Saglik.pdf> son erişim 9.2.2022.
- <https://justpoint.com/knowledge-base/us-medical-malpractice-case-statistics> son erişim 3.1 2022.
- <https://medarb.net/cozumlerimiz/saglik-hukuku/> son erişim 11.2. 2022.
- <https://news.yale.edu/2020/01/28/estimates-preventable-hospital-deaths-are-too-high-new-study-shows> son erişim 5.12.2021.
- <https://time.com/4402311/china-attacks-doctors-medical-police-medicine-healthcare/> son erişim 7.9.2021.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/06/20220615-14.htm> son erişim 27.08.2022.



ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDA STAJYER AVUKATIN CEZA MAHKEMESİNDEKİ TEMSİL YETKİSİ

Raşit TAVUS*

Öz

Stajyer avukatların staj döneminde mesleki tecrübe kazanması önemlidir. Muvafakatname ile sulh mahkemelerinde duruşmaya katılmak, teorik eğitimin uygulamaya yansımaya şeklidir. Sulh ceza mahkemesi kaldırıldıktan sonra stajyer avukatın asliye ceza mahkemesinde temsil yetkisi olup olmadığına dair bir uyuşmazlık vuku bulmuştur. Uygulamada hâkim görüş olmadığı yönündedir, ancak Adalet Bakanlığı ve Barolar Birliği katılabileceğini düşünmektedir. Bu usul sorunu, yetkinin kapsamı, amacı ve sanık üzerindeki etkileri adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınmaya çalışılacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yakın tarihli bir kararıyla müdafii ile savunma hakkına dair yeni bir içtihat geliştirmiştir. Bu içtihat da gözetilerek güncel sorun ele alınarak hem stajyer avukatın mesleki gelişimi hem de sanık haklarının korunması gerekliliği gözetilerek sorun irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

- Stajyer Avukat • Muvafakatname • Savunma Hakkı • Adil Yargılanma
- Temsil Yetkisi

* Yargıtay Tetkik Hâkimi, Ankara, Türkiye | Rapporteur Judge of the Turkish Court of Cassation, Ankara, Türkiye.

✉ rasittavus@hotmail.com • ORCID 0000-0002-2765-7980

✎ **Atf Şekli** | Cite As: TAVUS Raşit, “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Stajyer Avukatın Ceza Mahkemesindeki Temsil Yetkisi”, SÜHFD., C. 30, S. 3, 2022, s. 1779-1803.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



REPRESENTATION POWER OF TRAINEE LAWYER IN CRIMINAL COURT UNDER THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

Abstract

Trainee lawyers need to gain professional experience during the internship period. Attending the hearing in the court of peace with a consent letter is a way of reflecting the theoretical education into practice. After the criminal court of peace was abolished, a dispute arose as to whether the trainee lawyer had the power to represent in the criminal court of first instance. There is no prevailing opinion in practice, but the Ministry and the Bar Association think that they can participate. This procedural issue will be discussed within the scope of the right to a fair trial, the scope and purpose of the authority and its effects on the accused. ECHR has developed new case law on the right to defense with a lawyer with a recent decision. Within the framework of this case law, the current problem will be discussed and the problem will be examined by considering both the professional development of the trainee lawyer and the need to protect the rights of the accused.

Key Words

• Trainee Lawyer • Consent • Power of Attorney • Fair Trial • Right of Defence

GİRİŞ

Avukatlık, temsil yetkisiyle yargılamaya katılan hukuk uzmanları olarak yargılamanın asli unsurlarından birini oluşturmaktadır. Avukatların yargılamaya katılması, yargının kalitesini artırmaktadır¹. Avukatlık müessese olarak Roma hukukuna kadar uzanan köklü bir geçmişe sahiptir². Ceza muhakemesinde silahlarda eşitlik ancak sanığın bir müdafii tarafından temsiliyle sağlanabilir³.

¹ ZAFER, Hamide, "Savunma Hakkı ve Sınırları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2013, C. 19, S. 2, s. 523. ŞAHİN Cumhuriyet/GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ankara 2021, s. 25. ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAĞSIZ Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2021, s. 188.

² YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2021, s. 85. NİŞANCI Dilaver, Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hakları, Ankara 2022, s. 141 – 144.

³ CENTEL, Nur, "Ceza Soruşturmasında Müdafii Rolüne Eleştirel Yaklaşım", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2014, C. LXXII, S. 2, s. 703 ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 200.

Sanığın nitelikli temsili ve etkin savunma, ancak staj evresindeki sağlam temeller sayesinde mümkün olabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8 Mart 2022 tarihli Elif Nazar Şeker/Türkiye kararıyla avukatların temsil yetkisi hakkında önemli bir içtihat geliştirmiştir. Mahkemenin savunma hakkına bakış açısı, stajyer avukatların ceza mahkemesindeki temsil yetkisine de ışık tuttuğu düşüncesindeyiz.

Stajyer avukatın temsil yetkisi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesinde "stajyerin yapabileceği işler" başlığı altında düzenlenmiştir: "Avukat yanında staja başladıktan sonra, avukatın yazılı muvafakati ile ve onun gözetimi ve sorumluluğu altında, sulh hukuk mahkemeleri, sulh ceza mahkemeleri ile icra tetkik mercilerinde avukatın takip ettiği dava ve işlerle ilgili duruşmalara girebilir ve icra müdürlüklerindeki işleri yürütebilirler."

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği'nde stajyer avukatlara temsil yetkisi verilmesinin gerekçesi şu şekilde izah edilmiştir: "Bu Yönetmeliğin amacı Avukatlık stajının hukuk bilgilerini bilimsel verilerden ayrılmaksızın ve bilimin yöntemlerini kullanarak somut olaylara uygulayabilen, yargılama süresince yargılama faaliyetinin yönetimine ve kararın oluşumuna etkin biçimde katılabilen, meslek ilke ve kurallarına bağlı, hak arama özgürlüğünün yaşama geçmesi için uğraş veren, insan haklarına saygılı, demokrasi ve hukukun üstünlüğünden ayrılmayan, bağımsız ve özgür avukatın yetişmesi için hukuksal, sanatsal, eğitsel olanakların sağlanmasıdır."

Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesi gerekçesinde ise stajyerlerin hem daha iyi yetişecekleri hem de geçimlerine katkı sağlayacak bir gelir kaynağı olacağı düşüncesiyle düzenlemenin yapılma amacı izah edilmiştir⁴. Buradaki amaç stajyerin iş yapması değil, daha iyi yetişmesini sağlamaktır⁵. Anayasa Mahkemesi de stajın önemini ve sadece temel hukuki konularda eğitim almanın avukatlık açısından yeterli olmadığını belirtmektedir.⁶

⁴ İstanbul Barosu Dergisi, "Avukatlık Kanunu Özel Sayısı", C. 42 (Mayıs-Haziran 1969), s. 145.

⁵ ÇİNE Özcan, Uygulamada Soru ve Cevaplarla Avukatlık Hukuku, Ankara 2014, s. 43. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 594.

⁶ Anayasa Mahkemesi, 2007/16 E. 2009/147 K. sayılı ve 15.10.2009 tarihli kararı.

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 84. maddesiyle birlikte sulh ceza mahkemesi kaldırılıp yerine sulh ceza hâkimliği kurulmuştur. Kanunun 83. maddesine göre yargılama ile alakalı sulh ceza mahkemesine yapılacak atflardan artık asliye ceza mahkemesi, idari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvurulara, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli karar ve işlemlere ve kanunlarda sulh ceza mahkemesince veya hâkimince verilmesi öngörülen karar veya işlemlere ilişkin olanlardan sulh ceza hâkimi anlaşılacaktır.

Sulh ceza hâkimliğinin sadece soruşturma evresindeki işlerle görevli hâkimlik ile idari yaptırımlar açısından itiraz mercii olarak, yeni şekle bürünmüş olması dikkate alındığında stajyer avukatın hangi ceza merciinde Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesi gereğince temsil yetkisini icra edeceğine dair bir usul sorunu vuku bulmuştur. Bazı asliye ceza mahkemeleri stajyerin asliye ceza mahkemesinde temsil yetkisi olmadığı gerekçesiyle muvafakatname ile duruşmaya katılma taleplerini reddederken bazı mahkemeler ise bu talepleri kabul etmiştir⁷.

Sorunun çözüme kavuşması için Türkiye Barolar Birliği tarafından 16.02.2016 tarihli ve 1430 sayılı yazıyla Adalet Bakanlığında konuya dair görüş istenmiş, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 26.12.2016 tarihli, 923558809-152.02-99-8736/19644 sayılı cevap yazısıyla birlikte Bakanlık konuya dair görüş bildirmiştir. Buna göre stajyerin yapabileceği işlerden biri olan sulh ceza mahkemesinde duruşmaya katılma bir yargılama faaliyetini konu aldığından, Avukatlık Kanunu'ndaki sulh ceza mahkemesi ibaresinin yargılamaya ilişkin olarak değerlendirilip, atf olarak asliye ceza mahkemesinin anlaşılması gerekmektedir. Ancak Bakanlığın görüşü kanaatimizce mevcut hâliyle sorunu çözmekten uzaktır.

Türk hukukunun temel sorunlarından biri, avukatlık stajının verimliliğidir⁸. Staj döneminin verimsizliği ve bu süreçteki mesleki eğitim yetersizliğinin neticesinde beklenen faydaya ulaşmak olası değildir⁹. O

⁷ Türkiye Barolar Birliğinin 16.02.2016 tarihli ve 1430 sayılı yazısı. (<http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170102140001718.pdf> Tarih:19.09.2021)

⁸ DEMİR, Şamil, "Avukatlık Kariyeri Üzerine", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2008, S. 3, s. 61.

⁹ ARITÜRK Ramazan, Fakültenen Adliye Yargının Yeniden Yapılandırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 255 – 256.

hâlde stajyer avukatın temsil yetkisinin kapsamı tartışılırken staja dair mevcut sorunlar da göz ardı edilmemelidir.

Meselenin tek taraflı yönüyle yani stajyer avukatın mesleki tecrübesini ve staj verimliliğini artırmak yönüyle ele alınması ise bir menfaat çatışmasına sebebiyet verir. Sanık menfaatinin ihmali ve temsil olunanın göz ardı edilmesi, yargılamanın öz amacından uzaklaşmasına sebebiyet verir.

Ceza yargılamasında asıl olan sanığın haklarının etkin bir şekilde korunması ve sanığa adil yargılanma hakkı sağlanmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre sanık etkili ve pratik hukuki destek alabilmelidir.¹⁰ Stajyer avukatın temsil yetkisinin kapsamı bu esas gözetilerek incelenmeli ve sanık açısından yapılacak değerlendirme neticesinde sonuca ulaşmalıdır.

I. STAJYER AVUKATIN TEMSİL YETKİSİNİN SINIRI

1. Kanun Koyucunun Amacı

Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesinin başlığının eski hâli "Stajyerin Vekâlet Alması" şeklinde idi. 4667 sayılı Kanun ile birlikte madde başlığı "Stajyerlerin Yapabileceği İşler" şeklinde değiştirilmiştir. Stajyer avukatın duruşmalarda stajyerliğini yaptığı avukatın müvekkilini temsil etmesinin "iş" olarak nitelendirilmesi isabetli bir değişiklik değildir. Madde gerekçesinde stajyer avukatın bizzat vekalet almasının daha iyi yetişmesine olanak sağlayacağı belirtilmiştir¹¹. Başlığın eski hâli üzerinden amaç ile ilgili yorum yapmak gerekirse kanun koyucunun stajyerin temsil kabiliyetini artırmak için sınırlı bir temsil yetkisi verdiği düşünülebilir.

Kanun hazırlanırken stajyer avukatın temsil kabiliyetini, sorumluluk bilincini ve mesleki tecrübesini artırmayı hedefleyen bir sistem belirlenmiştir. Stajyerin temsil yetkisi sadece sulh mahkemeleri ile sınırlıydı ve aynı muhakeme usulüne tabi diğer mahkemelerde temsil yetkisinin verilmemesi benimsenen sistemin bilinçli bir tercihiydi.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Beuze/Belçika, Başvuru No: 71409/10, 09.11.2018 tarihli kararı.

¹¹ İstanbul Barosu Dergisi, s. 145.

2. Sulh Mahkemesi ile Asliye Mahkemesi Arasındaki Ayrım

Stajyer avukata asliye mahkemelerinde temsil yetkisinin verilmesinin nedeni irdelenirken öncelikle sulh mahkemesi ile asliye mahkemesi arasındaki ayrımı incelemekte fayda vardır. Kanun koyucunun bu iki mahkemeye yüklemiş olduğu misyon, stajyer avukatın temsil yetkisinin sınırlarının tespitine ışık tutmaktadır.

Sulh mahkemesi ile asliye mahkemesi arasındaki ayrım hem ceza hem de hukuk muhakemesi açısından geçerlidir. Bu mahkemeler makam olarak tabi oldukları yargılama kanunundan bağımsız ve tektir. Hukuk alanında görev yapan kısmına "hukuk", ceza alanında görev yapan kısmına "ceza" ismi eklenmektedir. Mahkemelerin işlevselliği, amaçları ve tabi oldukları yargılama sistemi içindeki misyonları ceza veya hukuk ayrımı yapılmaksızın bir bütün olarak ele alınmalıdır¹².

Mahkemelerin tarihi incelendiğinde, sulh ve asliye mahkemeleri ayrımının temelini bir misyon farklılığına dayandığı anlaşılmaktadır. Sulh mahkemesinin öncelikli görevi tarafların uzlaşması ve meselenin sulh yoluyla çözülmesi¹³, asliye mahkemelerinin öncelikli görevi yargılamayı sonuçlandırarak hukuki bir tespite ulaşmak ve adaleti bu tespit sonucuna göre tahsis etmektir¹⁴.

Hukuk yargılamasında sulh mahkemesi, basit olan, fazla karmaşık olmayan, meblağ itibarıyla daha düşük maddi değerleri konu alan uyuşmazlıkları; asliye mahkemesi ise daha karmaşık, meblağ itibarıyla daha yüksek maddi değerleri konu alan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmakla görevlendirilmiştir¹⁵.

Ceza yargılamasında sulh mahkemesi üst sınırı iki yıla kadar olan suçlar açısından görevliken asliye mahkemesi, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan suç ve işlere bakmakla görevli

¹² TANRIVER, Süha, "Sulh Hukuk – Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler", TBB Dergisi 2013, S. 105, s. 38 – 39.

¹³ ÖZTEK, Selçuk, "Adil ve Çabuk Yargılama, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri", Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s. 496

¹⁴ TANRIVER, Süha, "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", AÜHFD, Ankara 2000, C. 49, S. 1, s. 69.

¹⁵ TANRIVER, Sulh Hukuk – Asliye Hukuk, s. 39.

mahkemeydi. Sulh ceza mahkemesi açısından da sulh mahkemelerine yüklenen tarihsel misyona sadık kalınmıştı.

Bu misyonun bir yansıması olarak onarıcı ve tazmin edici tedbirler ile uzlaştırma ve sulh girişimleri, onarıcı adalet anlayışında karşımıza çıkmaktadır¹⁶. Sulh ceza mahkemesi kaldırılmadan önce mahkemenin görev alanındaki suçların önemli bir bölümünü hapis cezasına alternatif yöntemlerle çözüme kavuşturmaya gayret edilmişti. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi birtakım müesseseler ile tarafların uzlaşması hedeflenmiş ve onarıcı adalet olgusu ön plana çıkartılmaya çalışılmıştır. Yine sulh ceza mahkemesinde Cumhuriyet savcısının kural gereği katılmıyor oluşu bu misyonun bir yansımasıydı¹⁷ çünkü maddi gerçeğe ulaşmak ikinci plandaydı. Sulh ceza mahkemesinin kaldırılması neticesinde bu mahkemenin görevindeki suç ve işler açısından bu mahkemeye yüklenen misyon hâlen devam etmektedir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'na yeni yargılama usulleri, onarıcı adalet felsefesi düşünülerek, basit ve seri yargılama usulleri olarak dâhil edilmiştir.

Stajyerin hangi mahkemede temsil yetkisini kullanıp kullanamayacağı barolar tarafından etkin bir şekilde denetlenmektedir. Bu yetkinin Asliye hukuk mahkemesinde kullanılmaya çalışılması disiplin cezasını hak eden bir kusurdur¹⁸.

3. Muhakeme Kanunlarındaki Değişikliklerin Stajyerin Temsil Yetkisine Etkisi

a. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönünden

Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce sulh hukuk mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki görev ayrımının gerekliliği, sulh hukuk mahkemesinin yazılı yargılama usulüne yakınlaşması başta olmak üzere sair sorunlar sebebiyle uzun yıllar boyunca tartışılmıştır. Kimi yazarlar ayrımın artık sadece şeklen kaldığı ve sulh hukuk mahkemesinin fiilen asliye hukuk mahkemesi gibi çalıştığı, bu nedenle de

¹⁶ DIGNAN James, Understanding Victims And Restorative Justice, Open University Press, Berkshire 2005, s. 108.

¹⁷ CİN Onursal, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Konya 2012, s. 53.

¹⁸ KAÇAK Nazif, Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu, Ankara 2010, s. 420 – 421.

iki farklı mahkemeye gerek olmadığı görüşündedir¹⁹. Karşıt görüşe göre bu ayırım tarihsel kökeniyle birlikte değerlendirildiğinde önem arz etmektedir, sorunların çözümünü mahkemelerin birleştirilmesinde aramak yanlış olur. Bu durum, mahkemeler arasındaki düzenin bozulmasına ve bir karmaşaya sebebiyet verecektir. Mevcut ayırımın yapısal iyileştirmelerle güçlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. HMK'nın kanunlaşma sürecinde doktrindeki tartışmalar dikkate alınmış ve eski kanunda öngörülen birçok sorun aşılmıştır²⁰.

2011 yılında yürürlüğe giren yeni kanunla sulh hukuk mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki görev ilişkisi ve kanunun öngördüğü iki farklı yargılama usulü yeni kanunun omurgasını oluşturmuştur²¹.

Temsil yetkisine etkisi yönünden stajyer avukatın katıldığı duruşmalar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle stajyerin sorumluluğu açısından ciddi bir değişikliğe yol açmamıştır. Hatta temsil yetkisinden doğan sorumluluğun azaldığı söylenebilir. Yargılama usulleri arasındaki fark artık daha belirgindir ve eski kanun döneminde uygulamadan kaynaklanan sair sorunlar, basit yargılama usulünün daha ayrıntılı ve net bir şekilde düzenlenmesi neticesinde büyük oranda çözülmüştür²². Sulh hukuk mahkemesi, yeni görev ayırımı çerçevesinde stajyerin mesleki tecrübe kazanması için daha elverişlidir.

b. Ceza Muhakemeleri Kanunu Yönünden

Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda yapılan reformlarla daha modern ve çağın şartlarına uygun bir sistemin benimsendiği ifade edilebilir.²³ Yeni ceza kanunlarıyla stajyerin temsil yetkisine ciddi bir değişiklik getirilmemiş ve bu kanunlarda stajyer avukatın temsil yetkilerine dair herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir.

Eski ve yeni usul kanunları karşılaştırıldığında sulh ceza mahkemelerinin görevlerinde ciddi bir değişiklik olmadığı anlaşılmaktadır.

¹⁹ KURU, Baki, "Sulh-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımı Kaldırılmalı mıdır?", Bursa Barosu Dergisi 1987, S. 29, s. 2-3;

²⁰ Tanrıver, Sulh Hukuk – Asliye Hukuk, s. 39-41.

²¹ Tanrıver, Sulh Hukuk – Asliye Hukuk, s. 39.

²² Tanrıver, Sulh Hukuk – Asliye Hukuk, s. 39.

²³ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 9 – 10.; ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara 2005, s. 11.

Dolayısıyla Avukatlık Kanunu'ndaki stajyerin duruşmaya katılmasıyla hedeflenen kazanım, yeni kanun zamanında da gerçekleşmeye devam etmiştir.

Ancak 6545 sayılı Kanun ile sulh ceza mahkemesinin üst sınırı 2 yıl ve altı olan suçları konu alan yargılama yetkisi asliye ceza mahkemesine devredilmiştir. Böylelikle ceza yargı örgütlenmesindeki üç tip ilk derece yargılama sisteminden iki tip ilk derece yargılama sistemine geçiş yapılmıştır. Bu değişiklik, stajyerin temsil yetkisinde güncel usul sorunlarının kaynağını oluşturmaktadır.

4. Stajyerin Yapabileceği İşler Sebebiyle Doğan Sorumluluk

Stajyeri staja kabul eden avukat, stajyerini Staj Yönetmeliğinde belirtilen şartlarda yetiştirmekle yükümlüdür²⁴.

Belirtmek gerekir ki stajyerin muvafakatname ile avukatın yerine stajyerin duruşmaya katılması, avukattan gelen talimat doğrultusunda duruşmaya girme zorunluluğu olup olmadığı net değildir. Kanunun lafzına bakıldığında temsil yetkisinin stajyerin tasarrufunda olduğu söylenebilir. Türkiye Barolar Birliği "denetim" kelimesinin de madde metnine işlenmesi gerektiği düşüncesindedir²⁵. Biz de avukatın stajyeri üzerinde denetim yetkisi olduğu görüşündeyiz.²⁶

Stajyerin temsil yetkisini kötüye kullanması veya özen sorumluluğunu yerine getirememesi nedeniyle cezai, hukuki sorumluluk veya disiplin²⁷ sorumluluğu doğabilir ancak temsil olunana karşı Avukatlık Kanunu'nda herhangi bir hukuki bağışıklığa veya istisnaya yer verilmemiştir.

Stajyerin temsil yetkisinden doğan cezai sorumluluğu, genel muhakeme usulüne tabidir. Avukatın görev suçundan dolayı yargılanması ancak belli bir usul bağlamında ağır ceza mahkemesinde icra olunur, bu durum Avukatlık Kanunu'nun 57. maddesi ve devamında düzenlenmiştir.

²⁴ ÇELİK, M. Lamih, "Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü", TBB Dergisi, Ankara 2007, S. 72, s. 349.

²⁵ Türkiye Barolar Birliği, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu değişiklik önerisi çalışma metni, Ankara 2012, s. 59.

²⁶ ÖZEN Atilla, Avukatlık Hukuku, Ankara 2019, s. 59.

²⁷ GÜNER Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2011, s. 713; GÖKCAN Hasan Tahsin, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Ankara 2012, s. 842.

Ancak stajyer avukatın bu kapsamda değerlendirilmesi kanunun lafzına bakılırsa mümkün değildir. Kanaatimizce bu durum isabetlidir. Stajyerin görev suçu sebebiyle ağır ceza mahkemesinde yargılanması, mesleki tecrübesizliği gözetildiğinde, oldukça ağır ve yorucu bir sürecin süjesi olması ve mesleki faaliyetlerinde hata yapmamak için psikolojik olarak daha edilgen tavır takınması gibi istenmeyen ve öngörülemeyen riskleri barındırabilir.

Muvafakat veren avukat açısından mesleki sorumluluk, temsil olunan kişiye karşı vekalet ilişkisi sebebiyle Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesi gereği devam eder. Bu hüküm, avukatın cezai sorumluluğuna sebebiyet vermekte ve avukatın ihmalini kanundan kaynaklanan garantörlük sebebiyle cezalandırabilir hâle getirmektedir²⁸. Yanında staj yapılan avukat; hukuki bilgisini somut olaya uygulayabilecek nitelikte, mesleki özen sorumluluğuna sahip ve mesleki ilke ve kurallara bağlı bir avukat yetiştirmekle mükelleftir.²⁹

Stajyer avukatın sorumluluğunun sınırlı tutulmaya çalışılması ve yetkinin sadece sulh mahkemeleriyle sınırlandırılması karşısında asliye ceza mahkemesindeki tüm suçlar açısından temsil yetkisinin kabulü, Avukatlık Kanunu'nda benimsenen amaç ve sistemle örtüşmemektedir.

5. Muvafakatname

Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasına göre bu yetki yazılı şekil şartına tabi olan ve süre olarak staj dönemini kapsayan genel bir yetkidir. Bu sebeple herhangi bir ek beyan ve işleme gerek olmaksızın tahdidi olarak sayılan mahkeme ve mercilerdeki muvafakat verenin işleri takip edilebilir. Kanundaki "duruşmaya girme" ifadesinden anlaşılması gereken ise bu ifadenin kovuşturma evresini kapsayan genel bir kavram olduğudur. Stajyer böylelikle keşif gibi diğer yargılama faaliyetlerine de katılabilir.³⁰

Stajyer avukatın ceza duruşmalarına muvafakatname ile katılması temsil yetkisinin devri olarak düşünülebilir ancak bu durum bir başka avukata yapılan yetki devri ile aynı güçte değildir. Bu durum

²⁸ AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 285.

²⁹ KORKUSUZ Refik/KORKUSUZ Halit, Avukatlık Hukukuna Giriş, Bursa 2014, s. 36.

³⁰ ÖZEN, s. 66.

uygulamada da karışıklıklara sebep olmuştur³¹. Buradaki sınırlı sorumluluk, stajyerin tecrübe kazanması içindir, dolayısıyla yetki sınırlıdır. Bazı istinaf mahkemelerinin kararlarında istikrarlı bir şekilde “yetki belgesi” ifadesine yer verilmektedir³². Bu karışıklık, uygulamada her iki müessese arasındaki farkların tam olarak anlaşılmasına delalettir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında avukat ile stajyer arasındaki ilişkinin bir iş sözleşmesi niteliğinde olmadığına, bu nedenle de stajyerin tebligat alamayacağına karar vermiştir³³. Stajyerin yapabileceği işler hayli dar yorumlanmıştır. Yargıtayın genel uygulaması, stajyerin yaptığı işin 26. madde kapsamında usulüne uygun düzenlenen bir muvafakatname ile yapılması halinde kendisinin kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi gerektiği şeklindedir³⁴. Ancak Yargıtay 5. Ceza Dairesi bir kararında, stajyer avukatın kamu görevlisi kabul edilmesini kanunilik ilkesine aykırı bulmuştur³⁵.

Muvafakatnamenin konu veya davaya özgü olarak düzenlenmiş olmamasının birtakım sakıncaları bulunmaktadır. Önem arz eden ceza davalarını stajyerin takip etmesini istemeyen muvafakat veren açısından stajyerin bu davaların duruşmalarına katılmasını kısıtlayan bir düzenleme yoktur. Nitekim, hak kaybı oluşturacak işlemler açısından da herhangi bir özel düzenleme olmaması hatalıdır. İspat hukuku açısından genel hükümlerin uygulanması durumunda yazılı talimat almayan stajyer, ileride doğabilecek hukuki uyuşmazlıklar açısından ispat külfetine katlanması gereken taraf olacaktır³⁶.

Sulh ceza mahkemesi ile sınırlı olan temsil yetkisi bir yönüyle muvafakat vereni de garantör sıfatıyla belli suç tipleri açısından sınırlı sorumluluk benimsediği için korumaktaydı.

³¹ <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=2211> (20.04.2021)

³² Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesi, 2019/4382 E. 2020/1005 K. 10.03.2020 tarihli karar, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesi, 2021/422 E. 2021/1153 K. 08.03.2021 tarihli karar.

³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/2-1287 E. 2019/90 K. 07.02.2019 tarihli karar.

³⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2020/8902 E. 2020/17568 K. 23.11.2020 tarihli karar, Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2018/2063 E. 2020/5988 K. 19.10.2020 tarihli karar.

³⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2012/11926 E. 2013/7262 K. 26.06.2013 tarihli karar.

³⁶ ÖZEN, s. 63.

Asliye ceza mahkemesinin görevli olduğu suç tiplerinin sayısı ve ceza makası gözetildiğinde muvafakat veren açısından sorumluluk kapsamı genişlemektedir. Avukatlık Kanunu'nda bir değişiklik yapılmamasına rağmen 6545 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik, muvafakat verenin sorumluluğunu ve muvafakatnamenin kapsamındaki yetkiyi artırmaktadır.

6. Temsil Olunanın Menfaati

Stajyerin temsil yetkisinin mahkeme bazında sınırlı tutulmasındaki temel sebeplerden biri de temsil olunanın hak ve menfaatinin zarar görme ihtimalini minimal seviyede tutma gayretidir. Stajyerin kendini geliştirmesinde veya mesleki tecrübe kazanmasında ceza kovuşturmasına muhatap olan temsil olunan açısından herhangi bir menfaat bulunmadığı gözetildiğinde, temsil olunanın davasına bir stajyerin girmesinin, taraf temsilinin asgari gereklerini sağlayacak nitelikte etkin ve pratik hukuki yardım alacağı hususunda bir riski de barındırdığı anlaşılmaktadır.

Müdafinin sanığa karşı bağımsızlığı ve sanığın menfaatlerini koruması hususlarında sanık ile müdafinin arasındaki görüş farklılıklarında öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre sanığın lehine olan durumun tercih edilmesi gerekirken CMK'nın 266/3. fıkrasında düzenlendiği üzere açıkça müdafinin iradesine üstünlük verilmiştir³⁷. Kanun koyucu temsil olunanın kendi menfaatini en iyi koruyacak kişi olarak müdafiyi değerlendirmiş olmalı ki görüş ayrılıklarında vekilin iradesi asilin iradesine tercih edilmiştir.

Sanık ile müdafinin arasındaki ilişkinin mahiyeti salt bir vekalet ilişkisinden öte hem özel hukuk hem de kamu hukuku yönü bulunan çift taraflı bir ilişki olup³⁸ öğretide baskın görüş müdafinin sanığın yardımcısı olduğudur³⁹. Yargıtay'ın da aynı görüştedir⁴⁰. Nitekim avukat, maddi gerçeğin ortaya çıkmasında sanık aleyhine olan delilleri yargılama

³⁷ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 203.

³⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 204.

³⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 190. ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ana Hatlarıyla), Ankara 2021, s. 173. CENTEL Nur/ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2021, s. 210 – 214. YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara 2019, s. 228. NİŞANCI, s. 138.

⁴⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1974/8-272 E. 1974/447 K. 09.12.1974 tarihli karar.

merciine bildiremez⁴¹, bu da savunma kurumunun sanığa yardım ile sınırlı olduğunun bir diğer emaresidir.

Savunma kurumu hem şüpheli veya sanık hem de kamu yararına-dır⁴². Erdener'e göre müdafî, savunma kurumunun toplumsal yönünü temsil eder⁴³. Stajyer ile avukat arasındaki ilişki ise sadece kanundan doğan ve kamu menfaati için kurulduğu gözetildiğinde sanığın menfaatiyle kamusal fayda arasında bir çıkar çatışması vardır.

Ceza muhakemesindeki sürelerin önemli bir kısmı hak düşürücü niteliktedir. Duruşmada yapılacak basit bir hata, temsil olunan açısından telafisi zor olan veya mümkün olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilir.

Hapis cezasına alternatif yaptırımların ve diğer müesseselerin sulh ceza mahkemesinde etkin bir şekilde kullanılması sebebiyle bu mahkemede verilen cezaların çok az bir kısmı doğrudan hapis cezası ile sonuçlanıyordu, nitekim 6545 sayılı Kanun'un gerekçesinde de bu durum ifade edilmiştir. Bu dönem itibarıyla stajyerin duruşmada hata yapması durumunda sanık açısından hürriyeti tehdit eden bir hak mahrumiyetinin yaşanması muhtemel değilken mevcut dönemde açısından maruz kalınan riskin yoğunluğu artmıştır. Dolayısıyla on yıla kadar ceza istemiyle yargılanan bir sanık açısından stajyerin temsil yetkisinin sınırsız olduğunu düşünmek sanığın çıkarlarına ters düşmektedir.

7. Yetkinin Hangi Mercide Kullanılacağı Sorunu

"Davasız yargılama olmaz." ilkesi gereğince duruşmaya katılmak, yargılamaya ilişkin bir muhakeme işlemidir. 6545 sayılı Kanun'daki atıftan asliye ceza mahkemesinin anlaşılması gerekir. Bakanlık görüşü de aynı doğrultudadır⁴⁴.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu incelemiş olduğu bir kararda, hakaret suçlamasıyla yürütülen bir yargılamada, stajyer avukatın müşteki vekili olarak yargılamaya katılmasında hukuka aykırılık görmemiştir.⁴⁵ Ancak

⁴¹ ÇETİN Beytullah, Savunma Hakkının Kısıtlanması, Ankara 2018, s. 54.

⁴² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 189.

⁴³ ERDENER, 228.

⁴⁴ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 26.12.2016 günlü 923558809-152.02-99-8736/19644 sayılı görüşü. (<http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170102140001718.pdf> Tarih: 19.09.2021)

⁴⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2019/8-371 E. 2020/422 K. 15.10.2020 tarihli karar.

istinaf mahkemelerinin istikrarlı uygulamalarına göre, asliye ceza mahkemesinde stajyerin yetkisinin temsil yetkisi kabul görmemektedir⁴⁶.

Sulh ceza mahkemesinin yargılamaya ilişkin görevinin bir başka mahkemeye devredildiği gözetildiğinde, stajyerin temsil yetkisinin yargılamaya yönelik olup olmadığını tespit etmek elzemdir çünkü yetkinin yargılamaya yönelik olduğu kabulü, asliye ceza mahkemesinde bu yetkinin kullanılabilceği anlamına gelir.

Kanun koyucu, stajyer avukatın mesleki tecrübe kazanması için farklı muhakeme rejimlerine tabi olan mahkemelerde duruşma ve işleyişi öğrenmesine olanak sağlamıştı. Sulh ceza mahkemesinde duruşmaya katılmak, kovuşturma sürecine dâhil olma ve ceza usul hukukunun uygulamasını öğrenme fırsatı sağlamaktaydı. Böylelikle stajyer avukatın mesleğe kabul edildiği an itibarıyla ceza muhakemesine dair temel enstrümanlara vâkıf ve görece tecrübe kazanmış olarak nitelikli bir temsil icra etmesi mümkün olacaktır.

Sulh ceza mahkemesinin, sulh ceza hâkimliğine dönüşmesiyle birlikte görevi artık soruşturma evresindeki işlerle sınırlandırılmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 26. maddesinde stajyer avukata soruşturma evresindeki işler ve usul işlemleri açısından temsil yetkisi verilmemiştir. Kanun koyucunun soruşturma aşamasında stajyerin aktif bir rol üstlenmesini istemediği anlaşılmaktadır. Soruşturma faslının bu yetki kapsamına dâhil edilmeme nedeni ise madde gerekçesinde izah edilmemiştir.

Son değişiklikle birlikte sulh ceza hâkimliğinin yargılamaya yönelik görevinin olmaması ve kanun koyucunun stajyere sadece duruşma ile sınırlı temsil yetkisi tanınması gözetildiğinde kanundaki atıftan sulh ceza hâkimliğinin anlaşılması olanaksızdır.

Adalet Bakanlığının konuya dair görüşünde ise asliye ceza mahkemesindeki suç tipleri açısından bir ayrıma gidilmemiş, yargılamaya ilişkin görevin asliye ceza mahkemesine devredilmesinden sonra, stajyer avukatların bu değişiklikten evvel asliye ceza mahkemesinin görevine giren suçlar açısından temsil yetkisinin bulunup bulunmadığı

⁴⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Ceza Dairesi, 2020/2777 E. 2021/52 K. 20.01.2021 tarihli karar, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 14. Ceza Dairesi, 2019/359 E. 2019/2364 K. 09.12.2019 tarihli karar, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi, 2019/2597 E. 2020/2955 K. 30.10.2020 tarihli karar.

tartışılmamıştır⁴⁷. Görüşte belirtildiği üzere sulh ceza mahkemesinin kaldırılması ile stajyer avukatın ceza mahkemelerindeki temsil yetkisinin sonlanmadığı şüphesizdir. Stajyer avukatların asliye ceza mahkemesinde muvafakatname ile duruşmalara katılması stajyerin kanuni hakkıdır. Avukatlık Kanunu'ndaki stajyerin mesleki tecrübesinin gelişmesi gibi amaçlar, asliye ceza mahkemesinde gerçekleşmeye müsaittir.

II. ADİL YARGILANMA HAKKINA ETKİSİ AÇISINDAN STAJYERİN TEMSİL YETKİSİ

Etkili bir yasal temsil, adil yargılanmanın yapı taşlarından biridir⁴⁸. Bir avukattan hukuki destek almak, bağımsız bir yargıç tarafından yürütülen ve iki farklı tarafın bulunduğu ceza muhakemesi için savunma kurumunun yargılamadaki rolünün ayrılmaz bir parçasıdır⁴⁹. Nitekim savunma görevini üstlenecek kişinin yetkili mahkeme önünde etkili bir temsil gerçekleştirebilecek, avukatlık ehliyetine sahip, uzman bir kişi olması ideal olmalıdır.⁵⁰ O hâlde stajyer avukat temsil yetkisinin kullanırken bu asgari yeterliliğin varlığı aranmalıdır.

Kural olarak avukatın duruşmadaki tutumu, adil yargılanma hakkının ihlalden sözleşmecî devletin kusuruna sebep oluşturmaz⁵¹. Ancak Avrupa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında, konu detaylı bir şekilde incelenmiş ve hukuki destek için asgari unsurlar belirlenmiştir. Mahkeme, devletlere hakkın özünün korunabilmesi için bu unsurların sağlanması noktasında bir yükümlülük yüklemiştir. Mahkeme, önceden kendi seçtiği müdafî tarafından temsil edilen sanığa sorulmaksızın zorunlu müdafî atanmasını isabetli bulmamıştır, ayrıca duruşmada temsil edecek olan müdafinin sanıkla iletişimde olmasını da asgari bir yeterlilik olarak belirlemektedir⁵². Kanaatimizce artık yargılama mercileri, temsil yetkisinin

⁴⁷ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 26.12.2016 tarihli, 923558809-152.02-99-8736/19644 sayılı yazısı.

⁴⁸ DOĞRU Osman/NALBANT Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, İstanbul 2012, s.647.

⁴⁹ SUMMERS Sarah J, Fair Trials, Oxford 2007, s. 78.

⁵⁰ TRECHSEL Stefan, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford 2005, s. 268.

⁵¹ GÖZÜBÜYÜK Şeref/GÖLCÜKLÜ Feyyaz/SAYGILI Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2019, s. 55.

⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Elif Nazan Şeker/Türkiye, Başvuru No: 41954/10, 08.03.2022 tarihli karar.

sözleşmeden değil kanundan kaynaklandığı hususlarda, bu iki konuyu denetlemekle mükelleftir.

Stajyer avukatın temsil yetkisinin asliye ceza mahkemesindeki tüm suçları kapsayıp kapsamadığı konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Yargılamaya ilişkin atıflardan bu mahkemenin anlaşılması, stajyer avukatın temsil yetkisinin kapsamında bir genişlemeye neden olup olmadığı sorununa sebebiyet vermektedir çünkü 5235 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre sulh ceza hâkimliği ile ağır ceza mahkemelelerinin görevi dışında kalan davalara artık asliye ceza mahkemesince bakılmaktadır.

Asliye ceza mahkemesine tabi suçların ceza makası ve olası mahkûmiyetin sonuçları nazara alındığında, sanık menfaatinin korunabilmesi ve adil yargılanmanın sağlanabilmesi için stajyerin temsil yetkisi sınırlarının kuşkuya mahal vermeyecek surette düzenlenmesi elzemdir.

Stajyer avukatın mesleki sorumluluk gerektiren hatası, sanığın menfaatinin kusuru olmaksızın zarar görmesi ve stajyer avukat ile muvafakat veren arasında kanundan kaynaklanan bir staj ilişkisinin olması, sanık ile muvafakat veren arasındaki vekâlet sözleşmesinin stajyer avukat tarafından temsili hususunda bir irade beyanı ortaya koymaması birlikte değerlendirildiğinde stajyerin kusuru sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine neden teşkil edebilir.

1. Stajyerin Kusurunun Eski Hâle Getirme Açısından

Değerlendirilmesi

Eski hâle getirme, kusuru olmayan tarafın hak kaybı yaşamaması için getirilmiş önemli bir başvuru imkânıdır. Sürenin kaçırılmasına neden olan engel, olayın özellikleri ve süreyi kaçırmanın özelliklerine göre değerlendirilmelidir⁵³. Vekilin kusuru, ceza muhakemesinde eski hâle getirme imkânı sunmaz, o hâlde muvafakatname ile duruşmaya katılan stajyer açısından da eski hâle getirme mümkün değildir.

Stajyer avukat yönünden eski hâle getirme için Avukatlık Kanunu'nda bir istisnaya yer verilmemiştir. Kanun koyucu, stajyerin yaptığı

⁵³ CENTEL, Nur, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hâle Getirme", İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 1985, C. 51, S. 1-4, s. 203.

işlerden doğan sorumluluğu muvafakatname verene yüklediği için stajyerin kusuru temsil olunan açısından sonuç doğuracaktır.

Avukat ile stajyer arasındaki ilişki, Yargıtayın tespit ettiği üzere sözleşmeden kaynaklanmaz; stajyer, avukatın çalışanı da değildir⁵⁴. Avukatlık Kanunu'ndan doğan bu ilişkinin amacı, stajın yürütülmesine ilişkindir. Bu nedenle stajyerin kusuruna vekil kusuru gibi yaklaşılması stajın ve temsil yetkisinin amacıyla bağdaşmamaktadır.

2. Müdafî Görevlendirilmesi Gereken Suçlar Açısından

Stajyerin Temsil Yetkisi

a. Alt Sınırı Beş Yıldan Fazla Hapis Cezasını Gerektiren Suçlar Açısından

CMK'nın 150. maddesinde hangi şartlarda resen müdafî görevlendirilmesi yapılacağı sayılmıştır. Bu durumlarda bir hukuk uzmanının mesleki bilgisinden faydalanmak şarttır.

Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçların stajyerin temsil yetkisinin kapsamında olup olmadığı incelenirken sanığın hukuki yardımdan faydalanması hakkında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin belirlediği asgari koruma şartlarını nasıl ve ne derece sağladığını da incelemek gerekir, zira Avukatlık Kanunu'nda bir yasaklama söz konusu değildir. Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre adil yargılanma hakkının bir sonucu olarak etkin ve pratik hukuk yardımı almak, esastır⁵⁵.

Sanığa müdafî atanırken dördü bir kriter çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır: Suçun ciddiyeti, davanın karmaşıklığı, silahların eşitliğinin sağlanması ve sanığın kişisel durumu⁵⁶. Görüleceği üzere suçun ciddiyeti ve davanın karmaşıklığı, stajyer avukatın mevcut tecrübesine göre temsilde zorlanmasına neden olacaktır. Zaten stajyer avukatın duruşmaya katılması ile belirlenen gaye kendisinin tecrübe kazanmasıdır. Sanığın bir hukukçunun tecrübesinden ve bilgisinden faydalanması hedeflenmişken stajyer avukatın tecrübe kazanmasını beklemek, menfaat çatışmasına ve sanık menfaatlerinin tali kalmasına neden olur. O hâlde

⁵⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/2-1287 E. 2019/90 K. 07.02.2019 tarihli karar.

⁵⁵ Beuze/Belçika.

⁵⁶ TRECHSEL, s. 273.

stajyerin etkin ve pratik destek sağlamaya yetecek hukuki tecrübeye sahip olmadığından zorunlu müdafilik gerektiren suçlarda bu müesseseden beklenen faydanın gerçekleşmesi muhtemel değildir. Bu sebeplerle biz, CMK'nın 150.maddesinde sayılan durumlarda stajyerin temsil yetkisinin olmadığını düşünüyoruz.

b. Tutuklu Sanık Açısından

Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2017/2257 E. ve 2017/5509K. Sayılı, 29.11.2017 tarihli kararında, tutuklu yargılanan sanığa delillere erişim ve etkin bir savunma hazırlama imkânı verilebilmesi için müdafî atanmasını zorunlu bir şart olarak kabul etmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin benimsediği "sanığın etkili ve pratik hukuki yardım almasını"⁵⁷ sağlamak için tutuklu sanıklar açısından oldukça önemlidir.

Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yönetmelik'in 23. maddesinde stajyer avukatın ancak avukatla birlikte hükümlü ve tutukluları ziyaret edebileceği kararlaştırılmıştır. Stajyer avukatın bu kişileri tek başına ziyaret edemeyeceği gözetildiğinde, etkin bir savunma hazırlama imkânından bahsedilemez. Kanun koyucunun tutuklama tedbirine ilişkin soruşturma faslındaki işlere de bir istisna getirmediği gözetildiğinde, hem 26. maddedeki sistematîğe sadık kalınması açısından hem de yargılamada sanığın tutuklu olduğu süre boyunca stajyer avukatın müvekkili ziyaret etmede yaşayacağı zorlukları gözeterek yargılamanın tutuklu sanık ile devam ettiği durumlarda etkili ve pratik hukuki yardım sağlayamayacağı görüşüyle temsil yetkisinin olmadığı düşüncesindeyiz.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Temsilin Şartları

Bir avukatın hukuki desteğinden faydalanabilmek herkes için temel bir hak⁵⁸. AİHS madde 6 § 3 (c) fıkrası gereğince hukuki yardımdan faydalanma hakkı koruma altına alınmıştır. Davada sanığa savunma hakkını kullanabilmesine yetecek seviyede temsil edilme imkânı sunulmadıkça yargılama tamamlanmış olmaz⁵⁹. Savunmanın bir hak olarak

⁵⁷ Beuze/Belçika.

⁵⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Salduz/Türkiye, Başvuru No: 36391/02, 27.11.2008 tarihli karar.

⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Pakelli/Almanya, Başvuru No: 8398/78 12.12.1981 tarihli karar. ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 26.

düzenlenmesi yeterli değildir, gerçekten kullanılabilmesi gerekir⁶⁰. Bilakis savunma makamının asli görevi maddi gerçeğin hukuka uygun olarak bir şekilde araştırılıp araştırılmadığını da denetlemektedir⁶¹.

Stajyer avukatın temsil yetkisinin Avrupa Mahkemesinin belirlediği standartları karşılamakta olup olmadığı başlı başına bir sorun teşkil etmektedir. Çünkü sanığın haklarına dair yeterli bilgiye makul zamanda ulaşmasını sağlayan avukata erişim hakkı, sanığın hakları konusundaki bilgi eksikliğinden kaynaklanan adaletsizliği önleyecektir.⁶² Stajyer avukatın sanığın haklarına dair yeterli güvence sağlaması, tecrübe ve uygulamaya dair bilgi eksikliği düşünüldüğünde muhtemel değildir, bu sebeple bilgi eksikliğinden kaynaklı adaletsizliğin önlenme ihtimali zayıftır. Mahkemeye göre avukat, sanığa etkili ve pratik hukuki yardım sağlayabilecek yeterlilikte olmalıdır⁶³. Henüz staj evresindeki bir hukukçudan pratik bir yardım sağlamasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım değildir.

Kural olarak sözleşmeci devletin zorunlu müdafii veya sanık tarafından seçilen müdafinin kusurundan dolayı adil yargılanma hakkı açısından sorumluluğu olmamakla⁶⁴ beraber belli şartlar altında müdahale zorunluluğu vardır: Avukatlık mesleğinin bağımsızlığı nedeniyle savunmanın tutumu esasen sanık ile temsilcisi arasındaki özel hukuk ilişkisini konu alan bir meseledir, sözleşmeci devletler yalnızca avukatın etkili bir temsil sağlamadaki açık başarısızlığı, ağır kusuru mevcutsa müdahale etmekle yükümlüdür⁶⁵. Önemli bir usul kuralına uyulmaması ve savunma açısından objektif sorumluluk kurallarına riayet edilmemesi de sözleşmeci devlet açısından sorumluluk doğurur⁶⁶. Yargılamayı yürüten merci, avukatın duruşmada temsil yetkisini yeterli seviyede icra edip

⁶⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 62.

⁶¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 201.

⁶² Beuze/Belçika.

⁶³ Beuze/Belçika.

⁶⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lagerblom/İsveç Başvuru No: 26891/95, 14.01.2003 tarihli karar.

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Imbrioscia/İsviçre, Başvuru No: 13972/88, 24.11.2993 tarihli karar.

⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Czekalla/Portekiz Başvuru No: 38830/97, 10.10.2002 tarihli karar.

edemediğini yukarıdaki kıstaslar ışığında resen denetleyip gerekirse sanığın etkili ve pratik hukuki yardıma ulaşabilmesi için müdahale etmelidir⁶⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine göre müdafinin avukat olma zorunluluğu yoktur. Nitekim Sözleşme metninde “legal assistance” ifadesi tercih edilmiş, “avukat” ibaresine yer verilmemiştir. Müdafinin avukatlık ehliyetine sahip kişilerden seçilmesi ise hakkın korunabilmesi için hayli makul karşılanmalıdır⁶⁸. Stajyer avukatın asliye ceza mahkemesinde duruşmaya girmesi, etkin ve pratik hukuki yardımı sanığa güvence ettiği ölçüde tek başına adil yargılanma hakkının ihlaline sebep vermez. Mahkemeye göre başvuranın avukatına danışabilmesi, özellikle suçlamalara dair savunmasız kalmaması, delillerin kabul edilebilirliğine ve kullanımına karşı çıkabilmesi, müdafinin ise fiziksel olarak mevcut olmasa da dosyaya erişme ve müdahil olma şansının devam etmesi gerekir⁶⁹.

Stajyer avukatın temsil yetkisinin savunma hakkı açısından yeterli seviyede olup olmadığı kanaatimizce Avukatlık Kanunu’ndaki eski kabile göre üst sınırı iki yıl ve altı olan suçlar açısından gözetilmiştir. Bu koşullar sağlandığı sürece stajyer avukatın muvafakatname ile asliye ceza mahkemesinde eskiden sulh ceza mahkemesinin görevinde bulunan suçlardan dolayı yapılan duruşmalara katılmasında adil yargılanma hakkı açısından bir sakınca bulunmadığı görüşündeyiz.

SONUÇ

Sulh ceza mahkemesinin görevinde olup asliye ceza mahkemesine devrolunan suçlar açısından stajyer avukatın temsil yetkisinin devam etmekte olduğunu ve 6545 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin bu hakka halel getirmediği açıktır.

Adalet Bakanlığının görüşü çerçevesinde stajyer avukatın asliye ceza mahkemesindeki tüm suçlar açısından temsil yetkisi bulunması Avukatlık Kanunu’ndaki sistematik ile örtüşmemektedir. Bu görüşün kabulü, stajyerin temsil yetkisiyle belirlenen gayenin gerçekleşmesini

⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ/SAYGILI, s. 299.

⁶⁸ TRECHSEL, s. 268.

⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Doyle/İrlanda Başvuru No: 51979/17, 23.05.2019 tarihli karar.

engelleyeceği gibi adil yargılanma hakkının zedelenme riskini de barındırmaktadır.

Arıtürk'ün bizim de katıldığımız görüşüne göre, mevcut staj sistematüğinden beklenen faydanın sağlanamamasının özünde stajın her iki evresi açısından da etkin bir denetim mekanizmasının eksikliği yer almaktadır⁷⁰. Staj aşamasında ciddi bir revizyon ihtiyacı mevcuttur ve stajyerlerin daha iyi yetiştirilmesi için staj evresine ve stajyerin eğitim ihtiyacına olan yaklaşımın değişmesi gerekmektedir⁷¹.

Adil yargılanma hakkını yakından ilgilendiren bu hususun kanunda daha detaylı bir şekilde ele alınmasında fayda vardır. Yargıtayın emsal mahiyette bir kararının bulunmadığı ve Bakanlık görüşünün yetersiz kaldığı gözetilirse sorunun çözümü için kanun değişikliği ile Avukatlık Kanunu'ndaki sulh ceza mahkemesi ibaresinin kaldırılıp eski sistematığe uygun bir düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

Mevcut şartlarda bu konudaki belirsizliğin çözümü uygulayıcılara kalmaktadır. Bu noktada uyuşmazlığın geniş yorum yapılarak stajyer lehine değerlendirilmesinde fayda vardır, nitekim Danıştay incelediği bir uyuşmazlıkta staj evresine dair geniş yorum yapmıştır⁷². Bu usul sorununun çözüme kavuşturulmasında hem sanık menfaatinin hem de stajyer avukatların ceza mahkemesinde tecrübe kazanmalarındaki kamu menfaatinin gözetilmesi gerekir.

Üst sınırı iki yıl ve daha az olan suçlar açısından stajyerlerin temsil yetkisinin devam ettiğinin kabulü, mesleki tecrübe kazanmaları ve kendilerini yetiştirebilmeleri açısından şarttır. Böylelikle kanundaki düzenlemenin yapılış amacına ve sistematığıne sadık kalınmış olmakla birlikte staj evresinin daha verimli geçmesine imkân sağlanır.

⁷⁰ ARITÜRK, s. 255 – 256.

⁷¹ KILIÇ M. Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2016, s. 215.

⁷² GÜNER Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara 2015, s. 201 – 202.

KAYNAKLAR

Kitap

- **AKBULUT Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- **ARITÜRK Ramazan**, Fakülteden Adliyeye Yargının Yeniden Yapılan-dırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- **CENTEL Nur/ZAFER Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayın-cılık, İstanbul 2021.
- **CİN Onursal**, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Palet Yayın-ları, Konya 2012.
- **ÇETİN Beytullah**, Savunma Hakkının Kısıtlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- **ÇİNE Özcan**, Uygulamada Soru ve Cevaplarla Avukatlık Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- **DIGNAN James**, Understanding Victims And Restorative Justice, Open University Press, Berkshire 2005.
- **DOĞRU Osman/NALBANT Atilla**, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- **GÖKCAN, Hasan Tahsin**, Açıklamalı Avukatlık Yasası, Seçkin Yayın-cılık, Ankara 2012.
- **GÖZÜBÜYÜK Şeref/GÖLCÜKLÜ Feyyaz/SAYGILI Abdurrahman**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kita-bevi, Ankara 2019.
- **GÜNER Semih**, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.
- **GÜNER Semih**, Avukatlık Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- **KAÇAK Nazif**, Yargı Kararlarıyla Avukatlık Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- **KILIÇ M. Haşim**, Avukatlık Disiplin Hukuku, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016.
- **KORKUSUZ, Refik/KORKUSUZ, Halit**, Avukatlık Hukukuna Giriş, Ekin Basım Yayın, Bursa 2014.
- **NİŞANCI Dilaver**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Asgari Sanık Hak-ları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- **ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar**, Ceza Muhake-mesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

- **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Adalet Bakanlığı, Ankara 2005.
- **ÖZTÜRK Bahri**, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ana Hatlarıyla), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- **ÖZEN Atilla**, Avukatlık Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- **SUMMERS Sarah J**, Fair Trials, Hart Publishing, Oxford 2007.
- **ŞAHİN Cumhur/GÖKTÜRK Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- **TRECHSEL Stefan**, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford 2005.
- **Türkiye Barolar Birliği**, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu değişiklik önerisi çalışma metni, Ankara 2012.
- **YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2021.
- **YURTCAN Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Makale

- **CENTEL, Nur**, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Eski Hale Getirme", İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 1985, C. 51, S. 1-4, s. 197 – 220.
- **CENTEL, Nur**, "Ceza Soruşturmasında Müdafinin Rolüne Eleştirel Yaklaşım", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2014, C. LXXII, S. 2, s. 703 – 724.
- **ÇELİK, M. Lamih**, "Meslek Kurallarında Avukatın Özen Yükümlülüğü", TBB Dergisi, Ankara 2007, S. 72 s. 338 – 350.
- **DEMİR, Şamil**, "Avukatlık Kariyeri Üzerine", Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2008, S. 3, s. 61 – 69.
- **İstanbul Barosu Dergisi**, "Avukatlık Kanunu Özel Sayısı", C. 42 (Mayıs-Haziran 1969).
- **KURU, Baki**, "Sulh-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayrımı Kaldırılmalı mıdır?", Bursa Barosu Dergisi 1987, S. 29, s. 2 – 3.

- **ÖZTEK, Selçuk**, "Adil ve Çabuk Yargılama, Aksaklıklar-Çözüm Önerileri", Yeni Türkiye Dergisi, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996/10, s. 304 – 312.
- **TANRIVER, Süha**, "Sulh Hukuk – Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler", TBB Dergisi 2013, S. 105, s. 35 – 50.
- **TANRIVER, Süha**, "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", AÜHFHD C. 49, S. 1, Ankara 2000, s. 67 – 83.
- **ZAFER, Hamide**, "Savunma Hakkı ve Sınırları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2013, C. 19, S. 2, s. 507 – 540.

Mahkeme Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

(Erişim yöntemi: <https://hudoc.echr.coe.int/> tarih: 19.09.2021)

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Beuze v. BELGIUM, Başvuru No: 71409/10, 09.11.2018 tarihli karar.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Salduz v. TURKEY, Başvuru No: 36391/02, 27.11.2008 tarihli karar.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Elif Nazan Şeker v TURKEY, Başvuru No: 41954/10, 08.03.2022 tarihli karar.
- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Pakelli v GERMANY, Başvuru No: 8398/78 12.12.1981 tarihli karar
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Lagerblom v. SWEDEN Başvuru No: 26891/95, 14.01.2003 tarihli karar
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Imbrioscia v. SWITZERLAND, Başvuru No: 13972/88, 24.11.2993 tarihli karar
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Czekalla v. PORTUGAL Başvuru No: 38830/97, 10.10.2002 tarihli karar
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Doyle v. IRELAND Başvuru No: 51979/17, 23.05.2019 tarihli karar.

Anayasa Mahkemesi Kararları:

(Erişim yöntemi: <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/> tarih:19.09.2021)

Anayasa Mahkemesi, 2007/16 E. 2009/147 K. Sayılı 15.10.2009 Tarihli Karar.

Yargıtay Kararları:

(Erişim yöntemi: UYAP Yargıtay Portal tarih:19.09.2021)

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1974/8-272 E. 1974/447 K. 09.12.1974 tarihli karar.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2019/8-371 E. 2020/422 K. 15.10.2020 Tarihli Karar.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/2-1287 E. 2019/90 K. 07.02.2019 Tarihli Karar.
- Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 2017/2257 E. ve 2017/5509 K. 29.11.2017 Tarihli Karar.
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2020/8902 E. 2020/17568 K. 23.11.2020 Tarihli Karar
- Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2012/11926 E. 2013/7262 K. 26.06.2013 Tarihli Karar.
- Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 2018/2063 E. 2020/5988 K. 19.10.2020 Tarihli Karar.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararları:

(Erişim yöntemi: UYAP Yargıtay Portal tarih:19.09.2021)

- Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 14. Ceza Dairesi, 2019/359 E. 2019/2364 K. 09.12.2019 Tarihli Karar.
- Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesi, 2019/4382 E. 2020/1005 K. 10.03.2020 Tarihli Karar
- Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesi, 2021/422 E. 2021/1153 K. 08.03.2021 Tarihli Karar.
- İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 19. Ceza Dairesi, 2020/2777 E. 2021/52 K. 20.01.2021 Tarihli Karar
- İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi, 2019/2597 E. 2020/2955 K. 30.10.2020 Tarihli Karar.

Diğer Kaynaklar

Türkiye Barolar Birliğinin 16.02.2016 tarihli ve 1430 sayılı yazısı (<http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170102140001718.pdf> Tarih: 19.09.2021).

Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünün 26.12.2016 günlü 923558809-152.02-99-8736/19644 sayılı görüşü (<http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170102140001718.pdf> Tarih: 19.09.2021).

KİRAYA VERENİN HAPİS HAKKI

Doç. Dr. Alper UYUMAZ*

Eren SAVAŞAN**

Öz

Genel hapis hakkı taşınır rehninin bir türü olarak TMK.m.950-953'te düzenlenmiştir. Ancak, Türk Medenî Kanununda aynı bölümde düzenlenen teslim bağli rehinden farklı olarak, hapis hakkı iradi bir rehin türü değildir. Yani hapis hakkı, teslim bağli rehnin aksine, kanunda belirtilen şartların oluşmasıyla, herhangi bir aynî sözleşmeye gerek kalmaksızın kendiliğinden doğar. Türk Medenî Kanununda yer alan düzenlemelerden yola çıkarak hapis hakkı, alacaklının zilyetliğinde bulunan borçluya ait taşınır malların ya da kıymetli evrakın iade edilme-yerek, alacağın teminatı olarak tutulması ya da para çevrilmesi yetkisini içeren bir aynî hak olarak tanımlanabilir. Alacağını elde edemeyen alacaklının eşyayı paraya çevirerek tatmin edilmesine imkân veren hapis hakkı rehin hakkına benzer. Bu nedenle, bu hakkın aynî nitelikte olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Öte yandan, kiraya verenin hapis hakkı, kira sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan kira bedelinin ifasında yaşanabilecek sorunları önlemek için getirilmiştir. Üç aylık kira bedelini güvence altına alan bu hapis hakkı, kiraya verenin kira alacağını güvence altına alan düzenlemelerin başında gelir. Yeterince uygulanması bulunmayan kiraya verenin hapis hakkı konusunda uygulamada bir takım tereddütler bulunmakta, bu tereddütler de müessesenin uygulanmasının

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Assoc. Prof. Dr., Selçuk University Faculty of Law, Department of Civil Law, Konya, Turkey.

✉ alperuyumaz@gmail.com • ORCID 0000-0001-8479-4642.

** Avukat, Karaman, Türkiye | Advocate, Karaman, Turkey

✉ eren.savasan@gmail.com • ORCID 0000-0002-9683-2420

✉ **Atf Şekli** | Cite As: UYUMAZ Alper / SAVAŞAN Eren, "Kiraya Veren Hapis Hakkı", *SÜHFD*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1805-1834

✉ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

✉ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

artmasını engellemektedir. Kiralayanın hapis hakkı, hukuk profesyonelleri tarafından başvurulan bir yol olmaya başlayınca yerel ve haliyle üst yargı mercii kararları artacak; kiraya verenin hapis hakkının hem uygulama alanı genişleyecek hem de yasal düzenlemenin sınırları daha belirli hale gelecektir. İşte, bu müesseye tanınırlık kazandırmak için bu çalışma kaleme alınmış, özellikle müessese ile ilgili tartışmalı konular irdelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Hapis Hakkı • Kiralayanın Hapis Hakkı • Kirada Hapis Hakkı • Rehin Hakkı • Paraya Çevirme Hakkı, Alikoyma Hakkı

LESSOR'S RIGHT OF RETENTION

Abstract

General right of retention is regulated in Turkish Civil Code Art.950-953 as a type of pledge on movables. However, unlike the pledge on delivery, which is regulated in the same section of the Turkish Civil Code, the right of retention is not a voluntary pledge. In other words, the right of retention arises spontaneously, without the need for any contract, with the fulfillment of the conditions specified in the law, unlike the pledge on delivery. Based on the regulations in the Turkish Civil Code, the right of retention can be defined as a right in rem that includes the right to keep the movable goods or valuable documents belonging to the debtor in the possession of the creditor, without returning them, as a guarantee of the credit or to turn into cash. The right of retention, which allows the creditor, who cannot obtain his claim, to be satisfied by converting the goods into money, is similar to the right of pledge. Therefore, it would be appropriate to accept that both of these rights are from same nature. On the other hand, the right of retention of the lessor has been introduced to prevent problems that may arise in the performance of the rental price, which is one of the essential elements of the lease agreement. This right of retention, which guarantees three months' rent, is one of the most important regulations that guarantees the lessor's rent. There are some hesitations in practice about the right of retention of the lessor, who does not have enough enforcement, and these hesitations prevent the increase in the implementation of the institution. As the lessor's right of retention begins to be a remedy used by law professionals, local and naturally higher judicial decisions will increase; the scope of application of the lessor's lien will widen and the limits of legal regulation will become more specific. Here, this study has been written in order to gain recognition for this institution, and especially controversial issues related to the institution have been tried to be examined.

Key Words

Right of Retention • Lessor's Right of Retention • Right of Retention in Leasing
• Right of Encashment • Right of Detention

GİRİŞ

Kira sözleşmelerinde görece güçlü taraf kiraya verendir. Bunu nazara alan kanun koyucu, özellikle uygulamada sıkça karşılaşılan konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından yaptığı düzenlemelerde kiracı lehine pek çok hükme yer vermiştir. Örneğin, kiralananın kullanılmasıyla bağlantılı olmadığı hâlde kiracıyı borç altına sokan sözleşmelerin geçersizliği, kira sözleşmelerinde kira bedeli haricinde kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı, kiracıya kira bedeli ve yan giderler haricinde herhangi bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği düzenlemeleri zayıf durumda olan kiracıyı korumayı amaçlamaktadır.

Her ne kadar güçlü durumda da olsa, bazı durumlarda kiraya verenin de korunması gerektiğini düşünen kanun koyucu, kiraya veren lehine bazı düzenlemeler getirilmiştir. Özellikle, kira sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan kira bedelinin ifasında yaşanabilecek sorunları önlemek için getirilen üç aylık kira bedeline kadar güvence verme ve inceleme konusunu oluşturan hapis hakkı, bu düzenlemelerin en önemlileridir.

Hapis hakkına ilişkin düzenleme uzun yıllardır Türk Hukukunda yer almasına rağmen uygulaması son derece sınırlı kalmıştır. Bu konuda uygulama ile de bağlantı kurmak amacıyla yargı içtihatları da taranmış, fakat yeterli sayıda mahkeme kararı bulunamamıştır. Bunun temel sebeplerinden birisinin, konut kiralaları bakımından İcra ve İflas Kanunu m. 82'nin haciz imkânını daraltmış olması ileri sürülebilir. İşyeri kiralaları bakımından ise son derece elverişli olmasına rağmen, yeterince bilinmeyen bir müessese olması nedeniyle hapis hakkı kullanılmamakta, bunun yerine daha bilindik yollardan icra takibi ile tahsil ve tahliye yoluna gidilmektedir.

Araştırma konusu olarak kiraya verenin hapis hakkının seçilmesinin amacı, uygulamada pek bilinmeyen ve uygulanmayan bu müesseseye dikkat çekmek ve uygulanmasını artırmaktır. Hapis hakkının kullanılması ile kira bedelinin tahsili için yapılan takibin kesinleşmesine kadarki süreçte kiralanda bulunan eşyaların alacaklıdan kaçırılması riski de bertaraf edilmiş olacaktır. Hem usul ekonomisi hem de kiraya verenin

kira bedeline daha hızlı kavuşması bakımından hapis hakkına ilişkin hükümlerin uygulamasının yaygınlaşması gerektiği düşünülmektedir.

Yeterince uygulaması bulunmayan kiraya verenin hapis hakkı konusunda uygulamada birtakım tereddütler bulunmakta, bu tereddütler de müessesenin uygulanmasının artmasını engellemektedir. Bu yola uygulayıcı hukuk profesyonelleri tarafından başvurulması artınca yerel ve haliyle üst yargı mercii kararların artacak; kiraya verenin hapis hakkının hem uygulama alanı genişleyecek hem de yasal düzenlemenin sınırları daha belirli hale gelecektir.

İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nin¹ ekinde kırk yedi adet örnek form yer almaktadır. Kanunda düzenlenen müesseselere ilişkin uygulamada tereddüt oluşmaması ve uygulamanın kolaylaşması için bu belgelere yönetmelik ekinde yer verilmiştir. Fakat ne yazık ki kiraya verenin hapis hakkı konusunda nasıl talep bulunacağına ya da hapis hakkı defterinin nasıl tutulacağına ilişkin bir örnek form bulunmamaktadır. Bu durum bile söz konusu müessesenin uygulanabilirliğine ilişkin bir engeldir. Kiraya verenin hapis hakkına ilişkin düzenlemelerin sınırlarının belirlenmesi ve uygulamasının yaygınlaşması için kaleme alınan bu eserde hüküm aksayan yönlerine ışık tutmak üzere ideal hukuk önerilerinde bulunulmuştur.

I. GENEL HAPİS HAKKI KAVRAMI VE BUNUN KİRAYA VERENİN HAPİS HAKKI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. GENEL HAPİS HAKKI

Hapis hakkı kavramı Türk Medeni Kanunu dışında pek çok yasal düzenlemede karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nda, Avukatlık Kanunu'nda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ve elbette inceleme konusunun düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nda hapis hakkına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ancak, hapis hakkına ilişkin temel düzenleme, Türk Medenî Kanununda yer aldığından burada düzenlenmiş olan hapis hakkı, bu çalışmada *genel hapis hakkı* olarak ifade edilecektir.

Sınırlı aynî haklar içerisinde yer alan rehin, Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabı olan eşya hukuku altında ikinci kısımda düzenleme altına alınmıştır. Taşınır rehni ise ikinci kısmın üçüncü bölümünde Kanunun 939 vd. maddelerde yer almaktadır.

¹ RG. 11.04.2005, S. 25783.

Genel hapis hakkı taşınır rehninin bir türü olarak TMK.m.950-953 arasında düzenlenmiştir. Ancak, Türk Medenî Kanununda aynı bölümde düzenlenen teslimine bağlı rehinden farklı olarak, hapis hakkı iradi bir rehin türü değildir. Yani teslimine bağlı rehinin aksine, kanunda belirtilen şartların oluşmasıyla, herhangi bir aynî sözleşmeye gerek kalmaksızın kendiliğinden doğar².

Türk Medenî Kanununda yer alan düzenlemelerden yola çıkarak hapis hakkı, alacaklının zilyetliğinde bulunan borçluya ait taşınır malların ya da kıymetli evrakın iade edilmeyerek, alacağın teminatı olarak tutulması ya da para çevrilmesi yetkisini içeren bir aynî hak olarak tanımlanabilir³. Hapis hakkına ilişkin düzenlemelerde hapis hakkı için aranan şartlar belirtilmiştir. Buna göre, her şeyden önce hapis hakkının konusu ancak taşınır eşya ya da kıymetli evrak olabilir⁴. Fakat kanunda herhangi bir taşınır eşya veya kıymetli evraktan bahsedilmemiş, hapis hakkının konusunun ancak borçluya ait olmakla birlikte onun rızasıyla alacaklının zilyetliğinde bulunan eşya veya kıymetli evrak olabileceği TMK.m.950'de açıkça ifade edilmiştir. Hükme göre, sahibinden zorla alınmış eşya üzerinde hapis hakkından söz edilemez⁵. Hapis hakkına ilişkin en önemli koşullardan bir diğeri ise alacak ile hapis hakkına konu eşya arasındaki bağıdır. Borçlunun, zilyetliğinde bulunan alacaklıya ait eşya üzerinde hapis hakkı kullanabilmesi için, söz konusu eşyanın alacak ile bağlantısının

² NOMER, Halûk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 424; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 1033; SİRMEN, A. Lâle, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 692; UYUMAZ, Alper, Motorlu Taşıt Rehni, İstanbul 2012, s. 83 vd.

³ Benzer tanımlar için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 1033; SİRMEN, s. 692; UYUMAZ, s. 83-84; AKYAZAN, Sıtkı, Hapis Hakkı, AD., Y. 45, S. 10, 1954, s. 1193- 1207; İMRE, Zahit, Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik, İÜHF.M., C. 18, S. 3- 4, 1952, s. 742- 782, s. 744; UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II, Ankara 2012, s. 1795; YAVUZ, Nihat, Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 485; BULUT, Batuhan, Kiraya Veren Hapis Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 37.

⁴ AKYAZAN, s. 1197; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 1033; UYUMAZ, s. 84.

⁵ CANSEL, Erol, Türk Hususî Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961, s. 53; SİRMEN, s. 692. Borçlunun hapis hakkı kullanımı için rıza göstermiş olması aranmaz. Eşyaya borçlunun rızası ile zilyet olunması yeterlidir. Bkz. AKYAZAN, s. 1198; NOMER/ ERGÜNE, s. 426.

bulunması gerekir⁶. Borçlunun elinde bulunan, fakat alacakla hiçbir bağlantısı olmayan taşınır bir eşyanın hapis hakkına konu edilerek iade edilmemesi söz konusu olamaz.

Hapis hakkının hukukî niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretilerde, hapis hakkının bir aynî hak olduğunu ifade eden yazarlar⁷ olduğu gibi, aynî hak olmadığı görüşünü savunanlar da bulunmaktadır⁸. Bir görüş ise hapis hakkının aynî nitelik taşıması veya taşımamasının icra hukuku bakımından bir anlam ifade etmediğini belirtmektedir⁹. Bu tartışma açısından, alacağını elde edemeyen alacaklının eşyayı paraya çevirerek tatmin edilmesine imkân veren hapis hakkının rehin hakkına benzemesi nedeniyle aynî nitelikte olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır.

B. GENEL HAPİS HAKKI İLE KİRAYA VERENİN HAPİS HAKKININ KARŞILAŞTIRILMASI

Bu karşılaştırmaya girmeden öncelikle kira sözleşmesi bakımından, TBK.m.97’de düzenlemiş olan ödemezlik def’i üzerinde durmak gerekir. Bilindiği gibi, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin niteliği gereği aksine bir durum söz konusu değilse, ifa talep eden taraf öncelikle kendi edimini ifa etmiş ya da en azından ifasını teklif etmiş olmalıdır. Aksi takdirde, kendisinden ifa talep edilen taraf ödemezlik def’ini ileri sürebilir.

⁶ Örneğin, alacaklının zilyetliğinde bulunan eşya nedeniyle bir zarar meydana gelmişse, bu zararın tazmin edilmesini sağlamak için zarara sebep olan eşya üzerinde hapis hakkı kullanılabilir (CANSEL, s. 61; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 1037).

⁷ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 1033; İMRE, s. 746; UYUMAZ, s. 92-93. *Cansel* hapis hakkının aynî niteliği haiz olup olmadığını, hapis hakkına ilişkin iki ayrı evre belirleyerek yorumlamıştır. Yazara göre, paraya çevirme yetkisinin kullanıldığı zamana kadarki süreçte hapis hakkına konu eşyanın elden çıkması halinde herhangi bir istihkak iddiasında bulunulamayacağından bu evrede aynî nitelikten söz edilemez. Ancak, paraya çevirme anında hapis hakkının aynî nitelik taşıdığından söz edilebilir (CANSEL, s. 19- 21). Bu görüşe katılmak mümkündür. Zira, ilk evrede istihkak davası açma yetkisi vermeyen bir haktan aynî hak olarak bahsetmek mümkün değildir. Ancak, ikinci evrede paraya çevirme yetkisi veren hakkı, rehin hakkı olarak kabul etmek mümkündür.

⁸ Konuyla ilgili görüşler için bkz. BUDAK, Ali Cem, *İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması*, Ankara 2003, s. 25; BULUT, s. 39.

⁹ BUDAK, s. 25.

Kira sözleşmeleri, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Fakat sözleşmenin niteliği gereği öncelikle ifada bulunması gereken taraf kiraya verendir. Kiraya veren, kiralananı, kiracının kullanımına elverişli bir şekilde teslim etmekle yükümlüdür. Kiracı ise bunun karşılığında kira ödeme borcunu, sözleşmede belirtilen şartlara göre ve genellikle aylık ödemeler şeklinde ifa eder. Kiracının kira borcunu ödemekte temerrüde düşmesi durumunda, kiraya verenin ödemezlik def'inde bulunması söz konusu olmaz. Zira, ödemezlik def'i, henüz ifa edilmemiş olan edimin ifasından kaçınma imkânı verir. Oysa, kira sözleşmelerinde kiraya veren bakımından edim ifa edilmiş durumdadır ve ödemezlik def'i, ifa edilmiş olan edimin etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik bir etki yaratmaz¹⁰.

İşte bu sebeple, kira sözleşmelerinde, kiraya verenin ödemezlik def'ini ileri sürememesi kira alacağına güvencesiz kalmasına neden olmaktadır. Kanun koyucu da bu durumu nazara alarak kiraya veren açısından güvence oluşturmak amacıyla kiraya verenin hapis hakkını (TBK.m.336-338) düzenlemiştir. Böylece, kiraya verenin kira alacağı, kanunî rehin hakkı niteliği taşıyan bu hapis hakkı ile bir güvence altına alınmıştır¹¹. Belirtmek gerekir ki, kiraya veren lehine getirilen hapis hakkı konusunda öngörülen kanunî düzenlemeler emredici nitelikte olup kiracı aleyhine sözleşmeyle değiştirilmesi mümkün değildir¹².

TBK.m.336-338'de kiraya verene tanınmış olan hapis hakkı, TMK.m.950 vd. düzenleme altına alınmış olan genel nitelikli hapis hakkının özel bir türüdür¹³. Ancak, buna rağmen genel hapis hakkı ile kiraya verenin hapis hakkı arasında çok önemli farklar bulunmaktadır. Söz konusu farklara değinmeden önce bu farklara rağmen, kiraya verenin hapis

¹⁰ BUDAK, s. 23.

¹¹ BUDAK, s. 24; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) Cilt I, 4. Bası, İstanbul 1980, s. 552; AKAR-TEPE, Alpaslan, Kiraya Veren Hapis Hakkı, Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 55- 78, s. 56; DEMİR, Şamil, Kiralayanın Hapis Hakkı, ABD., S. 4, 2013, s. 51- 77, s. 54; RUHİ, Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal, Türk Borçlar Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu Hükümlerine Göre Kira Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 363. İstanbul BAM., 36. HD. 29.03.2017, E. 2017/368, K. 2017/448, "... Kiralayanın hapis hakkı, kiralanan yerde bulunan kiracıya ait taşınır eşyayı kira alacağına karşı alıkoymak ve kira borcunu ödemediği takdirde onu paraya çevirerek alacağını öncelikle tahsil etme yetkisi veren bir tür kanuni rehin hakkıdır" (www.lexpera.com.tr, E.T. 09.12.2021).

¹² URAL Çınar, Nihal, Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Bedelinin Ödenmesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 383, dn. 2.

¹³ CANSEL, s. 174; BUDAK, s. 24.

hakkına ilişkin hükümlerde düzenleme bulunmayan hususlarda Türk Medenî Kanununun genel hapis hakkına ilişkin düzenlemelerine başvurulabileceği ifade edilmelidir¹⁴.

Genel hapis hakkında, hapis hakkının konusu olan eşyanın alacaklının zilyetliğinde bulunması gerekmektedir. Hatta bu zilyetliğin de borçlunun rızasıyla devredilmiş olması şarttır. Kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkı ise kiracının, yani kira alacağı bakımından borçlu olan kişinin zilyetliğinde bulunan eşya üzerinde kullanılır¹⁵. Burada, alacaklının eşya üzerinde zilyetliğinin bulunmasının aranmaması, genel hapis hakkı ile kiraya verenin hapis hakkını ayıran önemli bir farklılıktır.

Genel hapis hakkı ancak alacak ile bağlantısı bulunan bir eşya üzerinde kullanılabilirken; kiraya verenin hapis hakkı, kira alacağı ile bağlantısı olması gerekmeyen, kiralananda bulunup da kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan eşyalar üzerinde söz konusu olur. Ayrıca, genel hapis hakkı müaccel alacaklar için kullanılamaz; alacağın muaccel olması şarttır. Oysa, kiraya veren, TBK.m.336/I'de açıkça ifade edildiği üzere, muaccel alacaklardan başka işlemekte olan, yani henüz muaccel olmamış altı aylık kira bedeli için de hapis hakkını kullanabilir¹⁶.

Genel hapis hakkı ile kiraya verenin hapis hakkını birbirinden ayıran farklardan bir diğeri ise hakkın sona ermesi bakımından kendini gösterir. Genel hapis hakkında, hapis hakkına konu eşyanın alacaklının zilyetliğinden çıkması ile birlikte hapis hakkı sona erer. Kiraya verenin hapis hakkı ise teminat niteliği taşıdığından, bu hususta kanun koyucu özel bir düzenleme getirmiştir. Gerçekten, TBK.m.338'de, kiralanandan gizlice

¹⁴ BUDAK, s. 29; URAL ÇINAR, s. 387.

¹⁵ AKYAZAN, s. 1202; UYGUR, s. 1796; FEYZİOĞLU, s. 552; URAL ÇINAR, s. 387; AKARTEPE, s. 57; DEMİR, s. 55; OLGAC, Senai, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Akdin Muhtelif Nevileri (Madde 182-371), Ankara 1977, s. 708; TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/2, Üçüncü Tıpkıbasımdan Dördüncü Tıpkıbasım, İstanbul 2008, s. 175; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku II. Cilt: Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977, s. 546; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 374-375; DİNCİOĞLU, Duygu, Kiralayanın Hapis Hakkı, DEÜHFD., Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1339-1367, s. 1342; KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2019, s. 288.

¹⁶ AKYAZAN, s. 1203; FEYZİOĞLU, s. 552; UYGUR, s. 1796; CANSEL, s. 175; URAL ÇINAR, s. 387; AKARTEPE, s. 57; DEMİR, s. 55; DİNCİOĞLU, s. 1342.

veya kiraya verenin rızası dışında götürülen eşyanın kiraya veren tarafından iadesinin talep edilebileceği düzenleme altına alınmıştır¹⁷.

Öğretideki bir görüşe göre, genel hapis hakkı ile kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkı arasındaki son fark ise alacağın temlik durumunda ortaya çıkar. Öğretiye göre, alacağın devri genel hapis hakkının devralana geçmesi sonucunu doğurmazken, kira alacağının devri ile kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkı devralana geçecektir¹⁸.

İki müessese arasında alacağın temlik durumunda ortaya çıkan bu farka ilişkin yukarıdaki görüş, iki yasal düzenlemeyi dayanak almaktadır. Bu düzenlemelerden ilki, hapis hakkından bahsedilebilmesi için alacak ile eşya arasında bağlantı bulunması ve eşyaya borçlunun rızasıyla zilyet olunması gerektiğini düzenleme altına alan TMK.m.950'dir. Diğer düzenleme ise, alacağın temlik durumunda temlik edenin şahsına sıkı sıkıya bağlı olanlar dışında diğer hakların devralana geçeceğini düzenleyen TBK.m.189 hükmüdür¹⁹. Hapis hakkına konu eşya ile alacak arasında bağlantı yoksa alacağın devri ile hapis hakkının da devrolunacağı kabul edilemez. Zira, temlik eden, borçlunun herhangi bir eşyası üzerinde değil, yalnızca alacakla bağlantısı olan eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir. Hal böyleyken, temlik alanın, alacakla bağlantısı bulunmayan bir eşya üzerinde hapis hakkı kullanabileceği kabul edilemez. Hapis hakkını alacağı temlik alanın da kullanılabilmesi için alacak ile eşya arasında objektif bir bağlantının bulunması gerekir. Örneğin, eşyaya verilen zarardan doğan alacak hakkının devri durumunda devralan da eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir²⁰.

Genel hapis hakkı bakımından temlike ilişkin yukarıda ifade edilen açıklamalardan yola çıkılarak, aynı görüşün kira alacağının devri bakımından kiraya verenin hapis hakkı açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Fakat yalnızca kira alacağının değil, kiraya verenin de değişmesi sonucunu doğuran, kira sözleşmesinden doğmuş bütün hak ve alacakların

¹⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 175; FEYZİOĞLU, s. 552; CANSEL, s. 174; TUNÇOMAÇ, s. 546; EREN, s. 375; AKARTEPE, s. 57; DİNCİOĞLU, s. 1342.

¹⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 175; AKARTEPE, s. 57; DİNCİOĞLU, s. 1342. Aksi görüş için bkz. DEMİR, s. 56.

¹⁹ TANDOĞAN, Halûk, Hapis Hakkının Temlik, AÜHFĐ., C. 11, S. 3, 1954, s. 222-230 ve 223-224.

²⁰ TANDOĞAN, Temlik, s. 228-229.

devri durumunda yeni kiraya verenin de hapis hakkına sahip olacağı ifade edilebilir²¹.

II. KİRAYA VERENİN HAPİS HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ, KONUSU VE KAPSAMI

A. HUKUKİ NİTELİĞİ

Kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkı, TMK.m.950'de düzenleme altına alınmış olan genel hapis hakkının özel bir görünümüdür. Bu sebeple, genel hapis hakkının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar, aynen kiraya verenin hapis hakkı için de geçerlidir. Kanun tarafından tanınmış olan bu özel hapis hakkı, tıpkı genel hapis hakkı gibi bir rehin hakkı olarak kabul edilmelidir. Zira, hapis hakkının kanundan doğan özel bir rehin hakkı olduğu konusunda öğreti hem fikirdir. Hapis hakkının özel bir rehin hakkı niteliği taşıdığı hususunda tartışma bulunmamakta ise de kanundan doğan bu özel rehin hakkının aynı nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır²².

Öğretilerdeki bir görüş, hapis hakkının da tıpkı rehin hakkı gibi aynı nitelik taşıdığını ifade etmektedir²³. Öğretilerde yer alan bir başka görüş ise hapis hakkını iki evreye ayırarak nitelendirmeyi doğru bulmaktadır. Bu görüşe göre, hapis hakkı konusu eşyanın para çevrilmesi aşamasında bu hakkın aynı niteliği tartışmasıdır. Fakat, paraya çevirme anına kadar geçen süreçte, hapis hakkına konu eşyanın herhangi bir şekilde elden çıkması halinde hapis hakkı sahibinin istihkak davası açma hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle, bu görüş, istihkak davası açma yetkisi bahsetmeyen bir hakkın tam olarak aynı nitelik taşıyamayacağını savunmaktadır²⁴. Öğretilerde ileri sürülen son bir görüşe göre ise, hapis hakkının aynı nitelik taşıyıp taşımadığı tartışmasının icra hukuku bakımından pratik bir öneminin bulunmadığını ifade etmektedir²⁵.

Kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkı, hak sahibine sağladığı yetkiler bakımından genel hapis hakkından daha avantajlıdır. Zira, kiraya verene, kiralanandan zorla veya gizlice çıkarılan eşyalar için bunları takip hakkı tanınmıştır. Bu takip hakkı da nazara alınarak, yukarıdaki tartışma

²¹ Aynı yönde bkz. BUDAK, s. 29.

²² Konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. BUDAK, s. 24- 25; URAL ÇINAR, s. 385-387.

²³ İMRE, s. 746.

²⁴ CANSEL, s. 20- 22.

²⁵ BUDAK, s. 25.

bakımından kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkının aynı nitelik taşıdığı savunulabilir.

A. KONUSU

1. Genel Olarak

Kiraya verenin hapis hakkı, kira hukukuna ilişkin genel hükümler içerisinde düzenlenmiştir. Bu nedenle, konut ve çatılı işyeri kiralaları da dâhil olmak üzere her türlü taşınmaz kiralalarında kiraya verenin hapis hakkına ilişkin hükümler uygulanabilir. Ancak, üzerinde hapis hakkı kullanılacak olan eşyanın taşınır eşya niteliğini haiz olması gerekmektedir²⁶. Bu kapsamda, kiralananın bütünleyici parçası olma niteliğini kazanmış olan bir eşya üzerinde hapis hakkı söz konusu olmaz. Zira, bütünleyici parça aslın mukadderatına tâbi olduğundan, bu eşya kiralananın bir parçası haline gelmiş olmakta ve kiraya verenin mülkiyetine geçmektedir²⁷.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından da hapis hakkı uygulama alanı bulur. Fakat, İİK.m.82/I, b.3 ile konut eşyalarının haczini önemli ölçüde zorlaştırılmıştır. Bu nedenle, hapis hakkına ilişkin düzenlemelerin konut kiralaları açısından önemini kaybettiği, ancak işyeri kiralaları bakımından uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Benzer yönde, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda kiraya verene yalnızca işyeri kiralalarında hapis hakkı tanınmıştır²⁸.

Hapis hakkının konusuna giren eşyalar ancak hapis hakkını doğuran borç miktarını karşılayacak değerde bu hakka konu olur. Yani, eşya üzerinde, kira alacağı ve hapis hakkına giren yan giderleri aşacak şekilde hapis hakkı kullanılamaz²⁹. Borcun kısmen veya tamamen sona ermesi

²⁶ UYGUR, s. 1795- 1796; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 279; URAL ÇINAR, s. 383- 384; AYDEMİR, Efrail, Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 259- 260; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK.m.299- 356), 2. Bası, İstanbul 2012, s. 201; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 295.

²⁷ URAL ÇINAR, s. 388.

²⁸ Bkz. OR Art. 268; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 201; URAL ÇINAR, s. 385; DEMİR, s. 58.

²⁹ FEYZİOĞLU, s. 553; ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye, Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler, AndÜHFD., C. 5, S. 2, 2019, s. 291- 311, s. 299.

halinde de hapis hakkı aynı oranda, kısmen veya tamamen ortadan kalır³⁰.

Hapis hakkının konusunu taşınır eşyalar oluşturur. Fakat, bu taşınır eşyaların kiralananda bulunan ve kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan eşyalardan oluşması gerektiği açıkça TBK.m.336/I'de düzenleme altına alınmıştır. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nden farklı olarak, kiralananın süslenmesine (tezyinatına) yarayan eşyalar yeni madde metninde bulunmamaktadır. Fakat kiralananın süslenmesine yarayan eşyanın, kiralananın döşenmesine yarayan eşya kavramı içerisinde yer aldığı kabul edilmelidir. Aksi takdirde, koltuk takımı üzerinde hapis hakkı kullanılabilirken, duvarda asılı bulunan kıymetli bir tablo ya da biblolar üzerinde hapis hakkının kullanılamaması gibi bir sonuca ulaşılır ki bunun kabulü mümkün değildir³¹.

Kiralananın döşenmesi ile amacına uygun olarak oturmayı ve kullanmayı sağlayacak eşyaların kiralanana getirilmesi ifade edilmektedir. Kiralananın kullanılması için getirilen eşya ise kiralanandan uygun şekilde yararlanmayı sağlayan eşyaları tarif etmektedir³². Örneğin konut kiralarında halı, koltuk, masa, tablo, vazo; işyeri kiralarında fabrikada bulunan makinalar, depo olarak kullanılan kiralananda bulunan forkliftler, işyerinin otoparkında bulunan ve işyerinin ticarî faaliyeti için kullanılan araçlar, muayenehanede kullanılan röntgen, ultrason cihazı hapis hakkının konusunu oluşturabilir³³. Yine kiralananın daha güzel görünmesini amaçlayan koleksiyon değeri olan bir tablo, biblo, antika kilim, kristal avizeler de hapis hakkının konusunu oluşturur³⁴.

³⁰ UYGUR, s. 1796.

³¹ ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, s. 285, dn. 311; ARPACI, s. 384. 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükteyken, Mehaz Kanunda kiralananın süslenmesine yarayan eşyaların hapis hakkının konusu olacağı düzenlenmemiş, ancak döşenme kavramının süsleme kavramını da içerdiği ifade edilmiştir (BUDAK, s. 33, dn. 38). Kiralananın süslenmesine yarayan eşyaların madde metnine alınmamış olması nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nda hapis hakkının konusunun daraltıldığı yönünde bkz. DEMİR, s. 56; DİNCİOĞLU, s. 1345.

³² DEMİR, s. 57.

³³ Örnekler için bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 176; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 201; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 295; YAVUZ, s. 486; URAL ÇINAR, s. 389; AKARTEPE, s. 58; DEMİR, s. 59; DİNCİOĞLU, s. 1344; BUDAK, s. 33- 34.

³⁴ Aksi görüş için bkz. DEMİR, s. 58; DİNCİOĞLU, s. 1345.

Genel hapis hakkı açısından açıklama yaparken ifade edildiği üzere TMK.m.950'ye göre kıymetli evrak da hapis hakkının konusunu oluşturur. Fakat, kiraya verenin hapis hakkı bakımından para ve kıymetli evrakın hapis hakkının konusuna dâhil olup olmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretide yer alan görüşlerin ortak noktası konut kiralari bakımından para ve kıymetli evrakın hapis hakkına konu olmayacağıdır. Ancak, bankalar gibi, para ve kıymetli evrakla işlem yapan yerlere ait işyeri kiralalarında, para ve kıymetli evrak üzerinde hapis hakkının kullanılıp kullanılmayacağı konusunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Öğretide yer alan bir kısım yazarlar, bu tip işyeri kiralalarında para ve kıymetli evrak üzerinde hapis hakkı kullanılabileceğini ifade ederken³⁵; diğer bazı yazarlar, bunların kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan eşyalar olmaması nedeniyle hapis hakkına konu olamayacağını ifade etmektedir³⁶. Esasında, bu konuda bir tespit yapabilmek için öncelikle genel hapis hakkına ilişkin düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması gerekir. Hatırlanacağı gibi, kiraya verenin hapis hakkına ilişkin düzenleme bulunmayan hallerde, Türk Medenî Kanunu'nun genel hapis hakkına ilişkin düzenlemelerine başvurulacaktır³⁷. Genel hapis hakkına ilişkin TMK.m.950'de ise kıymetli evrakın hapis hakkına konu olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Banka gibi para ve kıymetli evraka ilişkin işlemlerin yapıldığı işyeri kiralalarında da bu tip eşyaların kiralananın kullanımına yaradığı pek tabii düşünülebilir. Bu nedenle, genel hapis hakkına ilişkin düzenlemeleri kıyasen uygulamak suretiyle para ve kıymetli evrakın, bunlara ilişkin işlemlerin yapıldığı işyeri kiralalarında hapis hakkının konusu olacağı söylenebilir.

Para ve kıymetli evrakın hapis hakkına konu olup olmayacağına benzer bir tartışma, satılmak veya depolanmak üzere işyerinde bulunan eşyalar hakkında da söz konusudur. Öğretide bir görüş, bu eşyalar üzerinde hapis hakkı kullanılmayacağını, zira bunların kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yaramadığını ifade etmektedir³⁸. Diğer bir görüş ise satılmak veya depolanmak üzere kiralanda bulunan eşyalar

³⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 176; URAL ÇINAR, s. 389; BUDAK, s. 35, dn. 48.

³⁶ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 176; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 295, dn. 1297; YAVUZ, s. 486; AKARTEPE, s. 59; DİNCİOĞLU, s. 1346.

³⁷ BUDAK, s. 29; URAL ÇINAR, s. 387.

³⁸ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 201; URAL ÇINAR, s. 389; EREN, s. 376; AKARTEPE, s. 59; DİNCİOĞLU, s. 1345.

üzerinde hapis hakkının söz konusu olacağını ifade etmektedir³⁹. Bu konuda bir değerlendirme yapmak gerekirse, bu tip eşyaların hapis hakkına konu olacağına ilişkin görüşe üstünlük tanınabileceği ifade edilebilir. Şüphesiz, bu eşyaların kiracıya ait olması gerekmektedir. Eğer söz konusu eşya üçüncü kişiye aitse, örneğin işyeri olarak kiralanmış soğuk hava deposunda üçüncü kişilere ait olarak bulunan meyveler hapis hakkının konusunu oluşturmaz (TBK.m.337/I).

Hapis hakkının konusu yalnızca paraya çevrilmesi mümkün olan eşyalar olabilir. Paraya çevirme imkânı olmayan ve kiracının şahsına ait bulunan pasaport, nüfus cüzdanı, ehliyet, diploma gibi eşyalar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz⁴⁰.

2. Alt Kiracıya Ait Eşya

Alt sözleşme, öğretilde, asıl sözleşmeyle fiilî bağlantısı bulunan, fakat ondan bağımsız olan sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁴¹. Alt kira da özü itibarıyla asıl kira sözleşmesine bağlı olan bir sözleşmedir. Alt kiraya ilişkin tanımı, TBK.m.322' den çıkarmak mümkündür. Buna göre, kira konusunun tamamen veya kısmen bir başkasına kiralanması, alt kira olarak ifade edilmektedir.

Kiraya verenin hapis hakkına ilişkin düzenlemeleri ihtiva eden TBK.m.336/II, alt kira durumunda hapis hakkını özel olarak düzenleme altına almıştır. Söz konusu düzenlemede, kiraya verenin alt kiracıya ait eşya üzerinde de hapis hakkına sahip olduğu ifade edilmiş, ancak bunun alt kiracının asıl kiracıya olan borç miktarını aşamayacağı belirtilmiştir. Yani, kiraya verenin alt kiracıya ait eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilmesi, alt kiracının asıl kiracıya kira borcu bulunması şartına bağlanmıştır⁴². Borcun miktarı, üzerinde hapis hakkı kullanılacak eşyanın tespiti bakımından da önem arz eder. Örneğin, alt kiracının asıl kiracıya olan borcu 2.500 TL; hapis hakkı tutarı 15.000 TL ise, hapis hakkı ancak 2.500 TL değerindeki eşya üzerinde kullanılabilir⁴³.

³⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 176; Budak, s. 33.

⁴⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 177.

⁴¹ YÜCER, İpek, Alt Kira, AÜHFĐ., C. 57, S. 3, 2008, s. 791- 832, s. 794.

⁴² Alt kiracının asıl kiracıya herhangi bir borcunun bulunmaması durumunda, kiraya veren, alt kiracıya ait eşya üzerinde hapis hakkını kullanamaz. Bkz. CANSEL, s. 176; UYGUR, s. 1799; RUHİ/ RUHİ, s. 364.

⁴³ Ayrıca bkz. AYDEMİR, s. 260.

Alt kira sözleşmesi her ne kadar asıl kira sözleşmesine bağlı olsa da hapis hakkı yönünden mutlak bir bağlantıdan söz edilemez. Kiraya verenin alt kiracının eşyası üzerinde sahip olduğu hapis hakkı, asıl kiracının alt kiracının eşyası üzerinde sahip olduğu hapis hakkından bağımsızdır. Asıl kiracının hapis hakkından feragat etmiş olması, asıl kiraya verenin alt kiracıya ait eşya üzerinde hapis hakkı kullanmasına engel değildir⁴⁴.

Kiraya veren, alt kiracıya ait eşya üzerinde hapis hakkını kullanmışsa alt kiracının kira borcunu asıl kiracıya değil, asıl kiraya verene ifa etmesi yerinde olur. Zira, bu durumda, alt kiracı, hem ödeme oranında kira borcundan kurtulur hem de eşyaları üzerindeki hapis hakkının ortadan kalkmasını sağlamış olur⁴⁵.

Alt kiracıya ait eşya üzerinde hapis hakkının kullanılmasında önem arz eden bir husus da alt kira ilişkisinin geçerli olup olmadığıdır. Konut ve çatılı işyeri kiralari dışındaki taşınmaz kiralalarında, alt kira, önemli bir sorun teşkil eder. Fakat, TBK.m.322/II'de yer alan düzenleme gereğince, konut ve çatılı işyeri kiralalarında alt kiranın kurulması, kiraya verenin yazılı rızasına bağlıdır. Aksi takdirde, yapılan alt kira sözleşmesi geçersiz olur. Öğretide yer alan bir görüş, alt kiranın geçerli olup olmamasının kiraya verenin hapis hakkı üzerinde herhangi bir etkisi olmadığını, hapis hakkının alt kiracının asıl kiracıya olan borcu oranında kullanılabileceğini ifade etmektedir⁴⁶. Diğer bir görüş ise, alt kira ilişkisinin geçerli olmaması halinde alt kiracıya ait eşyaların üçüncü kişiye ait eşyalar gibi işlem göreceğini, yani bu konuda TBK.m.337'nin uygulanacağını ifade etmektedir⁴⁷.

Alt kira sözleşmesinin geçerli olup olmaması, alt kiracıya ait eşyalar üzerinde kullanılacak olan hapis hakkının Borçlar Kanununun hangi hükmüne tâbi olacağı konusunda önem arz etmektedir. Şüphesiz, konut ve çatılı işyeri kirasında kiraya verenin alt kira ilişkisi kurulmasına yazılı rızası yoksa alt kiracı, kiralananı, haksız işgal eden konumunda olur⁴⁸.

⁴⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 179; URAL ÇINAR, s. 392- 393.

⁴⁵ URAL ÇINAR, s. 393.

⁴⁶ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 202; TUNÇOMAĞ, s. 549; EREN, s. 378; AKARTEPE, s. 62.

⁴⁷ BUDAK, s. 37; URAL ÇINAR, s. 393; DİNCİOĞLU, s. 1349.

⁴⁸ Y. HGK. T. 13.03.2013, E. 2012/6- 1067, K. 2013/364, "Sözleşmede devir yasağı bulunmasında karşın kiracı H. A. 1.6.2008 başlangıç, 29.10.2010 bitim tarihli alt kira sözleşmesiyle kiralananları davalı şirkete devretmiştir. Belediye sınırları içinde ve musakkaf nitelikli kiralananlar 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerine tabidir. Anılan Kanununun 12. maddesi gereğince sözleşmedeki devir yasağına rağmen alt kira sözleşmesiyle

Hâl böyleyken, kiraya verenin haksız işgal eden konumundaki bir kişinin eşyaları üzerindeki hapis hakkını, bu kişinin asıl kiracıya olan borcuyla sınırlamak kabulü mümkün olmayan bir durumdur. Alt kira ilişkisi geçerli olmadığından, her ne kadar asıl kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan sözleşme geçerli olsa bile, kişisel nitelikte olan bu sözleşme asıl kiraya vereni bağlamaz ve üçüncü kişiye alt kiracı sıfatını kazandırmaz. Açıklanan nedenlerle, alt kira ilişkisinin geçerli olmaması durumunda hapis hakkına ilişkin TBK.m.337'nin uygulanması uygun olacaktır.

3. Üçüncü Kişiye Ait Eşya

Kanun koyucu kiraya verenin hapis hakkını düzenlediği TBK.m.336/I'de, kiralananda bulunan ve kiralanın döşenmesine ya da kullanılmasına yarayan eşya üzerinde hapis hakkının bulunduğu söz etmiş, eşyanın hak sahibi hakkında bir kural getirmemiştir. Söz konusu maddenin düzenleniş biçiminden, kiraya verenin kiralananda bulunan ve kiralanın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan eşya üzerinde, bu eşyalar kime ait olursa olsun hapis hakkına sahip olduğu sonucu çıkarılabilir. Ana kural bu olmakla birlikte, TBK.m.337'de üçüncü kişilere ait eşyalar yönünden bazı istisnalar düzenleme altına alınmıştır. Bu istisnalar ise kiraya verenin iyiniyetli olmaması ile çalınmış, kaybolmuş ya da malikinin elinden iradesi dışında çıkmış eşyalara ilişkindir.

a) Kiraya Veren İyiniyetli Olmaması

Üçüncü kişiye ait eşya üzerinde kiraya verenin hapis hakkının söz konusu olabilmesi için kiraya veren iyiniyetli olmalıdır. Kiraya veren, kiralananda bulunan eşyaların üçüncü kişiye ait olduğunu biliyor ya da bilebilecek durumdaysa kötünietli; bunu bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse iyiniyetli sayılır⁴⁹. Örneğin, kiracı, işi gereği sürekli olarak başkalarına ait eşyaları kiralanana getiriyorsa, kiraya verenin bu eşyaların kiracıya ait olmadığını bilmesi gerektiği varsayılmalıdır⁵⁰. Böyle bir durumda, kiraya verenin üçüncü kişiye ait eşya üzerinde hapis hakkı söz konusu olmaz. Fakat, kiraya veren iyiniyetli olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Aksine istihkak iddiasında bulunan üçüncü kişi, kiraya

kiralananı kullanan davalı şirket fuzuli şağil durumundadır", (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası E.T. 08.12.2021).

⁴⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 177; AYDEMİR, s. 262; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 285; URAL ÇINAR, s. 394; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 279; AKARTEPE, s. 63; KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019, s. 270.

⁵⁰ TUNÇOMAĞ, s. 547.

verenin kötünüyetini ispatla mükelleftir⁵¹. Burada da TMK.m.3/I hükmü işler. Ayrıca, üçüncü kişinin yalnızca eşyanın kendisine ait olduğunu ispat etmesi yeterli olmayıp kiraya veren eşyaların kiracıya ait olmadığını bildiğini ya da bilmesi gerektiğini de ispat etmesi gerekir⁵².

Kiraya verenin hapis hakkına konu eşyanın üçüncü kişiye ait olup olmaması hususundaki iyiniyetinin ne zaman arandığı konusunun da açıklanması gerekmektedir. Bu konunun açıklanmasında, TBK.m.337/II yol gösterici niteliktedir. Söz konusu düzenlemede, kira sözleşmesi devam ederken eşyaların kiracıya ait olmadığını öğrenen kiraya verenin kira sözleşmesini feshetmesi, aksi takdirde eşya üzerindeki hapis hakkını kaybedeceği öngörülmektedir. Kanunun bu düzenlemesinden yola çıkılarak iyiniyetin arandığı ânın eşyaların kiralanan getirdiği ân olduğu söylenebilir⁵³.

TBK.m.337/II'de yer alan düzenleme lafzi yorumlandığında bir fesih hükmü olarak anlaşılabilir. Fakat esasen söz konusu madde, kira sözleşmeleri açısından yeni bir fesih imkânı getirmiş değildir. Burada ifade edilmek istenen, kanunda yer alan fesih hâllerine göre feshin mümkün olduğudur. Aksi takdirde, kiraya veren söz konusu eşyalar üzerindeki hapis hakkını kaybeder.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hapis hakkının fesih ihbarının ileri sürülmediği fesih döneminin sonuna kadar olan alacaklar için ileri sürülebileceği; yeni kira dönemi için ileri sürülemeyecek olmasıdır⁵⁴. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise fesih dönemi sonunda akdin feshi söz konusu olmadığından, temerrüt nedeniyle fesih yoluna gidilmesi ya da bir kira yılı içinde iki haklı ihtara neden olma düzenlemesi gereği sahip olunan fesih hakkının kullanılmaması durumu dikkate alınmalıdır⁵⁵.

Kiraya verenin iyiniyeti konusunda son olarak kamusal açıklık işlevi gören ve görmeyen siciller bakımından değerlendirme yapmak

⁵¹ FEYZİOĞLU, s. 555- 556; YAVUZ, s. 488; TUNÇOMAĞ, s. 548.

⁵² DİNCİOĞLU, s. 1050-1051. Y. 13.HD. T. 25.11.1974, 5595/3189, "... Davacı hapsedilen eşyanın kiracıya ait olmadığını kiralayan alacaklının bildiğini yahutta bilmesi gerektiğini ileri sürmemiştir. Mücerret eşyanın kendisine ait olduğunu ispat etmesi davanın kabulü için yeterli bulunmamaktadır" (Karar için bkz. DİNCİOĞLU, s. 1351, dn. 25.

⁵³ FEYZİOĞLU, s. 555; TUNÇOMAĞ, s. 548; URAL ÇINAR, s. 395; CANSEL, s. 177; AKARTEPE, s. 64; RUHİ/ RUHİ, s. 365; ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 314.

⁵⁴ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 286; URAL ÇINAR, s. 397, dn. 70.

⁵⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 178.

gerekir. Bilindiği gibi, kamusal açıklığa sahip siciller iyiniyeti ortadan kaldırır. Buna örnek olarak Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca tutulan Finansal Kirama Sicili gösterilebilir (m.22/III). Öte yandan, açıklık işlevi olmayan mülkiyeti muhafaza sicili ve hayvan rehni sicilinin ise iyiniyet üzerinde olumsuz bir etkisi yoktur⁵⁶.

b) Çalınmış, Kaybolmuş veya Malikinın Elinden İradesi Dışında Çıkmış Eşya

Kiralanda bulunan taşınır eşya çalınmış, kaybolmuş veya herhangi bir şekilde malikinın elinden iradesi dışında çıkmış bir eşya ise, kiraya verenin iyiniyeti korunmaz. Bir diğer ifade ile kiralanda bulunan taşınır eşya kiracıya ödünç olarak verilmiş bir eşya ise kiraya verenin iyiniyeti korunurken, bunun çalıntı bir eşya olması durumunda kiraya verenin iyiniyet korunmaz.

Bu noktada, TMK.m.989 hükmünü hatırlatmak gerekir. Söz konusu maddede, taşınır bir eşyası çalınan, kaybolan veya herhangi bir şekilde iradesi dışında elinden çıkan zilyet için taşınır davası açma imkânı öngörülmüştür. Kural olarak kiraya verene tanınmış olan hapis hakkının, malikinın elinden böylesi nedenlerle çıkmış eşyalar konusunda tanınmamış olması, bu kişiler tarafından kiraya verene karşı da taşınır davası açılabilir olmasıdır. Bu sebeple, kiraya veren iyiniyetli dahi olsa çalınmış, kaybolmuş veya herhangi bir şekilde malikinın elinden iradesi dışında çıkmış eşya üzerinde kiraya verenin hapis hakkı söz konusu olmaz⁵⁷.

C. KİRAYA VERENİN HAPİS HAKKININ KAPSAMI

1. Alacak Bakımından Kapsamı

Kira sözleşmelerinde kiracının esas borçlarından biri, kira bedelini ödemektir. Bu husus, kira sözleşmesini tanımlayan TBK.m.299'da açıkça ifade edilmiştir. Yine, kiracının borçlarını düzenleyen hükümler içerisinde ilk sırada kira bedelinin ödenmesi borcunu hüküm altına alan TBK.m.313 yer almaktadır.

Kiracının kira bedeli dışında, yan giderleri ödeme borcu da bulunmaktadır. Gerçekten, TBK.m.314'te, aksine sözleşme veya yerel adet bulunmadıkça, yan giderlerin de kiracı tarafından ödeneceği

⁵⁶ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 203; URAL ÇINAR, s. 395; GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 296; AKARTEPE, s. 66.

⁵⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 178; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 286; URAL ÇINAR, s. 396; TUNÇOMAÇ, s. 547; EREN, s. 377.

düzenlenmiştir. Kiraya verenin hapis hakkını düzenleyen TBK.m.336'da yalnızca kira bedelinden bahsedilmiştir. Her ne kadar, TBK.m.336'da hapis hakkı bakımından yan giderlerden söz edilmemiş olsa da İsviçre'de ve mülga borçlar kanunu döneminde yerleşen uygulamanın 6098 sayılı Kanun döneminde de kabul edilmesi önerilebilir. Buna göre, ısınma, aydınlatma, apartman aidatı gibi yan giderler ile takip masrafları ve gecikme faizi ve hatta kira ilişkisinin sona ermiş olmasına rağmen kiralananın kullanılmasından kaynaklanan ecrimisil alacağı da hapis hakkının kapsamına dâhildir⁵⁸.

Öte yandan, hapis hakkının alacak çeşitleri bakımından kapsamı içerisinde taşınmazda meydana gelen zararlar nedeniyle ortaya çıkacak tazminat talebi yer almamaktadır. Bu nedenle, tazminat talebine karşılık hapis hakkı kullanılamaz⁵⁹. Ancak, taşınmazın kiracı tarafından herhangi bir sebep olmaksızın erken tahliyesi durumunda ödenmesi gereken tazminat, hapis hakkının kapsamındadır. Zira, bu durumda ödenecek olan tazminat, esasında yeni bir kiracı bulununcaya kadar ödenmesi gereken kira borcudur⁶⁰.

2. Zaman Bakımından Kapsamı

Kanun koyucu, hapis hakkının kapsamına girecek alacakları sınırlamıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi kira alacağı ve yan giderler hariç diğer alacak için hapis hakkının kullanılması söz konusu değildir. Genel hapis hakkında aranan alacak ve eşya arasındaki bağlantı, kiraya verenin hapis hakkı açısından da bu şekilde anlaşılmalıdır. Ancak, kiraya verenin hapis hakkı yalnızca alacak bakımından sınırlandırılmamıştır. Ayrıca, zamansal bir sınırlama da öngörülmüştür. TBK.m.336'da hapis hakkının işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira bedeli ile sınırlı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Bu hükme göre, toplamda on sekiz aylık kira bedeli ve yan giderler dışında kalan diğer alacaklar için kiraya veren hapis hakkını kullanamaz.

Kiraya verenin hapis hakkına ilişkin bir zaman sınırı konulmuş olmasına rağmen, bu sürenin işlemeye başlayacağı tarih hakkında kanunda

⁵⁸ OLGAÇ, Borçlar Kanunu, s. 709; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 180; FEYZİ-OĞLU, s. 558-559; UYGUR, s. 1800; YAVUZ, s. 487; TUNÇOMAÇ, s. 550; URAL ÇINAR, s. 398-399; EREN, s. 379-380; CANSEL, s. 179; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 204.

⁵⁹ AKYAZAN, s. 1204; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 180; AYDEMİR, s. 260; FEYZİ-OĞLU, s. 559; UYGUR, s. 1800; YAVUZ, s. 487; TUNÇOMAÇ, s. 550; EREN, s. 379; CANSEL, s. 179.

⁶⁰ BUDAK, s. 46; URAL ÇINAR, s. 399.

herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, takip talebinin ileri sürüldüğü veya kiracının iflâsının açıldığı tarihten önceki son kiranın vadesi başlangıç noktası olarak kabul edilir⁶¹. Bu tarihten önceki işlemiş bir yıllık ve sonraki işlemekte olan altı aylık kira bedeli için hapis hakkı kullanılabilir⁶².

Bu başlık altında son olarak iki hususu daha incelemek gerekmektedir. İlk olarak hapis hakkı, ancak alacağı karşılayacak miktarda eşya üzerinde kullanılabilir. Alacağın değerini aşacak değerde eşya üzerinde kiraya verenin hapis hakkını kullanması mümkün değildir⁶³. Ayrıca, kirasını düzenli ödeyen bir kiracı hakkında, işleyecek altı aylık kira bedeli için hapis hakkı kullanılabileceği düzenlemesinden bahisle, yalnızca bir kez kira ödemekte gecikmiş olan bir kiracıya karşı hapis hakkının kullanılması TMK.m.2'ye göre açıkça hakkın kötüye kullanımı kabul edilmelidir. Şüphesiz, hakkın kötüye kullanımını hukuk düzeni korumayacağı için böyle bir durumda hapis hakkının kullanılması mümkün olmamalıdır⁶⁴.

III. KİRAYA VERENİN HAPİS HAKKININ DOĞUMU, KULLANILMASI ve SONA ERMESİ

A. HAPİS HAKKININ DOĞUMU

Kiraya verenin hapis hakkının doğması ile hukuki sonuçlarının ortaya çıkması aynı zamanda meydana gelmez. Hapis hakkının doğumu, hapis hakkına konu olan, yani kiralananın döşenmesine veya kullanılmasına yarayan eşyaların taşınmaza getirilmesi ile gerçekleşir⁶⁵. Kiralanana getirilen eşyaların kiraya veren tarafından bilinmesi önemli değildir.

⁶¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 180; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 285; GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 204; FEYZİOĞLU, s. 558; ARAL/ AYRANCI, s. 314; YAVUZ, s. 483; TUNÇOMAĞ, s. 550; URAL ÇINAR, s. 400; AKARTEPE, s. 67; BUDAK, s. 44- 45.

⁶² Örneğin beş yıl süreli ve 20.09.2013 başlangıç tarihli bir kira sözleşmesinde kira bedelinin 20.01.2014 tarihinden itibaren ödenmediğini ve kiraya verenin 30.09.2015 tarihinde başvuruda bulunduğunu düşünelim. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira bedelleri için sürenin işlemeye başlayacağı tarih, hapis hakkının kullanılmasından önceki son kira bedelinin muacceliyet tarihi, yani örneğimizde 20.09.2015 tarihidir. Buna göre 20.09.2014- 20.09.2015 tarihleri arasındaki muaccel bir yıllık ve 20.09.2015- 20.03.2015 tarihleri arasındaki müaccel altı aylık kira bedeli için hapis hakkı kullanılabilir (Örnek için bkz. AYDEMİR, s. 261).

⁶³ UYGUR, s. 1803.

⁶⁴ URAL ÇINAR, s. 400.

⁶⁵ GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi, s. 202; DEMİR, s. 63; DİNCİOĞLU, s. 1353.

Kiraya veren, söz konusu eşyaların kiralananana getirildiğinden haberdar olmasa dahi bu eşyalar üzerinde hapis hakkına sahiptir⁶⁶. Kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkının hukuki sonuçları ise usulüne uygun şekilde hapis hakkının kullanılmasıyla ortaya çıkar⁶⁷.

B. HAPİS HAKKININ KULLANILMASI

Kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkının kullanılması konusunda hem TBK.m.338'de hem de İİK.m.270-271'de düzenlemeler yer almaktadır. Bu hükümler birbirini tamamlar nitelikte oldukları için bunları birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Hem TBK hükümleri hem de İİK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, kiraya verenin hapis hakkının ancak devlet eliyle kullanılabileceği açıkça görülmektedir. Bu hususta, kişinin kendi hakkını kendisinin kullanması (ihkak-ı hak) söz konusu değildir⁶⁸. 765 sayılı önceki Türk Ceza Kanunu'nun 308'inci maddesinde ihkak-ı hakkı suç olarak düzenlenmişti. Hatta o dönemde verilmiş olan bir Yargıtay kararında, davalıların ihkak-ı hak suçundan mahkûm olmalarından bahisle, kiracıya ait eşyaların iadesine karar verilmiştir⁶⁹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ise ihkak-ı hakkı bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Ancak, kiraya verenin hapis hakkı kapsamındaki eşyalara kendisinin el koyması, hırsızlık, yağma, dolandırıcılık suçlarını oluşturuyorsa hapis hakkının kullanıldığından söz edilemez. Eğer kiraya veren, depolama sözleşmesi gibi hukuki bir ilişkiye dayanarak kiracıya ait malları elinde bulunduruyorsa, bu eşyalara defter tutulmaksızın el koyarak hapis hakkını kullanabilir⁷⁰.

⁶⁶ BUDAK, s. 49; URAL ÇINAR, s. 401.

⁶⁷ URAL ÇINAR, s. 401.

⁶⁸ URAL ÇINAR, s. 402.

⁶⁹ Y. 13. HD. T. 01.02.2005, E. 2004/17295, K. 2005/1144, "Eskişehir 1. Sulh Ceza Mahkemesinin kesinleşen 2001/1086 E.-2002/331 K. Sayılı dosyasından; davacının davalılara ait evde kiracı olarak oturduğu, 2000 senesinde davacının kira bedelini ödememesi nedeniyle kiralayan davalıların davacının evine girerek ev eşyalarını götürdükleri, bir kısım eşyaların polis nezaretinde davacıya teslim edildiği ve davacının bir kısım eşyalarını teslim alamadığı, bu nedenle davalıların ihkaki hak suçundan mahkûm oldukları anlaşılmaktadır", (KBİBB., E.T. 11.12.2021).

⁷⁰ DİNCİOĞLU, s. 1354; Y. 11. HD., T. 16.01.2007, E. 2005/13507, K. 2007/306, "Davacı vekili, müvekkili ile davalı şirket arasında davacının ithal ettiği Amerikan tipi mısır emtiasına ilişkin depolama sözleşmesi bulunduğunu, davalıya teslim edilen emtianın sözleşme uyarınca kararlaştırılan fire oranı düşüldükten sonra 536.116 kilogramını kira bedeli olarak hapis hakkı kullanıldığından bahisle davacıya teslim edilmediğini ileri sürerek, anılan miktardaki Amerikan tipi mısır bedelinin temerrüt faiziyle davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir (...)

Hapis hakkının hangi devlet oranı eliyle kullanılacağı konusunda 1818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde tereddüt söz konusu idi. Önceki BK.m.269'da sulh hukuk mahkemesi tarafından hapis hakkı talebinin yerine getirileceği düzenlenmişken; İİK.m.270'te ise icra dairesine başvurulabileceği ifade edilmiştir. Bu dönemde, İcra İflas Kanununun, Borçlar Kanununa göre yeni tarihli olduğundan bahisle yetkili makamın icra dairesi olduğu kabul edilmekteydi⁷¹. Fakat, TBK.m.338'de hem sulh hukuk mahkemesinin hem de icra dairesinin yetkili olduğu kabul edilerek bu tartışma sona erdirilmiştir⁷².

Hapis hakkının kullanılmasına ilişkin talep sulh hukuk mahkemesine iletilirse, mahkeme tedbir niteliğinde bir karar verir⁷³. Söz konusu kararın icrası, yani defter tutulması işlemi ise yine icra dairesi tarafından yerine getirilir. Hapis hakkına ilişkin doğrudan doğruya icra dairesinden talepte bulunmak da mümkündür. Fakat İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nde hapis hakkına ilişkin örnek bir form bulunmamaktadır. Başvurunun icra dairesine verilecek bir dilekçeyle veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabileceği ifade edilmiştir⁷⁴.

Hapis hakkı konusunda defter tutulması talepleri, 492 sayılı Harçlar Kanunu m. 13/I-g'ye göre harçtan muaftır. Sulh hukuk mahkemesine de icra dairesine de başvurulmuş olsa defter tutulması talebinin kabul görmesi için kira ilişkisinin varlığının ispatlanması gerekir. Ancak, burada kesin bir ispat aranmaz; kira ilişkisinin varlığı yönünde yaklaşık ispat

davacının ödenmeyen kira bedelinden dolayı dava konusu mısır bedelinden fazla miktarda davalıya borçlandığı, davalı lehine hapis hakkı koşullarının gerçekleştiği, davalının kira alacağı ödenmediği için dava konusu mısırı iade etmek veya bedelini ödemek zorunda olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 11.12.2021).

⁷¹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 181; BUDAK, s. 56. Y. 12. HD. T. 10.12.1999, E. 1999/13885, K. 1999/16164, “İİK.270. maddesindeki hapis hakkı için Sulh Hakimi kararı olması koşulu yoktur. İİK., Borçlar Kanunundan daha yeni tarihli olduğu için yetkili merciiñ İİK.da belirtildiği şekilde İcra Müdürlüğü olduğunun kabulü gerekir” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 11.12.2021).

⁷² AKÇAAL, Mehmet/ UYUMAZ, Alper, Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi, SÜHFD., C. 21, S. 1 (30. Yıl Armağani), 2013, s. 297- 325, s. 322.

⁷³ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 287; UYGUR, s. 1805; URAL ÇINAR, s. 404.

⁷⁴ BUDAK, s. 59; DEMİR, s. 68. Örnek dilekçe için bkz. OLGAC, Senai, İcra- İflâs, İkinci Cilt Maddeler (106- 371), Ankara 1978, s. 1833.

yeterlidir⁷⁵. Eğer ilgili makamda hapis hakkının bulunduğu kanaati olursa sulh hukuk mahkemesi hapis hakkına ilişkin defterin tutulması kararı verir. Kararın icrası ise icra dairesi tarafından yerine getirilir.

İcra dairesi tarafından kiralananda bulunan ve hapis hakkına ilişkin borcu karşılayacak miktarda taşınır, tahmini değerleriyle birlikte deftere kaydedilir. Defteri tutulan eşyalar kiracı tarafından kullanılabilir, fakat kiracının bu eşyalar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır⁷⁶. Deftere kaydedilen eşyaların alacaklıdan kaçırılması veya gizlenmesi durumunda, İİK.m.335'in atfıyla, TCK.m.289'da yer alan muhafaza görevini kötüye kullanma suçu oluşur. Hapis hakkı defterinin tutulmasıyla ilgili vurgulanması gereken husus, deftere yalnızca hapis hakkına konu borcu karşılayacak değerde eşyanın kaydedilecek olmasıdır. Diğer bir önemli husus ise hapis hakkının konusu eşyaların yazılacağı deftere, İİK.m.82'de yer alan ve haczi caiz olmayan eşyaların yazılmasının mümkün olmadığıdır. Aksi takdirde, İİK.m.16'ya göre şikâyet yoluna başvurulabilir.

Hapis hakkına ilişkin defterinin tutulmasından sonra icra dairesi, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması için kiraya verene on beş günlük bir süre verir. Bu süre içerisinde takip yapılmazsa söz konusu alacaklar yönünden defter hükümsüz hale gelir⁷⁷. Kiraya veren tarafından on beş gün içerisinde takip yapılır ve takibe itiraz edilmezse ya da itiraz kaldırılırsa takip kesinleşir. Bu durumda, kiraya veren, İİK.m.150/e uyarınca ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren altı ay içerisinde

⁷⁵ KURU, s. 288; DEMİR, s. 68; DİNCİOĞLU, s. 1356.

⁷⁶ URAL ÇINAR, s. 404; BUDAK, s. 67; DEMİR, s. 69; DİNCİOĞLU, s. 1357; RUHİ/RUHİ, s. 367.

⁷⁷ CANSEL, s. 180; KURU, s. 289; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 377; URAL ÇINAR, s. 206; AKARTEPE, s. 72; DEMİR, s. 70; DİNCİOĞLU, s. 1357; RUHİ/RUHİ, s. 366.

deftere kayıtlı eşyaların satışını istemelidir⁷⁸. Aksi takdirde takip düşer ve hapis hakkına ilişkin defter de hükümsüz hale gelir⁷⁹.

Genel hapis hakkından farklı olarak, kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkında, eşyaların kiralananandan çıkarılması ile hapis hakkı ortadan kalkmamaktadır. Ayrıca, kiraya verene, TBK.m.338'de ve İİK.m.271'de eşyaların iadesini talep etme hakkı tanınmıştır. Söz konusu iki hüküm arasında düzenledikleri takip hakkı bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır⁸⁰. TBK.m.338'in madde gerekçesinde, söz konusu maddenin İİK.m.271'e uyumlu hale getirilmeye çalışıldığı açıkça ifade edilmektedir⁸¹.

Kiraya veren, hapis hakkına konu eşyaların kiralananandan gizlice veya zorla götürülmelerinden⁸² başlayarak on gün içerisinde icra daireesine talepte bulunulmak suretiyle eşyaların iadesi sağlayabilir. Burada vurgulanması gereken husus, on günlük sürenin zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süre olduğudur⁸³. Ayrıca, bu süre eşyaların iadesi için

⁷⁸ 30.11.2021 tarih ve 31675 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren *İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*'un 9. maddesiyle İİK.m.106/I'de yer alan ve haczolunan taşınır malın altı ay içerisinde satışının istenmemesi halinde haczin düşeceğine ilişkin düzenleme değiştirilmiştir. Yeni düzenleme ile hem taşınır hem de taşınmaz mallar için satış işleme süresi bir yıl olarak hüküm altına alınmıştır. Oysa taşınır rehnine ilişkin düzenlemede (İİK.m.150/e) aynı süre altı ay olarak kalmıştır. Bu durumun kanun koyucunun unutkanlığı sonucunda ortaya çıktığını, bu sebeple aynı değişikliğin taşınır rehni bakımından da yapılmasının uygun olacağı ifade edilmelidir.

⁷⁹ URAL ÇINAR, s. 406; DEMİR, s. 70.

⁸⁰ *Demir'e* göre, TBK.m.338/II, deftere kaydedilmiş olan eşyaların iadesini düzenlerken, İİK.m.271/I ise henüz deftere kaydedilmemiş olan eşyalar için iadeyi düzenler. Bu nedenle, defteri tutulmamış eşya bakımından kolluk gücüne başvurulamaz. Zira, kolluk, hangi eşyaların hapis hakkına konu olduğunu ancak defter tutulmuşsa bilebilir (DEMİR, s. 72-73).

⁸¹ "...Maddenin son fıkrasında kullanılan "polis kuvveti" şeklindeki ibare yerine, Tasarıda "kolluk gücü" denilmek suretiyle fıkra, *İcra ve İflas Kanununun 271 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesiyle uyumlu hâle getirilmiştir*" (<https://www5.tbmm.gov.tr/sira-sayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, E.T. 16.12.2021).

⁸² Gizlice götürmek ifadesi ile kastedilen, kiraya verenin eşyanın götürüldüğünü bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi iken; zorla götürme ile kastedilen ise kiraya verenin karşı koymasına rağmen eşyaların götürülmesini ifade eder (YAVUZ, s. 490).

⁸³ EREN, s. 381. On günlük sürenin henüz defteri tutulmamış, fakat üzerinde hapis hakkı bulunan eşyalar için söz konusu olduğu; defteri tutulmuş olan eşyalar için herhangi bir süre sınırı olmadan talepte bulunulabileceği hakkında bkz. BUDAK, s. 108; RUHİ/ RUHİ, s. 367.

öngörülmemiş, kiraya veren yetkili mercilere başvurması için tanınmış bir süredir. Kiraya veren on gün içerisinde başvuru yapmışsa, eşyaların iadesi daha uzun bir zaman diliminde gerçekleşse bile talep geçerlidir. On günlük sürenin işlemeye başladığı tarih ise eşyaların kiralananandan çıkarıldığı tarihtir; kiraya veren eşyaların götürüldüğünü daha sonra öğrenmesi sonucu değiştirmez⁸⁴.

Öğretide, gizlice veya zorla götürülen eşyalar hakkında zorunluluğun söz konusu olduğu durumlarda icra dairesine başvurmadan doğrudan doğruya kolluk gücünden yardım istenebileceği, hatta kişinin kendi hakkını kendisinin de koruyabileceği ifade edilmektedir. Fakat kişinin kendi hakkını koruyabilmesi için TBK.m.64/III'te yer alan şartların gerçekleşmiş olması gerekir⁸⁵.

C. HAPİS HAKKININ SONA ERMESİ

Alacağın son bulması halinde hapis hakkı sona erer. Yine alacaklının hapis hakkına konu alacağa yetecek miktarda teminat göstermesi durumunda da hapis hakkı sona erecektir⁸⁶.

Hapis hakkını sona erdiren nedenlerden bir diğeri de hapis hakkına konu eşyanın yok olması ve kiralananandan tamamen ayrılmasıdır. Fakat kiralananandan geçici olarak ayrılan eşya üzerinde hapis hakkı devam eder⁸⁷. Ancak, haciz işleminin yerine getirilmesi için eşyanın kiralananandan çıkarılması hapis hakkını sona erdirmez. Bu durum, hapis hakkı için defter tutulmasa da geçerlidir. Zira, kiraya verenin, defter tutulmasına bağlı olmaksızın kiralanananda bulunan ve hapis hakkına konu eşyalar üzerinde rüçhan hakkı bulunmaktadır⁸⁸.

⁸⁴ CANSEL, s. 180. Bu noktada, belki sürenin kiraya verenin durumu öğrenmesinden itibaren başlayacağını kabul etmek hakkaniyete daha uygun olabilir.

⁸⁵ TUNÇOMAĞ, s. 511; BUDAK, s. 107; URAL ÇINAR, s. 409.

⁸⁶ OLGAÇ, Borçlar Kanunu, s. 710; CANSEL, s. 181; BUDAK, s. 64.

⁸⁷ BUDAK, s. 49; DEMİR, s. 63; DİNCİOĞLU, s. 1353;

⁸⁸ Y. 21. HD. T. 29.11.2005, E. 2005/6074, K. 2005/12377, "... kiralayanın hapis hakkı, menkul malların kiralanan yere gelmesiyle birlikte doğduğundan; daha sonra hapse konu malların alacaklı tarafından haczedilmesi ve paraya çevrilmesi halinde; kiralayanın kira alacağının satış bedelinden öncelikle ödenmesi gerekir", (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası., E.T. 05.12.2021). Aksi görüşte olan Budak ise, hapis hakkına konu malların ferden belirlenmesi için hapis hakkı defterinin tutulması gerektiğini, hapis hakkı defteri tutulmadan önce kiraya verenin hapis hakkının diğer haciz sahiplerine göre bir önceliği olmadığını ifade etmektedir (BUDAK, s. 99).

Nihayet, kiralananda bulunan hapis hakkına konu eşyaların, kiralanın bilgisi ve rızası dâhilinde kiralanandan taşınması durumunda da hapis hakkının sona ereceği söylenebilir⁸⁹.

SONUÇ

Hapis hakkı, Türk Medenî Kanununun taşınır rehnine ilişkin düzenlemeleri arasında yer alan sınırlı bir aynı hak olarak gösterilebilir. Rehinden farklı olarak hapis hakkının kurulması için herhangi bir aynı sözleşmeye de ihtiyaç yoktur. Zira, hapis hakkı kanuni bir rehin türüdür ve kanunda aranan şartların gerçekleşmesi ile kendiliğinden doğar.

Hapis hakkı ile alacaklı, alacakla bağlantısı bulunan ve borçlunun rızasıyla zilyet olduğu taşınır eşya veya kıymetli evrakı alacağına karşılık elinde tutma ve borç ödenmezse bunları paraya çevirtme imkânına sahip olur. Paraya çevirme yetkisini veren bu hak, sahibine aynı yetkiyi sunan rehin hakkı gibi aynı bir hak olarak nitelendirilebilir.

Esasında kiraya verenin hapis hakkı da Türk Medeni Kanununda düzenlenen genel hapis hakkının özel bir türüdür. Fakat bu iki kurum arasında önemli farklar bulunmaktadır. Her şeyden önce, genel hapis hakkında hapis hakkı sahibinin eşyaya zilyet bulunması gerekirken; kiraya veren, kiracının zilyetliğinde bulunan eşyalar üzerinde hapis hakkına sahiptir. Yine genel hapis hakkında alacak ile eşya arasında aranan bağ, kiraya verenin hapis hakkında aranmamıştır. Ayrıca, genel hapis hakkı yalnızca vadesi gelmiş, yani muaccel alacaklar için kullanılabilirken; kiraya veren henüz vadesi gelmemiş altı aylık kira bedeli için de hapis hakkına başvurabilir. İki kurum arasındaki son fark ise alacağın temlikinde kendisini gösterir. Alacağın temliki, genel hapis hakkında, kural olarak, hapis hakkının devralana geçmesi sonucunu doğurmazken; kira ilişkisinin devri durumunda kiraya verenin hapis hakkı devralana geçer.

Her ne kadar genel hapis hakkından farklı olarak, kiraya verenin hapis hakkında eşya ile alacak arasında bağlantı aranmasa da kanunda bu hak için de bazı sınırlamalar getirilmiştir. Her şeyden önce, kiraya veren ancak kiralananda bulunan ve kiralananın döşenmesine ya da kullanılmasına yarayan eşyalar üzerinde hapis hakkını kullanabilir. Ancak, kanun koyucu burada eşyanın kiracıya ait olmasını aramamıştır. Alt kiracıya, hatta tamamen üçüncü kişiye ait ve kiralananda bulunan eşya üzerinde de hapis hakkı kullanılabilir. Fakat alt kiracı bakımından, asıl kiracıya olan borcu kadar eşya üzerinde hapis hakkı kullanılabileceği

⁸⁹ CANSEL, s. 181.

sınırlaması getirilirken; üçüncü kişiye ait eşyalar ise ancak o eşyaların üçüncü kişiye ait olduğunun kiraya veren tarafından bilinmemesi ve eşyaların sahibinin elinden rızası dışında çıkmış eşya olmaması şartıyla hapis hakkına konu olabilir.

Kiraya verenin hapis hakkı yalnızca hapis hakkına konu eşyalar bakımından sınırlanmamış, hapis hakkının kapsamı yönünden de hem alacağın niteliği hem de alacağın miktarı bakımından sınırlama getirilmiştir. TBK.m.336'da işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira alacağından bahsedilmiştir. Her ne kadar madde metninde yalnızca kira alacağından bahsedilmiş olsa da kiraya verenin hapis hakkının kapsamında kira sözleşmesinden kaynaklanan yan giderler de yer almaktadır.

Kiraya verenin sahip olduğu hapis hakkı için aynı bir sözleşme gerekmemektedir. Hatta bir kira borcunun doğmuş olmasına dahi gerek yoktur. Kiraya verenin hapis hakkı, hapis hakkına konu olacak nitelikteki eşyaların kiralanan getirilmesiyle birlikte doğar. Elbette, hakkın hüküm ve sonuçlarını doğurması için kullanılması gerekmektedir.

Hapis hakkının kullanılması için ilk olarak hapis hakkına ilişkin bir defterinin tutulması gerekmektedir. Defterin tutulması için, sulh hukuk mahkemesinden ya da icra dairesinden talepte bulunulabilir. Yetkili makamın hapis hakkına ilişkin bu defteri tutması için kira ilişkisinin varlığına ikna olması yeterli olacaktır, yoksa hakkın kesin olarak ispatı aranmaz. Hapis hakkına ilişkin deftere, yalnızca kiraya verenin alacağını karşılayacak değerde eşyalar kaydedilir. Hapis hakkına ilişkin defterin tutulmasıyla birlikte kiracının deftere kaydedilen eşyalar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır.

Hapis hakkına ilişkin defterin tutulması üzerine kiraya verene on beş günlük bir süre verilir ve bu süre içerisinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması için kendisine ihtarda bulunulur. Aksi takdirde, tutulmuş olan defter hükümsüz olur. Verilen süre içerisinde takibin yapılmasıyla hapis hakkı defterinde yer alan eşyaların satışı istenebilir. Bu eşyaların satılması, kiracı tarafından depo edilecek bir teminatla engellenabilir.

Kiraya verenin hapis hakkında, genel hapis hakkında yer almayan bir imkân yer almaktadır. Buna göre, kiraya veren, hapis hakkına konu eşyalar kiralananandan gizlice veya zorla çıkartılsa bile kiraya veren bunların iadesini isteyebilir.

Kiraya verenin hapis hakkı, alacağın sona ermesi veya kiracı tarafından alacağı karşılar miktarda teminat gösterilmesiyle ortadan kalkar. Yine hapis hakkına konu eşyaların kaybolması ya da kiralanandan tamamen ayrılması durumunda da hapis hakkı sona erecektir. Fakat kiralanandan geçici olarak ayrılan eşyalar bakımından hapis hakkı son bulmaz.

KAYNAKLAR

- AKARTEPE**, Alpaslan: "Kiraya Verenin Hapis Hakkı", Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 55- 78.
- AKÇAAL**, Mehmet/ **UYUMAZ**, Alper: Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi, SÜHFD., C. 21, S. 1 (30. Yıl Armağanı), 2013, s. 297- 325.
- AKYAZAN**, Sıtkı :Hapis Hakkı, AD., Y. 45, S. 10, 1954, s. 1193- 1207.
- ARAL**, Fahrettin/ **AYRANCI**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara 2019.
- ARSLAN**, Ramazan/ **YILMAZ**, Ejder/ **TAŞPINAR AYVAZ**, Sema/ **HANAĞASI**, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.
- AYDEMİR**, Efrail: Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.
- BUDAK**, Ali Cem: İcra Ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması, Ankara 2003.
- BULUT**, Batuhan: Kiraya Verenin Hapis Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- CANSEL**, Erol: Türk Hususî Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961.
- DEMİR**, Şamil: Kiralayanın Hapis Hakkı, ABD., S. 4, 2013, s. 51- 77.
- DİNCİOĞLU**, Duygu: Kiralayanın Hapis Hakkı, DEÜHFD., Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1339- 1367.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) Cilt I, 4. Bası, İstanbul 1980.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Bası, İstanbul 2013 (Kısaltılmışı: GÜMÜŞ, Özel Hükümler).
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Yeni: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK. m. 299- 356), 2. Bası, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı: GÜMÜŞ, Kira Sözleşmesi).
- İMRE**, Zahit: Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik, İÜHFİM., C. 18, S. 3- 4, 1952, s. 742- 782.
- KILIÇOĞLU**, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019.
- KURU**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2019.
- NOMER**, Halûk Nami/ **ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019.

- OĞUZMAN**, M. Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY- ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.
- OLGAÇ**, Senai: İcra- İflâs, İkinci Cilt Maddeler (106- 371), Ankara 1978.
- OLGAÇ**, Senai: Kazâî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi Akdin Muhtelif Nevileri (Madde 182-371), Ankara 1977 (Kısaltılmışı: **OLGAÇ**, Borçlar Kanunu).
- RUHİ**, Canan/ **RUHİ**, Ahmet Cemal: Türk Borçlar Kanunu ile İcra ve İflas Kanunu Hükümlerine Göre Kira Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2021.
- SİRMEN**, A. Lâle: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019.
- ŞEN DOĞRAMACI**, Hayriye: Kira Bedelinin Ödenmesini Teminat Altına Almaya Yönelik Hukuki Çareler, AndÜHFD., C. 5, S. 2, 2019, s. 291- 311.
- TANDOĞAN**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/2, Üçüncü Tıpkıbasıdan Dördüncü Tıpkıbasım, İstanbul 2008.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku II. Cilt: Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977.
- URAL ÇINAR**, Nihal: Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- UYGUR**, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II, Ankara 2012.
- UYUMAZ**, Alper: Motorlu Taşıt Rehni İstanbul 2012.
- YAVUZ**, Cevdet/ **ACAR**, Faruk/ **ÖZEN**, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 15. Baskı, İstanbul 2018.
- YAVUZ**, Nihat: Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019.
- YÜCER**, İpek: Alt Kira, AÜHFD., C. 57, S. 3, 2008, s. 791- 832.
- ZEVKLİLER**, Aydın/ **GÖKYAYLA K. Emre**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017.