

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**



**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN 2651 - 4141

ISSN (online) 2667 - 4068

Cilt XXVII, Ocak 2023, Sayı 1

Vol. XXVII, January 2023, No. 1

Ankara 2023

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* : Editor in Chief:**

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler* : Editors :**

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist. Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Umay GENÇ Asst. Prof. Fatma Umay GENÇ

Arş. Gör. Ali UÇAR Res. Assist. Ali UÇAR

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Arş. Gör. Metin GÜZEŞ Res. Assist. Metin GÜZEŞ

Arş. Gör. Elif ALKAN Res. Assist. Elif ALKAN

Arş. Gör. Nihan ÇİTİR Res. Assist. Nihan ÇİTİR

Yayın Kurulu* : Editorial Board :**

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Prof. Dr. Ömer ANAYURT Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK Prof. Dr. İbrahim ERMENEK

Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ Assoc. Prof. Dr. Alper Çağrı YILMAZ

Doç. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR Assoc. Prof. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Yüksel ERKAN

ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri:

Basım Tarihi: Şubat 2023

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 13 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr> e-posta:
hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

ASOS
indeks

CiteFactor
Academic Scientific Journals

TÜBİTAK
ULAKBİM

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kadir ARICI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Yayın Etiği

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi uluslararası yayın etiği standartlarına uygun bir şekilde faaliyet gösterir.

AHBVÜ-HFD yayın süreçlerinde Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics, COPE), Açık Erişim Dergiler Rehberi (Directory of Open Access Journals, DOAJ) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA) ve Dünya Tıp Editörleri Birliği (World Association of Medical Editors, WAME) tarafından yayınlanan yayın etiği standartlarını takip eder. COPE Yayın Etiği Kılavuzları, "Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları Ve En İyi Uygulama İlkeleri - Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors" ile "Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri-Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing" dergi editörler kurulu tarafından benimsenmiştir.-

Şeffaflık İlkesi

Dergi işleyişi şeffaflık ve önceden belirlenen usullere tabidir.

Dergi AHBVÜ Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılmakta olup Derginin ismi AHBVÜ-HFD olup kısaltması AHBVÜ-HFD'dir. 2018 yılındaki Kanun değişikliğinden önce dergi, hukuk fakültesinin eskiden bağlı bulunduğu Gazi Üniversitesi bünyesinde Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adını taşımaktaydı. Bu bakımdan 1998-2018 yılları arasında bu isim adı altında yayınlanan makaleler de Dergiye ait olup internet sitesindeki arşivden erişilebilir.

Dergi yılda 4 kez Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim aylarının sonunda veya en geç sonraki ayın ilk haftası içinde yayınlanır. Sistem makale kabulü için her zaman açık tutulur. Makale kabul süreci Dergipark sistemi üzerinden, ilgili birim ve kişilerin her an bilgi alabileceği ve her aşamayı takip edebileceği şekilde yürütülür.

Yazarlar makalelerini Dergipark sistemi üzerinden dergiye yollarlar. Dergipark TÜBİTAK ULAKBİM çatısı altında, Türkiye'de yayınlanan akademik hakemli dergiler için elektronik ortamda barındırma ve editöryal süreç yönetimi hizmeti sunarak teknik destek sağlayan bir kuruluştur. DergiPark'a ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/page/about>

Yazışmalar dahil olmak üzere Derginin bütün süreçleri Dergipark'ın yüksek güvenli ve sürekli güncellenen sistemi üzerinden gerçekleştirilir. Makale süreçleri, dosyalar ve yazışmalar Dergipark üzerinden arşivlendirilir.

Kural olarak yayın süreci tamamlanmış dergiler sonraki ilk sayıda yayınlanır. Ancak Editörler Kurulu, makale sayısı veya makale konularını dikkate alarak bazı makalelerin sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir. Bu halde yazarlar bilgilendirilir.

Açık Erişim İlkesi ve Telif Hakkı

AHBVÜ-HFD **açık erişimli bir dergidir**. Yazarlar AHBVÜ-HFD dergisinde yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) olarak lisanslıdır. Creative Commons Atıf-GayrıTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0) lisansı, eserin ticari kullanımı dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına,

çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Bkz. <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.tr>

Araştırma Etiği

Dergi, uluslararası araştırma etiği ilkelerini benimser.

Yazarların Sorumluluğu

Gönderilen makaleler derginin amaç ve kapsamına uygun olmalıdır.

Makalelerin bilimsel ve etik kurallara uygunluğu yazarların sorumluluğundadır. İntihal, duplikasyon, sahte yazarlık/inkâr edilen yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, makale dilimleme, dilimleyerek yayın, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi, etik dışı davranışlar olarak kabul edilir. Kabul edilen etik standartlara uygun olmayan tüm makaleler yayından çıkarılır.

Yazar makalenin orijinal olduğu, daha önce başka bir yerde yayınlanmadığı ve başka bir yerde, başka bir dilde yayınlanmak üzere değerlendirilmediğini ıslak imzalı matbu etik beyan formunu sisteme yükler.

Telifle bağlı materyaller (örneğin tablolar, şekiller veya büyük alıntılar) gerekli izin ve teşekkürle kullanılır. Başka yazarların, katkıda bulunanların çalışmaları ya da yararlanılan kaynaklar uygun biçimde kullanılır ve referanslarda belirtilir.

Çalışmanın oluşturulmasında içeriğe akademik ve bilimsel olarak doğrudan katkı sağlamayan kişiler, yazar olarak belirtilmez. Yazarların isim sıralaması yazarların ortak kararını yansıtır. Tüm yazarlar yazar sıralamasını Telif Hakkı Devir Formunda imzalı olarak belirtmek zorundadırlar. Çeviri eserlerde yazardan ya da yayın hakkına sahip kişi ve kurumdan yazılı yayın izni alınır ve bu izin belgesi, başvuru evrakına eklenir.

Yazarlık için yeterli ölçütleri karşılamayan ancak çalışmaya katkısı olan tüm bireyler (teknik destek sağlayan, yazıma yardımcı olan ya da sadece genel bir destek sağlayan, finansal ve materyal desteği sunan kişiler) "teşekkür / bilgiler" kısmında sıralanır.

Yazarlar, araştırmanın sonuçlarını ya da bilimsel değerlendirmeyi etkileyebilme potansiyeli olan finansal ilişkileri, çıkar çatışması ve çıkar rekabetini beyan eder.

Bir yazar kendi yayınlanmış yazısında belirgin bir hata ya da yanlışlık tespit ederse, bu yanlışlıklara ilişkin düzeltme ya da geri çekme için editör ile hemen temasa geçme ve işbirliği yapma sorumluluğunu taşır.

Yazarlar kullanılan verilerin kullanım haklarına, araştırma/analizlerle ilgili gerekli izinlere sahip olduklarını veya deney yapılan deneklerin rızasının alındığını gösteren belgeye sahip olmalıdır.

Yazarlar yayınlanmış, erken görünüm veya değerlendirme aşamasındaki çalışmasıyla ilgili bir yanlış ya da hatayı fark etmesi durumunda, dergi editörünü veya yayıncıyı bilgilendirme, düzeltme veya geri çekme işlemlerinde editörle işbirliği yapar.

Yazarlar çalışmalarını aynı anda birden fazla derginin başvuru sürecinde bulunduramaz. Her bir başvuru önceki başvurunun tamamlanmasını takiben başlatılabilir.

Değerlendirme süreci başlamış bir çalışmanın yazar sorumluluklarının değiştirilmesi (Yazar ekleme, yazar sırası değiştirme, yazar çıkartma gibi) teklif edilemez.

Yazar ismini ve ORCID numarası ile kurum bilgilerini açık, doğru ve eksiksiz olarak makaleyle beraber yolladığı dergi kapak sayfasına yazar. Üniversite ve Fakülte/Müdürlük adreslerinden sonra şehir ve ülke bilgisi de yer alır.

Editörler ve Editör Yardımcılarının Sorumlulukları

Editör, makalenin dergiye ulaşmasından yayımlanmasına kadar bütün yayın ve hakemlik sürecini yöneten ve derginin kalitesinden ve performansından sorumlu olan kişidir. Editör, Hukuk Fakültesi Dekanı tarafından, en az doktor unvanına sahip Üniversite öğretim elemanları arasından üç yıl süre için görevlendirilir. Editörlerden biri baş editördür.

Baş editör; editörler ve editör yardımcıları arasındaki uyum ve koordinasyon ile yayının toplam kalitesinden sorumludur. Kural olarak editörler uzmanlık alanlarıyla ilişkili makalelerle ilgilenirler.

Editörler, makaleleri, yazarların etnik kökeninden, cinsiyetinden, uyruğundan, dini inancından ve siyasi felsefesinden bağımsız olarak değerlendirir.

Her makalenin Dergipark sistemi üzerinden yazarlarca da görünen bir editörü ve editör yardımcısı bulunur. Konuya ilişkin görev dağılımı editörlerin ve editör yardımcılarının uzmanlık alanına göre yapılır ve bu dağılım önceden belirlidir. İş yükü ve izinli olma gibi sebeplerle bu kuralın dışında bir dağılım yapılması mümkündür.

Editörler dergiye gönderilen makaleleri kalite, içerik ve alana katkı açısından genel olarak değerlendirir ve makalenin yayın sürecine girip girmemesine karar verirler. Bu aşamada makale sürece sokulmaksızın reddedilebilir.

Editör yardımcıları görevli oldukları makalelerde makale dosyalarının tam ve eksiksiz olup olmadığını ve makalelerin dergi yazım kurallarına uygunluğunu denetler; yazarların gerekli düzenlemeleri yapmasını sağlarlar.

Editör yardımcıları, her makaleyi bizzat Turnitin intihal programına sokarak intihal raporu alırlar. İçerik ve şekil açısından sorunlu hususları alan editörüne bildirirler.

Editör yardımcıları ön inceleme süreci tamamlanan makaleleri, hakem atamalarının yapılması için ilgili alan editörüne yönlendirilirler.

Editör yardımcıları yazarlarla iletişim kurar ve editörlere gerekli bilgilendirme ve hatırlatmaları yaparak sürecin hızlı ilerlemesini sağlarlar.

Makaleler editörler tarafından adil bir şekilde çift taraflı kör hakem değerlendirmesine yollanır. Editörler; yazarlar, editörler ve hakemler arasında çıkar çatışmasına izin vermezler. Editörler hakem incelemesinin makul sürede tamamlanmaması halinde hakemle iletişim kurarak sürecin hızlandırılmasını talep edebilir veya yeni bir hakem ataması gerçekleştirebilirler.

Editörler atadıkları hakemlerin içerik, hız ve üslup açısından performanslarını takip ederler.

Hakem incelemesi sonucunda editörler, hakem raporlarını değerlendirir. Editörler Kurulu toplanarak makalenin kabulüne, üçüncü bir hakeme gönderilmesine veya

reddedilmesine karar verirler. Red kararının gerekçesi ve hakem raporları yazara gönderilir.

Bu süreçte gönderilen makalelere ilişkin tüm bilgiler, makale yayınlanana kadar gizli tutulur.

Baş editör, yazarın bilgisi dahilinde gereğinde hata sayfası yayınlatabilir ya da düzeltme yapabilir.

Hakemlerin Sorumlulukları

Bilimsel araştırma makaleleri için iki, çeviri makaleleri ise bir hakem alan editörleri tarafından atanır. Hakemler, araştırma, yazarlar ve/veya araştırmaya fon sağlayanlarla çıkar çatışması bulunmaması esastır.

Hakemler çalışmanın konusuna uygun olarak belirlenir. Hakemlerin makale konusu alanda çalışmalarının bulunması veya ilgili alanda yetkin olması esastır. Genel kural, hakemle ile yazarın farklı kurumlara mensup olmasıdır.

Yazarların akademisyen olması durumunda, hakemler mümkünse bir üst unvana sahip akademisyenler arasından seçilir. (Örneğin. Doktor öğretim üyesinin makalesi doçent ya da profesör ünvanlı akademisyenlere gönderilir.)

Kör hakemlik bağlamında hakemlerin kimlik bilgileri gizli tutulur.

Hakemlerin kendilerine Dergipark üzerinden e-posta yoluyla gönderilen makale özetinin ekli olduğu davete 10 gün içinde cevap vermeleri esastır. Bu süre gerekirse iki kere daha 5 gün olarak uzatılır. Hakem daveti süresi içinde kabul etmez veya reddederse alan editörü sistem üzerinden daveti iptal ederek; başka bir kişiye hakemlik daveti yollayabilir.

Daveti kabul eden hakem Dergipark hesabı üzerinden makale dosyasına ve hakem değerlendirme formuna erişebilir.

Hakem, makale konusu hakkında kendini yetkin görmüyor ya da zamanında geri dönüş sağlaması mümkün görünmüyorsa, editöre bu durumu bildirmeli ve hakem sürecinin iptal edilmesini talep etmelidir.

Hakemler, hakem değerlendirme formunu gerçeğe uygun bir şekilde doldurmak ve bilimsel değerlendirmede bulunmakla yükümlüdür.

Makalelerin en az iki hakem tarafından yayına uygun bulunması gerekmektedir. Hakemler makalede minör ya da majör revizyon yapılmasını talep edebilirler. Bu halde yazardan hakem görüşleri doğrultusunda makalesini düzenlemesi istenir. Minör revizyon halinde düzenlenmiş makale ilgili editör yardımcısı tarafından kontrol edilir. Majör revizyon halinde makale aynı hakeme yeniden gönderilerek düzenlenmiş halinin yayına uygunluğuna karar vermesi talep edilir.

Hakemlerin ikisinin de yayına uygun görmedikleri makaleler yayımlanmaz. Hakemlerden birinin makaleyi yayına uygun görmemesi halinde diğer hakemin makaleye ilişkin yorumları göz önünde bulundurularak makale, editörler kurulu tarafından reddedilebilir veya üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Üçüncü hakemin görüşleri doğrultusunda makalenin yayına uygun olup olmadığına alan editörü karar verir.

Hakemler ve yayın kurulu üyeleri başka kişilerle makaleleri tartışamazlar. Hakemler, gönderilmiş yazılara ilişkin tüm bilgileri gizli tutarlar. Yazar tarafından

herhangi bir telif hakkı ihlali ve intihal fark ederlerse durum editöre raporlanmalıdır.

Hakemler zamanında dönüş ve performans gibi ölçütlerle değerlendirilir. Nezaketsiz ve bilimsel olmayan değerlendirmeler engellenir.

Yazarlar ile İlişkiler

Editörlerin yazarlara karşı görev ve sorumlulukları aşağıdaki şekildedir:

Editörler, gelen makaleleri öncelikle çalışmaların önemi, özgün değeri, geçerliliği, anlatımın açıklığı ve derginin amaç ve hedeflerini dikkate alarak makalelerin yayın sürecine girmesine veya reddedilmesine karar verirler. Makalenin reddi halinde gerekçesi yazara bildirilir.

Makalenin olumsuz hakem raporları nedeniyle reddedilmesi halinde ilgili hakem raporları ve gerekçe Dergipark sistemi üzerinden yazarla paylaşılır.

Yazarlar editörler ve editör yardımcılarıyla Dergipark sistemi üzerinden her zaman iletişim kurabilir. Yazarların sorularını cevaplar; görüş veya şikayetlerini dikkate alır. Dergipark sistemi üzerindeki yazışmalar arşivde saklanır.

Editörler Kurulu

Editörler ve editör yardımcılarından oluşan editörler kurulu, yayın süreçlerinin işleyişinin yayın ilke ve kurallarına uygun ilerlemesini sağlamak için sürekli iletişim ve işbirliği içindedir. Düzenli olarak toplanır ve dergi yayın politikasına ilişkin kararları kolektif bir şekilde alırlar.

Editörler kurulunun oluşumunda cinsiyetlerin eşit temsili esastır.

Yayın Kurulu

Fakültenin deneyimli hocalarından oluşan yayın kurulu derginin işleyişini takip eder; yayın politikasına ilişkin olarak editörler kuruluna görüş ve önerilerde bulunur. Yayın kurulu üyelerinin icrai bir fonksiyonu yoktur.

Danışma Kurulu

Türk ve yabancı hocalardan oluşan ve farklı kurumlarda görev yapmakta olan danışma kurulu, derginin işleyişini takip ederek görüş ve önerilerde bulunur; uzmanlık alanlarına göre makalelerin akademik yeterliliğine ilişkin olarak editörler kurulu tarafından kendilerine danışılır.

İntihal Kontrolü

Ön inceleme aşamasında makaleler Turnitin intihal tarama programında taranır. Azami %15 benzerlik oranına (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) sahip olan makaleler hakkında sürece devam edilebilir. İntihal/kendi kendine intihal tespit edilirse yazarlar bilgilendirilir.

Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

Genişletilmiş Özet

Türkçe yazılan makalelerin uluslararası çevrelerde görünürlüğünü ve atıf oranını arttırmak amacıyla, 2022 yılı 27(1) sayısından itibaren geçerli olmak üzere, hakem incelemesi olumlu sonuçlanan araştırma makaleleri için 800-1000 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet (extended abstract) hazırlanmalıdır. Burada makalenin amacı, hipotezi ve sonuçları kapsamlı bir şekilde özetlenmelidir. İngilizce yazım ve dil bilgisi kurallarına özen gösterilmelidir. Genişletilmiş özete diğer özetlerden sonra yer verilmelidir.

• Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:

- Akademik çalışma, “Microsoft Word” programında hazırlanmalıdır.
- Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.
- Akademik çalışmanın ana metninin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
- Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.
- Dipnotların yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 10 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

• Bölüm Başlıkları:

- Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Birinci derece bölüm başlıkları bütün harfler büyük;
 - İkinci ve üçüncü derece bölüm başlıkları her sözcüğün ilk harfi büyük,
 - Dördüncü derece ve diğer bölüm başlıkları sadece ilk sözcüğün ilk harfi büyük ve diğerleri küçük olacak şekilde yazılmalıdır.
- Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);

- İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.
- Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- “SONUÇ” ve (varsa) “GİRİŞ” isimli başlıklar ise;
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Bütün harfler büyük,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Bu başlıklar numaralandırılmamalıdır.

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenen mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve ayni ikame uygulaması

(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve ayni ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında ayni ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

• Sözcük Sayısı:

- Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

• Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.

• Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:

- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ve beş tane anahtar kelime eklenmelidir.
- Özet ve Anahtar Kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özeti ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özeti ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özeti ve Anahtar Kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,

- 12 punto harf boyutunda,
- İtalik,
- Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
- Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
- Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
- Ayrıca, “ABSTRACT” ve “Keywords” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümelemleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya Türkçe başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- Almanca dilinde ve Yayın Kurulu'na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmalarda yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelemleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe ve İngilizce tercümelemlerinin yazımında

aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:

- Times New Roman yazı karakterinde,
- 12 punto harf boyutunda,
- Kalın,
- Tümü büyük harflerle,
- 1,5 satır aralığı ile,
- Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
- Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelemlerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- **Atf Kuralları:**
 - Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.
 - **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir. **Kitaplar:**
Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.
Kitap bölümleri:
Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün(Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.
Makaleler:
Ad Soyad, “Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı), Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Cumhuriyet Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19(2), 2013, s. 293.
İnternet ortamında bulunan kaynaklar:
Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının

Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 238.

- **Eğer aynı kaynağa tekrar atıf yapılıyorsa bu atıflar ise dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:**

- Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

- Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

- **Yararlanılan kaynakların her birisinin bu atıf usullerine uygunluğu tek tek kontrol edilmelidir.**

• Kaynakça

- Akademik çalışmanın sonunda, akademik çalışmada yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır.
- “KAYNAKÇA”, metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.
- Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.
- Her bir kaynak;
 - Times New Roman karakteri kullanılarak,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Tek satır aralığıyla,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) olarak,
 - İlk satır asılı şekilde yazılmalıdır.
- Kaynakçada, metin içerisinde atıf yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
- Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir ve ayrıca, makalelerin ve kitap bölümlerinin sayfa aralığı gösterilir.
Örnek: Ayhan R, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007.
Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 237-266.

• **Dergimiz yazım ve şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmeden gönderilen akademik çalışmalar, yazım ve dil editörlerinin kararıyla reddedilir veya düzeltilmesi istenir.**

• **Dergiye akademik çalışma gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “Etik İlkeler ve Yayın Politikası”nı inceleyiniz.**

• **Yazar veya yazarların bilgileri, “Kapak” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya doğrudan hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.**

• **Ayrıca, akademik çalışmalarla birlikte “Kapak” formunun yanı sıra “Etik Beyan Formu” ile “Telif Hakkı Devir Formu”nun da doldurularak sisteme yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde süreç devam etmeyecektir.**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXVII

Ocak 2023

Sayı 1

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Dolaylı Olarak İhlal Edilmesine İlişkin Bazı Sorunların Değerlendirilmesi

Levent BİÇER / Betül AKTAŞ ERTAN3-36

Tarafların İfa Yeri Anlaşması Yapararak Hukuk Muhakemeleri

Kanunu’nun Yetki Sözleşmesine İlişkin Hükümlerini Dolanmaları

Osman DURAN..... 37-68

Başkasının Arazisinde Muhdesat Meydana

Getiren Kişinin Muhdesat Bedeli Talebi

Kemal ERDOĞAN.....69-112

İhalenin Feshi Talebinde Ceza, Harç ve Teminat Konularında

7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Bilhassa Hak

Arama Hürriyeti ve Adalete Erişim Bakımından Değerlendirilmesi

Mustafa GÖKSU..... 113-150

Sigortacının Halefiyet Hakkına Dayalı Tazminat

Davasından Önce Arabuluculuk Yoluna Başvurunun

Dava Şartı Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirmeler

Nurdan ORBAY ORTAÇ.....151-172

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Yargıtay Kararları Işığında Hatır Senetlerinde Bedelsizlik
İddiası ve Bu İddianın İleri Sürülmesinde Öne Çıkan Sorunlar

Aybüke DEMİR YEŞİLBAĞ173-216

KAMU HUKUKU

Anayasa Mahkemesinin 2019/4794 Başvuru Numaralı
Kararı Bağlamında Kamulaştırmada Eski Malikin
Mülkiyet Hakkını Geri Kazanımı

Asuman ÇAPAR219-252

Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çift
Taraflı Hatanın Değerlendirilmesi

Buket ABANOZ ÖZTÜRK253-282

GVK Madde 18 Kapsamında Telif Kazancının ve
İhtira Beratinin (Patentin) Vergilendirilmesi

Enes İNCEL283-320

Vergi Kaçakçılığı Suçu Soruşturmalarında
İnceleme ve Mütalaa Şartına Getirilen İstisnai
Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Didem TÜRKER 321-358

Cumhurbaşkanının Anayasal Yetkisi Çerçevesinde
Milli Güvenliği Sağlama Sorumluluğu

Gülay KOÇAK359-408

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXVII January 2023 Number 1

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- Assessment Of Some Issues Relating To Indirect Violation Of
Privilege Of Representation On The Board Of Directors*
Levent BİÇER / Betül AKTAŞ ERTAN 3-36
- Circumvention Of Provisions Of The Civil Procedure
Code Regarding The Contract Of Authority By The
Parties Through Place Of Performance Agreements*
Osman DURAN 37-68
- The Compensation Claim Of The Person Who Composed Muhdesat
(Building Or Plant) On Another Person's Real Property*
Kemal ERDOĞAN..... 69-112
- Evaluation Of The Law Number 7343 Amendments On Monetary
Fine, Court Fee And Security In Request For Invalidation
Of Auction Particularly In Terms Of Freedom To Claim
Rights And Access To Justice*
Mustafa GÖKSU..... 113-150
- Evaluation On Whether Application To Mediation Is A "Cause Of
Action" Before Action Based On Insurer's Subrogation Of Rights*
Nurdan ORBAY ORTAÇ 151-172

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

*Claim Of The Absence Of Consideration In Accommodation
Bills And Major Problems In Setting Forth This Claim In
The Light Of Supreme Court Decisions*

Aybüke DEMİR YEŞİLBAĞ173-216

PUBLIC LAW

*Re-Entitlement Of The Previous Tenant To The Property
Right In Expropriation Within The Context Of The Constitutional
Court Decree With Application Number 2019/4794*

Asuman ÇAPAR219-252

Double Mistake In Turkish And German Criminal Legal Systems

Buket ABANOZ ÖZTÜRK253-282

*Taxation Of Copyright And Patent Earning In
The Scope Of Article 18 Of The Income Tax Law*

Enes İNCEL283-320

*Evaluation Of The Regulations For The Exception
To The Requirement Of Examination And Opinion In The
Investigation Of Tax Evasion Crime*

Didem TÜRKER 321-358

*The Responsibility Of The President To Ensure National
Security Within The Framework Of His Constitutional Authority*

Gülay KOÇAK359-408

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME İMTİYAZININ DOLAYLI OLARAK İHLAL EDİLMESİNE İLİŞKİN BAZI SORUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

ASSESSMENT OF SOME ISSUES RELATING TO INDIRECT
VIOLATION OF PRIVILEGE OF REPRESENTATION ON THE BOARD
OF DIRECTORS

Levent BİÇER*  

Betül AKTAŞ ERTAN**  

Özet

10.34246/ahbvuhfd.1142141 

TTK madde 360 hükmünde öngörülen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının ihlalinin söz konusu olduğu hallerde TTK m. 454'e göre imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması gerekir. Ancak uygulamada bazı durumlarda TTK m. 360 imtiyazının ihlal edilmesine rağmen bu korumadan yararlandırılmadığı görülmektedir. Bu doğrultuda çalışmamızda anasözleşmede nisap değişiklikleri, veto hakkı tanınması ve yönetim kurulu üye sayılarının değiştirilmesinin TTK m. 360 imtiyazına etkileri değerlendirilmiştir.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının yetersayılarla desteklenerek daha güçlü bir imtiyaz haline gelmesi ve bu şekilde imtiyazın etkisinin artırılması mümkündür. Böyle bir ihtimalde yetersayılarda değişiklik yapılarak imtiyazın etkisinin zayıflatılması TTK m. 454 hükmünde yer alan ihlal kapsamında değerlendirilmeli ve buna göre sonuca varılmalıdır. Benzer şekilde, TTK m. 360 imtiyazı ile birlikte tanınan veto hakkı bakımından da aynı sonuca ulaşmaktayız.

* **Doç. Dr.**, Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / KOCAELİ
e-posta: levent.bicer@kocaeli.edu.tr **ORCID:** 0000-0002-9998-5289

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı /
İSTANBUL e-posta: betulaktas@maltepe.edu.tr **ORCID:** 0000-0001-8486-9771

DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1142141

• **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.



Anasözleşmenin imtiyaz ile bağlantılı bir maddesinin değiştirilerek, bunun imtiyaz ile ilgisinin bulunmadığının ileri sürülmesi hukuka aykırı sonuçların doğmasına yol açmaktadır. Zira belirtilen halde yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının etkisinin zayıflatılması mümkündür. Çalışmamızda belirtilen konularda verilen Yargıtay kararları incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İmtiyaz • Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı • Veto Hakkı • Yetersayılar • İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu.

ABSTRACT

In cases where there is a violation of the privilege of being represented on the board of directors stipulated in TCC 360, a special committee of privileged shareholders should be convened according to TCC 454. However, in practice, in some cases, it is observed that the TCC 360 privilege is excluded from this scope, even though it is violated. In this direction, in our study, the effects of quorum changes in the articles of association, granting veto right and changing the number of members of the board of directors on the privilege of TCC 360 were evaluated.

It is possible for the privilege of being represented on the board of directors to become a stronger privilege by being supported by quorums and thus to increase the effect of the privilege. In such a case, weakening the effect of the privilege by changing the quorum should be evaluated within the scope of the violation in TCC 454 and a conclusion should be reached accordingly. Similarly, we reach the same conclusion in terms of the veto right granted with the TCC 360 privilege, based on the view that the veto right is a link with the privilege.

Amending an article of the articles of association related to the concession and claiming that it has nothing to do with the concession leads to unlawful results. Because it is possible to weaken the effect of the privilege of being represented on the board of directors in the stated situation. In our study, the decisions of the Supreme Court on the issues mentioned were examined and evaluated.

Keywords: Privilege • Privilege of Representation In the Board Of Directors • Right Of Veto • Quorums • Special Board Of Preferred Shareholders.

EXTENDED ABSTRACT

The recognition of the right to be represented on the board of directors has various purposes. The main purpose of this right is to ensure or maintain efficiency in management. Another reason for recognizing the right to be represented on the board of directors may be the dominance of the board of directors. It also provides the opportunity for shareholders who are in minority status to be represented on the

board of directors.

The privilege of being represented on the board of directors can only be granted through the methods of being elected or nominated among the shareholders forming a certain group, certain share groups and minorities. Except for these two methods, which are considered limited, a choice did not seem legally possible against TCC 340.

It should be accepted that it is possible to change the effect of the privilege of being represented on the board of directors by linking the quorums. The representative power provided by the aforementioned privilege reveals the possibility of influencing the company's business decisions in case of connection with the quorums. For this reason, the connection of the privilege of being represented on the board of directors with the quorum is undeniable. It is possible that the changes made in the quorums may strengthen or weaken the effect of the privilege.

It may be possible to violate the privilege of being represented on the board of directors by changing the number of members of the board of directors without changing the quorums.

It should be accepted that direct and indirect veto rights can be granted to the members of the board of directors, based on the absence of a regulation in the TCC preventing the granting of veto right to the members of the board of directors, and the fact that the quorum for meetings and resolutions can be increased in the articles of association pursuant to the provision of 390 of the TCC.

The direct veto right can be regulated in the articles of association in such a way that no decision can be taken without the affirmative vote of the member or members representing a share group. This regulation can also be foreseen in terms of meeting quorum. Indirect veto right comes to the fore with aggravated or unanimous quorums.

The veto right granted to the member of the board of directors should not be valid as it does not comply with the basic principles of the joint stock company . In addition, the right of veto to third parties in the company should not be accepted for the stated reason.

There is no legal obstacle to granting an indirect veto right in the articles of association by aggravating the quorum. Because it is understood from TCC 390 that quorums can be aggravated. However, arguing that the indirect veto right granted in cases where there is a right to be represented on the board of directors is a mere quorum problem and accepting that this does not affect the relevant privileged shareholders brings the danger of ignoring the privileged shareholders' rights.

The veto right added to the privilege of being represented on the board of directors by the articles of association should be evaluated within the scope of the TCC 360 privilege and it should be accepted that the shares increase the efficiency/power of the management even more. TCC 360 privilege included in the articles of association

should be considered as a whole with the right of veto, thus it should be accepted as a privilege in which some elements are added to the content of a right in the law, which constitutes integrity with each other. If such a regulation is not accepted as a privilege, it may be possible that the privilege of being represented in the board of directors stipulated in accordance with TCC 360 will become completely ineffective and this regulation may lose its purpose stipulated in the articles of association. Since we accept the privilege of TCC 360 in the articles of association as a whole with the right of veto and evaluate it within the scope of the privilege, we are of the opinion that in case of a direct or indirect violation, it should be evaluated according to the provision of TCC 454.

In cases where there is a direct or indirect violation within the scope of TCC 454, it should be evaluated whether it is necessary to hold a special board meeting. Although there is no doubt about the necessity of a special board meeting in cases of direct violations, in cases of indirect violations, an investigation should be made within the framework of the concrete case. It cannot be concluded that there is no violation by claiming that not the concession clause but a different clause was changed in the Articles of Association. It should be taken into account whether there is an indirect violation in the stated situation. Within the scope of our evaluation, if the effect of the said privilege is reduced or removed by changing the quorum clause without making any changes in the article regarding the privilege of being represented on the board of directors in the articles of association, it should be concluded that there has been a violation. Otherwise, the TCC 454 protection will be rendered dysfunctional and an evaluation against the honesty rule will be in question.

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu madde 360'ta belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınabileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca tanınan yönetim kurulunda temsil edilme hakkının, üstünlük unsurunu barındırdığı kabul edilmektedir. Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, yönetim kurulu üyesi seçme gücüne sahip olmayan bir pay veya pay grubunun TTK m. 360 uyarınca anasözleşmede kendilerine tanınan hak sayesinde, yönetim kurulu üyesi adayını belirleyebilmeleri imkanını sağlamaktadır. Uygulamada yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının içeriğinin veya kullanılmasının yetersayılarla bağlantı kurulması suretiyle değiştirildiği görülmektedir.

Anasözleşmede toplantı/karar yetersayılarının, yönetim kurulu üye sayılarının değiştirilmesinin veya veto hakkı konusunda yapılan değişikliklerin

ilgili imtiyazın etkinliğinin azalmasına yol açıp açmadığı, bu değişikliğin anılan pay sahiplerinin haklarını ihlal edici nitelikte olup olmadığı ve varılan sonuca bağlı olarak imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun gerekli olup olmadığı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının bu kapsamıyla TTK m. 454 korumasından yararlanabilmesi gerekir. Ancak son dönem Yargıtay kararlarında, yetersayıların değiştirilmesinin TTK m. 454 kapsamında imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte olmadığına ilişkin kararlar verilmekte ve öğretide de bu yönde bir yaklaşım benimsenmektedir. Çalışmamızda, asıl olarak yetersayıların, yönetim kurulu üye sayısı veya veto hakkındaki değişikliklerin imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal eden bir anasözleşme değişikliği niteliğinde olup olmadığı ve bu değişikliğin yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına sahip olan pay sahipleri tarafından onanmasının gerekli olup olmadığına ilişkin sorunlar ele alınmıştır.

I. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME HAKKININ KAPSAMI, AMACI VE TANINMA YÖNTEMLERİ

A. Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Kapsam ve Amacı

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının ihlal edilip edilmediğinin belirlenebilmesi, bu hakkın kapsam ve amacının doğru anlaşılmasını gerekli kılmaktadır.

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının temel amacı¹ yönetimde etkinliğin sağlanması ve/veya bunun sürdürülmesidir². Yönetimde etkinlik,

¹ Yönetimde etkinlik konusunda bkz. Abuzer Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, 1999, s. 187; H. Ali Dural, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005, s. 54; H. Ali Dural, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri*, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 306-307; Sami Karahan, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması*, 1. Baskı, Kazancı, 1991, s. 126; S. Anlam Altay, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katımlı Ortak Girişimler*, 1. Baskı, 2009, s. 525; Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Baskı, 2015, s. 148; Candemir Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 187- 188; Esra Uysal, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 107.

² Öğretide, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınmasının amacının azınlık pay sahiplerinin yönetimde etkinlik elde etmesi ve menfaatlerini daha etkili bir şekilde korumasına imkan sağlamak olduğu, çoğunluğun yönetim kurulu üyelerini seçebileceği, böyle bir hakka gerek duymayacakları belirtilmekte ise de (bkz. Baltalı, s. 187-188), çoğunluğa sahip olan

yönetim kurulunun kararlarını etkileyebilme gücü olarak tanımlanabilir. Yatırımcılar, yönetim kurulunda temsil edilebilme sayesinde güvenli bir yatırım ortamı bulabilirler. Şirketin sermayesinde değişiklikler meydana gelmiş olsa bile bu imtiyaz yönetimdeki etkinliğin devam ettirilmesine olanak tanyacaktır³. Nitekim yönetimde etkinliğin kaybedilebilmesi imtiyazlarda değişiklik yapılmasına bağlıdır. Ancak bu değişiklik için de ilgili imtiyazlı pay sahiplerinin onayı olmalıdır. Ele aldığımız sorun bağlamında, yönetimde etkinlik, TTK m. 360 uyarınca yönetim kurulunda temsil edilme hakkına sahip olanların, yönetim kurulunun karar alması esnasında şirket menfaati kapsamında istedikleri yönde karar alabilmelerini veya karar almamalarını sağlayabilmektedir.

Diğer taraftan, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınmasının gerekçelerinden bir diğeri, yönetim kurulunda hakimiyetin sağlanması olabilir. Zira, bu hak sayesinde, TTK m. 195 uyarınca, bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketinin yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyeyi seçebilme imkanına sahip olabilecektir. Bu durumda, TTK m. 360 uyarınca, bir ticaret şirketine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınması, bir ticaret şirketinin TTK m. 195'e göre hâkim şirket olmasının, böylelikle şirketler topluluğunun oluşturulmasının ve bu hukuki statünün güvenli bir şekilde devam ettirilmesinin (sürdürülmesinin) bir aracı olarak karşımıza çıkmaktadır⁴.

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı sayesinde azınlık durumunda olan pay sahipleri kendilerini temsil ettirme imkanına kavuşurlar. Söz konusu hak, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerinin korunmasına da hizmet etmektedir. Böylece azınlık pay sahipleri yönetimde bilgi alma hakkı aracılığıyla yönetimi denetleme imkanına sahip olacaklardır⁵. Çoğunluk pay sahiplerinin sahip

oldukları güç dolayısıyla yönetim kurulunda söz sahibi olmaları kolaylıkla sağlanabilir. Azınlık pay sahiplerinin bu şekilde bir hak elde etmesi başka bir yolla mümkün olmayacağı için, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının temel amaçlarından biri de azınlığın korunması olarak ortaya çıkmaktadır⁶.

Yukarıda açıklanan hakların sağlanması halinde bu hakların bir sonucu olarak bilgi alma hakkı da kullanılabilir (TTK m. 392)⁷. Nitekim, uygulamada, oy sayısı itibarıyla çoğunluğu sağlayamaması nedeniyle hiçbiri tek başına yönetim kurulu üyesi seçme imkanına sahip olamayan pay gruplarının (özellikle aile şirketlerinde kardeşlerin, sermaye artırımını suretiyle şirkete fon sağlamak isteyen kişilerin/ yatırımcının veya eşit oy sayısına sahip menfaat/pay gruplarının) bu hakkın tanınması suretiyle, yönetim kurulunda temsil edilme imkanına sahip oldukları görülmektedir. Böyle bir durumda, bu pay grupları, yönetimde istedikleri kararları alabilme imkanına sahip olamamalarına rağmen, şirketin yönetimi hakkında bilgi sahibi olmakta, TTK m. 392 uyarınca bilgi alma ve inceleme hakkını elde etmekte, alınacak karara ilişkin tedbirli bir yöneticinin önerisiyle gereken araştırmaları yaparak toplantılarda önerilerde bulunmakta, konunun oldu bittiye getirilmesini önleyerek konuyu tartışmaya açmakta, hatta giderek diğer yönetim kurulu üyelerinin görüşlerini değiştirebilme, böylece kararın yönünü değiştirme

belirli pay sahiplerine şirket organlarında temsil edilme hakkı tanınmasının temel nedeninin, azınlık konumunda olan veya zamanla azınlık konumuna düşmesi muhtemel bulunan pay sahiplerinin şirket organlarında bir veya daha fazla üye tarafından temsil edilme suretiyle korunmasına olanak sağlanmasının istenmesi olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 185, 288. Ancak yazarın burada asıl vurgulamak istediği hususun, devam eden açıklamalardan anlaşıldığı üzere, azınlığın yönetim kurulunda temsil edilmek suretiyle bilgi alma hakkının kullanılması olduğu söylenebilir.

⁶ Dural, *Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 54; Argun Karamanlıoğlu, "TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup ve Azınlık Kavramları – Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi", *BUHFD*, 16(197-198), 2021, s. 230.

⁷ Burada sözü edilen bilgi alma ve inceleme hakkı, yönetim kurulu üyesi tarafından yönetim kuruluna karşı kullanılmaktadır (TTK m. 392). TTK m. 437'de düzenlenen bilgi alma ve inceleme hakkı ise her bir pay sahibi tarafından genel kurula karşı kullanılmaktadır. Genel kurul ve yönetim kurulunun işleyişi ve TTK m. 392 ile TTK m. 437 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, yönetim kurulu üyesinin bilgi alma hakkının pay sahibinin bilgi alma hakkına göre daha etkili bir şekilde kullanılacağı söylenebilir. Zira TTK m. 437 uyarınca pay sahibine tanınan bilgi alma ve inceleme hakkının istenen etkililikte kullanıldığı söylenebilseydi, yönetim kurulunda temsil edilme hakkının temel gerekçelerinden biri olarak yönetim kurulunda bilgi alma ve inceleme hakkı kabul edilmezdi. ETK döneminde, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme haklarının pay sahiplerine oranla daha geniş olduğu yönünde bkz. Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 288.

pay veya pay sahiplerinin çeşitli nedenlerle (örneğin fon ihtiyacı) ileride çoğunluğu kaybetme ihtimaline dayalı olarak, böyle bir hakka sahip olmak isteyebilecekleri düşünüldüğünde, çoğunluk açısından da bu hakkın tanınması ihtiyacı, yönetimde mevcut olan etkinliğin sürdürülmek istenmesi halinde de ortaya çıkabilecektir.

³ Fatih Ölmez, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 56.

⁴ Aynı yönde bkz. Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 189; Baltalı, s. 190-192.

⁵ Yönetimde etkinliğin sağlanması ve/veya korunması amacının doğal bir sonucu olarak, yönetim kurulu üyeleri bilgi alma hakkına da sahip olmaktadır. Bkz. Baltalı, s. 188. Başka bir deyişle, bilgi alma hakkı yönetimde etkinliğin sağlanmasının tabii bir uzantısıdır.

Kendigelen, farklı kategori veya gruplara yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmasının temel gerekçesinin bilgi alma hakkında yattığını ifade ederken, diğer taraftan anonim ortaklıkta

imkanına sahip olabilmekte⁸ veya tüm bu girişimleri yeterli olmazsa en azından şirkete zarar verebilecek bir karara itiraz etmekte ve daha sonra çeşitli hukuki yollara başvurabilme olanağına sahip olmaktadırlar.

B. Temsil Edilme Hakkının Tanınma Yöntemleri

TTK m. 360/1'e göre, kapalı anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin tamamının belirli pay gruplarınca önerilmesi veya seçilmesi mümkündür. Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, ancak belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azınlık arasından seçilme veya aday gösterme yöntemleriyle tanınabilir. Sınırlı bir şekilde sayılan bu iki yöntem haricinde bir tercih TTK m. 340 karşısında hukuken mümkün gözükmemektedir⁹. Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına ilişkin hükümde, bu hakkın iki farklı yöntemle kullanılabilmesine yer verilmesine rağmen, anılan yöntemlerin nasıl kullanılacağına ve sürecin nasıl işleyeceğine dair herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Söz konusu belirsizlik uygulama bakımından sorun teşkil edebilecek seviyededir.

Temsil edilme hakkının tanınmasıyla birlikte tanınma yöntemi konusunda anasözleşmede herhangi bir tercihin belirtilmemesi halinde hangi yöntemin uygulanacağı belirsizdir. Bu konuda öğretide aday önerme yöntemine öncelik verildiği görülmektedir¹⁰.

Belirtilen kişilerin doğrudan yönetim kuruluna üye olarak seçilmesi söz konusu değildir. Zira aksinin kabul edilmesi halinde, genel kurulun devredilemez yetkilerinden biri olan yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin hükmün ihlali nedeniyle kanuna aykırılık oluşur (TK m. 408/2, b).

⁸ Baltalı, s. 188.

⁹ İ. Kırca/ F. H. Şehirali Çelik /Ç. Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013, s. 433; Rauf Karasu, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı", *TFM*, I, 2016, s. 36; Cafer Eminoğlu, "TTK m. 360 Hükümüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği ve İcrası", *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Murat Alışkan/ Bilge Utkan Mersin/Sinan Sarıkaya (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2020, s. 346; Ölmez, s. 192.

¹⁰ Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 259-260; Baltalı, s. 400; Ölmez, s. 192-193. Bu hususta Y. 11. HD.'nin bir kararında, "belli sayıda üyenin ilgili gruba dâhil pay sahipleri arasından veya onların göstereceği adaylar arasından seçileceği yönünde bir esas sözleşme hükmünün varlığı hâlinde, öncelikle o grubun aday önermesi beklenir; aday önermemişse seçim ilgili gruba dâhil pay sahipleri arasından yapılır (Y. 11 HD., 12.6.1984, E. 2542, K. 3435)" sonucuna varılmıştır (Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Madde 452-644, 3. Cilt*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 2469).

Yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın genel kurul tarafından seçilmesine engel olacak haklı bir sebep bulunmadığı sürece yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi gerekmektedir (TK m. 360/1). Getirilen bu düzenleme ile ilgili hükmün uygulanabilirliği kuvvetlendirilmiştir.

1. Aday Önerme

TTK m. 360 hükmünde yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınan pay sahiplerinin aday önerme yöntemini benimseyebilecekleri belirtilmekle birlikte, önerecekleri adayın belirlenmesi konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Adayın önerilebilmesi için hak sahiplerince bir toplantının yapılması ve karar alınması gerekmektedir. Ancak bu toplantıda ortaya çıkabilecek sorunlar bakımından hangi hükümlere başvurulabileceği belirsizdir. Bu noktada, anasözleşmede farklı bir düzenleme yoksa genel kurul veya imtiyazlı pay sahiplerine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabilirliği gündeme gelmektedir. Bu konu, eTK döneminde özellikle uygulanacak nisaplar bakımından ele alınmış ve öğretide çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Söz konusu tartışma belirsizliğin giderilmemesi nedeniyle hala devam etmektedir. Bir görüş, TTK m. 360 kapsamında yapılacak olan toplantılar bakımından imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir¹¹. Bu görüşün dayanağı, aday önerme konusunda bir araya gelen kurulun imtiyazlı pay sahiplerinden oluşmasıdır. Aksi yöndeki görüş ise genel kurula ilişkin olan hükümlerin uygun olduğu ölçüde uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹².

¹¹ Reha Poroy /Ünal Tekinalp /Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, s. 588a; Ersin Çamoğlu, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili", *Arslanlı Bilim Arşivi*, <www.arslanlibilimarsivi.com>, Erişim Tarihi: 01.05.2022, s. 4; Özgür Falcıoğlu, "Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili", *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Erol Ulusoy (Ed.), Bilge Yayınevi, 2014, s. 159; Eminoğlu, s. 348. Karasu, yapılan toplantı bakımından özel kurula ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmakla birlikte yetersayılar bakımından TTK m. 454'teki ağırlaştırılmış yetersayının uygulanmasını değil, toplantıda mevcut oyların çoğunluğuyla karar alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Karasu, *Temsil Edilme Hakkı*, s. 37.

¹² Ömer Teoman, "Yönetim Kuruluna Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar", *Ticaret Hukukunun Güncel Sorunları V*, Tüm Makalelerim C. I-II (1971-2001), 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, s. 1008 vd. Kendigelen bu görüşü, şirket organlarında temsil edilme hakkını anasözleşmeye dayanan bir grup hakkı olarak kabul etmesi dolayısıyla benimsemiştir. Ancak yazar, anılan hakkın imtiyaz olarak nitelendirilmesi halinde dahi imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin hükmün kıyasen uygulanamayacağını, zira bu düzenlemenin sözleşme değişiklikleri için getirildiğini ancak temsil edilme hakkının tanınmasının sözleşme değişikliği ile ilgisi olmadığını belirtmiştir. Bkz. Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 265. Moroğlu, yönetim kuruluna aday gösterme konusunda alınacak kararın toplantı yapılarak alınması ve TK m. 454 ve 445 vd. hükümlerinin kıyasen

Nisaplar konusunda TTK m. 454/3'te yer alan yüzde altmışlık nisabın aday önerme toplantısı bakımından kıyasen uygulanması, aday önerme toplantısının imtiyazlı pay sahiplerinden oluşması gerekçesine dayanmaktadır. Ancak imtiyazların kullanılmasına ilişkin bir toplantıda böyle ağır bir nisabın aranması toplantı sürecini zorlaştırabilecektir. TTK m. 454 hükmünün, genel kurul toplantısına göre daha ağır ve zor şartlarda yapılan bir toplantı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, salt imtiyazların kullanılması gibi basit bir konuda karar almayı zorlaştırmak isabetli gözükmemektedir. Yalnızca aday göstermek, kendilerine tanınmış olan imtiyazı kullanmak amacıyla yapılan bir toplantıda yüzde altmışlık toplantı nisabının aranması kanımızca gereksiz olacaktır. Aday önerme toplantıları bakımından genel kurul toplantılarında uygulanacak olan basit yetersayılara (TTK m. 418) kıyasen başvurulması daha isabetli olur. Zira genel kurula ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması nedeniyle çağrı yapmakla yükümlü olan yönetim kurulu bu konuda tedbirli davranarak ilk yapılan toplantının çağrı süresini buna göre ayarlayabilir¹³. Bu kapsamda toplantı yetersayısı olarak aday önerme imtiyazı tanınmış olan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin dörtte birinin varlığı, karar nisabı olarak ise toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu aranacaktır¹⁴.

Önerilen adayın grup içerisinde yer almasının zorunluluğu konusunda öğretilerde bir görüş, adayın grup içerisinden seçilme zorunluluğunun olmadığını, grup dışından grubun güvendiği bir başka kimsenin de aday olarak önerilebileceğini belirtmektedir¹⁵. Mevcut düzenlemede bu konuda bir zorunluluk öngörülmediğine göre, grup haricinde bir kimsenin aday olarak önerilmesi mümkün gözükmemektedir.

Önerilecek aday sayısı bakımından üst sınırın olup olmadığı hususunda ise öğretilerde bir görüş, iyiniyet kurallarına dayanarak, kendilerine tanınmış aday

uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 18-19; Betül Aktaş, *İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 175.

¹³Kendigelen, bu ihtimali vurgulamasına rağmen, yine de toplantı nisabının aranmamasının daha isabetli olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 267-268.

¹⁴Bir diğer ihtimal olarak, anasözleşme değişikliklerinde uygulanan, TK m. 421'de yer alan ağırlaştırılmış nisaplara başvurulması düşünülebilir. Özellikle TK m. 421/3/b'de yeni imtiyazlı payların oluşturulması için yüzde yetmişbeşlik bir nisap aranmaktadır. Ancak bu hükümde de yalnızca yeni imtiyazların tanınmasından söz edilmekte olup, imtiyazların kullanılmasının bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. İstisnai nitelikte olan hükümlerin dar yorumlanması gerekmektedir.

¹⁵Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 271.

belirleme sayısının en az bir katı fazla aday belirlenmesinin zorunlu olduğunu belirtmekteyken¹⁶; diğer görüş ise böyle bir zorunluluğun yüklenemeyeceğini ifade etmektedir¹⁷. Kanımızca kanunda ilgili hususta bir düzenleme olmaması nedeniyle böyle bir sınırlama getirilmesi mümkün değildir.

2. Belirli Pay Sahipleri Arasından Seçilme

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, anasözleşmede belirtilmek kaydıyla, imtiyaz hakkı tanınmış olan kimseler arasından seçilerek de kullanılabilir. Bu ihtimalde, aday önermede olduğu gibi imtiyazlı pay sahiplerinin herhangi bir tercihi söz konusu olmaksızın genel kurulun hak sahipleri arasından seçimi gerçekleştirilmektedir¹⁸. Genel kurul, seçim konusunda herhangi bir sınırlamaya tabi değildir.

Temsil edilme hakkının bu yöntemle belirleneceğine ilişkin anasözleşme hükmü bulunmasına rağmen, buna uyulmaksızın hak sahipleri tarafından aday önerilmesi halinde genel kurul aday önermeyle bağlı olmayacaktır¹⁹.

İmtiyaz tanınmış olan grupta yeterli üye sayısının bulunmaması halinde ne olacağı konusu belirsizdir. Bu halde ilgili gruba aday önerme imkanı tanınması düşünülebilir. Ancak bu durumda da genel kurulun seçim konusunda yetkisinin sınırlanması gündeme gelebilir. Zira bu yöntemle seçimde genel kurul, ilgili gruptan istediği üyeyi seçebilirken, aday önerme yönteminde önerilen adaylarla sınırlı bir tercih yapmaktadır²⁰.

II. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME İMTİYAZININ ETKİSİNİN ANASÖZLEŞME İLE DEĞİŞTİRİLMESİ

A. Nisaplar Bakımından Yapılan Değişiklikler

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının yetersayılarla bağlantı kurulması suretiyle, etkisinin değiştirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir²¹. Anılan imtiyazın sağladığı temsil gücü yetersayılarla bağlantı

¹⁶Fahiman Tekil, *Anonim Şirketler Hukuku*, 2. Bası, Alkım Yayınevi, 1998, s. 412.

¹⁷Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 272.

¹⁸Ölmez, s. 195.

¹⁹Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku*, s. 436; Falcıoğlu, s. 155.

²⁰Ölmez, bu gerekçeye dayanarak yeterli üye olmaması halinde, eksik kalan üyenin genel hükümler doğrultusunda seçileceğini, ancak ilerleyen dönemde üye sayısı artarsa bu hakkın yine ilgili gruba geçeceğini belirtmektedir. Bkz. Ölmez, s. 197.

²¹Yetersayılar konusunun dolaylı veto hakkı ile ilişkisi konusunda bkz. aş. s. 17 vd.

kurulması durumunda şirketin işletme ile ilgili kararlarını etkileme imkanını ortaya çıkarmaktadır²². Bu nedenle yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının yetersayılarla bağlantısı yadsınamaz. Nisaplarda yapılan değişikliklerin imtiyazın etkisini güçlendirebileceği gibi zayıflatması da mümkündür.

Nitekim imtiyazlar ile toplantı ve karar yetersayıları arasında bağlantı kurulmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta yerel mahkemece “...TK'nun 401 nci maddesinin bir kısım paylara kâr payı, tasfiye payı ve sair hususlarda anasözleşme hükümleri ile imtiyaz tanınmasına cevaz verdiği, bu kapsamda, bir kısım paylara yönetim ve denetim kurulu için aday gösterme hakkı tanınması mümkün olduğu gibi, genel kurul ve yönetim kurulu toplantı ve karar yeter sayılarının buna göre düzenlenmesi “altın oy” şeklinde mevsuf nisap kabul edilmesinin olanaklı olduğu ve TTK'nun 401 nci maddesi karşısında, grup imtiyazı olarak kabul edilmesi gerektiği...” belirtilmiştir. Söz konusu karar, imtiyaz ve yetersayıların bağlantısının değerlendirilmesi bakımından önemlidir²³. Ancak Yargıtay, bu uyuşmazlıkta taraf sıfatı yoksunluğuna dayanarak bozma kararı vermiş ve imtiyaz, yetersayı bağlantısını değerlendirmemiştir.

1. İmtiyazın Etkisinin Güçlendirilmesi

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, temsil edilen grubun menfaatlerini yetersayılarla bağlantı kurulması durumunda daha güçlü bir şekilde koruyabilmektedir. Bu ihtimalde nisaplarda yapılan değişiklik imtiyaz sahibi grubun haklarını adeta pekiştirerek imtiyazın etkisini artırmaktadır. Örneğin, beş kişiden oluşan bir yönetim kurulunda, A grubundan iki yönetim kurulu üyesi seçilmesi veya aday olarak önerilmesi halinde, yönetim kurulunun en az dört yönetim kurulu üyesinin olumlu oyuyla karar alınabileceği anasözleşmede belirtilmişse, A grubu pay sahiplerinin arasından seçilen veya önerilen yönetim kurulu üyesi olmaksızın yönetim kurulunun karar alması mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan tüm bu hükümlerin, TTK m. 360 imtiyazı ile onun etkisini yetersayılarla bağlantı kurmak suretiyle güçlendirildiği yönünde pay sahiplerinin iradesini açık bir biçimde ortaya koyacak şekilde düzenlenmesi gereklidir. TTK m. 360 imtiyazının düzenlendiği sırada yönetim kuruluna

ilişkin yetersayılarla bağlantı kurulması, pay sahiplerinin TTK m. 360 imtiyazının içeriğini güçlendirmek istedikleri ve şirkette bu yönde bir statüko/denge yaratmak istediklerine ilişkin bir irade olarak kabul edilmelidir. Böylece TTK m. 360 imtiyazının kapsamının etkisinin güçlendirilmesi, belirlilik ilkesine de²⁴ aykırı düşmeyecektir. TTK m. 360 imtiyazının güçlendirilmiş etkisini zayıflatacak anasözleşme değişikliklerinin bir yetersayı sorunu olarak görülmesi, tarafların iradesinin dikkate alınmaması anlamına gelecek ve şirketteki hassas dengeleri tamamen değiştirebilecektir.

2. İmtiyazın Etkisinin Zayıflatılması

İmtiyazın anasözleşmede yer alan nisaplara ilişkin hükümlerin değiştirilmesi suretiyle etkisinin zayıflatılması da mümkündür. Bu durumda nisaplara ilişkin hükümle birlikte değerlendirildiğinde temsil edilme gücü daha etkiliyken, değişiklik sonrasında etkinin zayıfladığı görülmektedir. Örneğin, oybirliği gereken bir halde grup tarafından aday olarak önerilen veya seçilen üye olumsuz yönde oy kullanarak temsil ettiği grubun menfaatini koruyabilir²⁵. Böyle bir ihtimalde anasözleşme değişikliğiyle nisapların hafifletilmesi ve oybirliğinin kaldırılması anılan imtiyazlı pay sahiplerinin gücünü azaltabilecektir. Zira ilk durumda olumlu oyları olmaksızın karar alınamazken, değişiklik sonrasında imtiyazlı pay sahiplerinin önerdiği/seçtiği üyenin oyu olmaksızın karar alınması mümkün olabilecektir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki belirtilen örnek ile kastedilen ilgili üyenin şirket menfaatini gözetmeksizin olumsuz yönde oy kullanarak yönetim kurulunu kitlemesi değildir. Zira bu durum TMK 2'ye aykırılık teşkil eder. Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınması halinde, aday üyenin öncelikle şirket menfaatlerini koruması gerekliliğinin yanında, temsil ettiği grubun da menfaatlerini koruması önem arz etmektedir²⁶. Bu konu öğretide, imtiyazlı pay sahipleri ile aday üye arasında vekalet veya vekalet benzeri bir hukuki ilişki bulunmasına dayanılarak açıklanmaktadır²⁷. Aksi durumda tanınan

²⁴İmtiyazın konusunun, şartlarının, sınırlarının ve içeriğinin ve hangi paylara tanındığının anasözleşmede öngörülmesine belirlilik ilkesi denilmektedir. Anasözleşmede imtiyaz kelimesinin yer alması zorunlu olmayıp, imtiyazın varlığının şüpheye yer verilmeyecek şekilde anlaşılması yeterlidir. Bkz. Aktaş, s. 32-33.

²⁵Baltalı, s. 189.

²⁶Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 288-290; Çamoğlu, s. 2; Falcıoğlu, s. 164-165; Kırcı (Şehirli Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku*, s. 438; Wernli/Rizzi, *Basler Kommentar*, OR II, 3. Aufl., Art. 709, N. 18.

²⁷Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 290; Uysal, s. 113; Baltalı, s. 281.

²²Benzer olarak bkz. Baltalı, s. 189.

²³Bkz. Y. 11. HD., 13.11.2003 tarihli, 2003/7508 E., 2003/10845K. (Hukuk Türk, e.t., 3.5.2021).

imtiyazın bir anlamı olmayacaktır.

B. Yönetim Kurulu Üye Sayılarının Değiştirilmesi

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının nisaplarda değişiklik yapılmaksızın, yönetim kurulu üyelerinin sayılarının değiştirilmesi suretiyle de ihlal edilmesi mümkün olabilir. Örneğin, anasözleşmede üç yönetim kurulu üyesinin atanacağı belirtilmiş ve A grubuna da iki üyeyi aday önerme imtiyazı tanınmıştır. Daha sonra yapılan bir değişiklikle yönetim kurulu üye sayısı beşe çıkarılırsa A grubunun yönetim kurulunda temsil edilme gücünün azaltıldığı ortadadır. Bu durumda imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlali gündeme gelmelidir.

Anasözleşme ile içeriği güçlendirilen TTK m. 360 imtiyazının doğrudan veya dolaylı bir şekilde ihlal edilip edilmediği konusundaki ihtilafları ortadan kaldıracak şekilde, örneğin A grubu pay sahipleri arasından veya onun önerdiği adaylardan yönetim kurulunun toplam üye sayısının belirli bir oranının (örneğin yarıdan bir fazlasının) seçileceğine ilişkin bir anasözleşme hükmü öngörülebilir. Böyle bir hükmün öngörülmesinin mümkün olup olmadığı bir yana bırakılırsa, imtiyazlı pay grubunun yönetim kurulundaki üye sayısı hep aynı kalacağından, şirket genel kurulunun yönetim kurulu üye sayısının artırılması veya başka bir yoldan TTK m. 360 imtiyazının zedelenmesi önlenmiş olacaktır²⁸. Belirtilen halde anasözleşmede yönetim kurulu üyelerinin sayısının artması durumunda sorunlar ortaya çıkabilir. Anasözleşmede dört yönetim kurulu üyesi olacağı belirtildikten sonra A grubuna yarısını aday

²⁸Oy hakkında imtiyazın bu yöntemle tanınıp tanınmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Kendigelen, eTK döneminde, rüçhan hakkının genel kurul kararı ve anasözleşme değişikliği ile sınırlandırılması mümkün olduğundan bu yöntemin Türk Hukukunda uygulanabilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 125, 126, 257. Bilgeç, ise, eTK döneminden farklı olarak, artık anasözleşmeye konulacak bir hükümle rüçhan hakkının sınırlandırılmadığı, değişken modelle oy hakkında tanınacak imtiyazın rüçhan hakkının sınırlandırılmasında haklı nedenlerin içine girmeyeceği, TTK m. 479'da imtiyazlı paylara farklı sayıda oy hakkından ve "sayı"dan söz edildiği gerekçeleriyle, bu modelle oy hakkında imtiyaz tanınmasının mümkün olmadığı düşüncesindedir. Hakan Bilgeç, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz*, Turhan Kitabevi, 2017, s. 80. Biçer de, TTK'da oyda imtiyazın yalnızca eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabilmesi (TTK m. 479/1), bu nedenle başka bir yöntemle imtiyaz tanınmasının mümkün olmaması; ikincisi, değişken oy hakkında imtiyazın belirlilik ilkesini zedeleyebileceği, zira özellikle oy hakkında imtiyazların zedelenip zedelenmediğinin ihtilaflı olduğu hallerde değişken oy hakkında imtiyazın sağladığı oy sayısının değişiklik göstereceği ve anasözleşmeden hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılacağı gerekçeleriyle bu yöntemle oy hakkında imtiyaz tanınmayacağını ifade etmektedir. Levent Biçer, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz ve Sınırları*, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2019, s. 228.

önerme hakkı tanınmışsa ve sonradan bu sayı ikiye indirilirse A grubunun aday önerme hakkı bir kişiyle sınırlı olacaktır. Böyle bir değişikliğin de yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazını ihlal ettiği açıktır. Her ne kadar doğrudan imtiyaz hükmünün değiştirilmesi söz konusu olmasa da mevcut imtiyazlı pay sahipleri yapılan değişiklikten etkilenmektedirler ve onaylarının aranması gerekir. Bu konuda örneğin, "yönetim kurulu üyelerinin asgari üçte ikisinin (2/3) A Grubu pay sahiplerinden oluşması esastır" şeklinde anasözleşmede yer alan bir hükmün ilgili imtiyazlı grubun onayı olmaksızın kaldırılması da ihlal teşkil etmektedir²⁹.

C. Veto Hakkı Tanınması

Veto hakkı, belirli bir kararın alınması konusunda oy hakkı olan kimselere, bu kararın alınmasını önleme imkanı sağlayan bir haktır³⁰. Konumuz çerçevesinde veto hakkının, TTK m. 360 kapsamında yönetim kurulunda gruba tanınmasının mümkün olup olmadığı ve bu hakkın niteliğine ilişkin hususlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Genel Olarak Veto Hakkı

Veto hakkına ilişkin olarak TTK'nın anonim şirketler kısmında düzenlenmiş bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte bazı hükümlerden ve gerekçelerde yer alan ifadelerden veto hakkının yadsınmadığı anlaşılmaktadır. TTK geçici 4/3 hükmünde yer alan "şirket sözleşmesinde, esas sözleşmede ya da herhangi bir sözleşmede yer alan bir veto hakkı, bu madde hükümlerine göre verilecek tür değiştirme kararlarında geçerli olmaz" ifadesinden veto hakkının anasözleşmede tanınmasına kanun koyucunun karşı olmadığı sonucuna varılabilmektedir. TTK m. 434 gerekçesinde yer alan "paysahibine veto hakkı tanınıp tanınmayacağı sorunundan hareketle bu üç maddenin birlikte değerlendirmesi halinde ortaya çıkabilecek veto hakkına benzer sonuç da sorgulanabilir" açıklaması da pay sahibine veto hakkı tanınmasının kabul edilebileceği sonucuna varmamıza yol açmaktadır. TTK m. 480 gerekçesinde³¹ ise veto haklarının pay sahipleri sözleşmesiyle kurulan

²⁹Bununla birlikte, söz konusu anasözleşme hükmünün TTK m. 360 imtiyazının tanınma yöntemine ve TTK m. 408'e aykırılığı sebebiyle geçersizliği tartışılabilir.

³⁰Altay, s. 491; Fatih Bilgili / Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora Yayınları, 2013, s. 636.

³¹"Ulusal hukukun uygun görmediği ve bu sebeplerle emredici hükümlerle koruma altına aldığı hemen her menfaat veya hak (çoğu kez) yan düzenle ya zedelenmekte ya da sınırlandırılmaktadır. Bu yan düzen güçlüye, hukukunu getirmek, hakimiyet kurmak, istediği

yan düzenin en önemli silahı olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar bu hükümde anasözleşmede veto hakkı tanınmasına yönelik bir değerlendirme yapılmamış olsa da veto hakkı tanınmasının önemine değinilmiştir.

Limited şirketler bakımından ise TTK m. 577’de şirket sözleşmesinde öngörülmesi şartıyla bağlayıcı olan hükümler içerisinde, belirli veya belirlenebilir ortaklara veto hakkı veya bir genel kurul kararının oylanması sonucunda oyların eşit çıkması halinde bazı ortaklara üstün oy hakkı tanıyan hükümler sayılmıştır³².

Veto hakkının tanınmasını, genel kurulda ve yönetim kurulunda alınacak kararlar açısından ayrı ayrı incelemekte yarar bulunmaktadır. Genel kurulda alınacak kararlar açısından, sermaye şirketlerinde geçerli olan çoğunluk ilkesi, anonim ortaklığın işleyişi, hakkın pay grubuna veya kişiye tanınması ve TTK m. 340 açısından değerlendirmeler yapılmak suretiyle farklı sonuçlara varıldığı görülmektedir.

Öğretide bir görüş, belirli bir grup pay sahibine tanınan veto hakkının anonim ortaklığın niteliği ile bağdaşmadığını, TTK’nın emredici hükümlerine ve anonim ortaklığın bünyesi ile işleyişine aykırı olduğunu bu nedenle daha başlangıçtan itibaren hükümsüz olduğunu ifade etmiştir³³.

an istediği fiyatla karşı tarafın paylarını almak veya paylarını satmak hakkını sağlamaktadır. Veto hakları da bu düzenin önemli silahıdır. Kara Avrupası hukukları olabildiği oranda bu yan düzeni sınırlamaya çaba harcamaktadır”.

³²Şener, limited ortaklığa ilişkin olarak (TTK m. 577/1-e) yapmış olduğu açıklamalarda, veto hakkı sayesinde bu hakkın tanındığı ortağın onayı olmaksızın karar alınmadığı, dolayısıyla bu ortağın kararının fiilen genel kurul kararının üzerinde yer aldığını ifade etmektedir. Bkz. Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 56.

³³Ömer Teoman, “Veto Hakkı – Ayrıcalıklı Paylar”, *Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, Cilt I: 1982-1991*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 20-28; Kırca, pay sahiplerine tanınan veto hakkının anonim şirket temel yapısını bozan bir karar olması nedeniyle geçerli olmadığını belirtmiştir. Bkz. Kırca (Şehirali Çelik/ Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, C. 2/2, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016, s. 46; Bilge Ayтуğar, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 311; Baltalı, s. 237 vd. Karasu, bu görüşte olmakla birlikte, TTK m. 390’ın değiştirilerek buna izin veren bir hüküm öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Karasu, *Emredici Hükümler İlkesi*, s. 168. Biçer ise belirli bir paya, pay grubuna veya kişi/kişilere, veto hakkı tanınmasının imtiyaz olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını, zira veto hakkının, anonim ortaklığın temel ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi anonim niteliğine ve işleyişine de uygun düşmediğini ve ayrıca paya veya pay grubuna veto hakkı tanınması imtiyazın on beş oy hakkıyla sınırlandırıldığı imtiyaz sistemiyle de bağdaşmadığını, oransallık ilkesini oy hakkında imtiyazın çok ötesinde aşırı derecede zedeleyebildiğini belirtmektedir. Bkz. Biçer, s. 145 ve 146.

Kendigelen, bir grup pay yararına bazı genel kurul kararlarının alınması açısından veto hakkı tanınarak da imtiyaz oluşturulabileceğinin düşünülebileceği, bazı kararların alınmasının anasözleşme ile belirli bir pay grubunun muvafakati şartına bağlanmasının bir anlamda olumsuz azınlık hakları kapsamında değerlendirilebilecek olan belirli bir grup paya veto hakkı tanınmasına da herhangi bir engel olmadığı, doğrudan karar yetersayısına ilişkin bir husus olan veto hakkının imtiyaz olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı düşüncesindedir³⁴.

Tekinalp, veto hakkı veren anasözleşme hükümlerinin geçerli oldukları sonucuna varılan durumlarda imtiyaz olarak nitelendirilemeyeceği, kişiye bağlanmış hakların “akdi sözleşmesel hak” olarak adlandırılacağı düşüncesindedir³⁵. Yazar, veto hakkının pay sahibine ait olmasına ilişkin değerlendirme yapmakla birlikte, veto hakkının paya bağlanması ihtimaline ilişkin herhangi bir açıklama yapmamaktadır.

Öğretide Şehirali Çelik ve Yatağan Özkan tarafından, veto hakkının gerçek altın pay olarak adlandırıldığı, veto hakkının şirketler hukukundaki oransallık ilkesini en radikal şekilde sekteye uğratan ve çoğunluğa sahip pay sahibinin yönetim yetkisini sınırlandırmayı amaçlayan imtiyaz olduğu, Türk hukukunda, yasa koyucunun veto hakkına olumsuz yaklaştığı, buna karşın tamamen yasaklamaktan kaçındığı, Türk hukukunda, şirketlerde karar oranlarının artırılması yoluyla altın pay yaratılmasının mümkün olduğu, TTK’nın özel kanunlara bağlı anonim şirketlere, özel hükümler dışında Kanun’un uygulanacağını belirten 330. maddesi de göz önünde bulundurulduğunda, imtiyaz olarak nitelendirilsin nitelendirilmesin veto yetkisine ilişkin düzenlemelerin kanuni bir dayanağa kavuşturulduğundan geçerli ve altın pay olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁶.

Uysal’a göre, bazı pay gruplarına veto hakkının tanınması anonim ortaklığın bünyesine ve ortaklık yapısına aykırı olmamak şartıyla bir imtiyaz olarak kabul edilebilir. Yazara göre, 6362 sayılı SerPK’nın “ortaklıkların önemli nitelikteki işlemleri” başlıklı 23. maddesinde belirtilen bir veya birkaç önemli işlem ile ilgili bazı pay sahiplerine veto hakkı bir imtiyaz olarak

³⁴Kendigelen, *İmtiyaz*, s. 302.

³⁵Tekinalp (Poroy/ Çamoğlu), C. I, N. 789.

³⁶Feyzan Hayal Şehirali Çelik, “Ulusal Düzenlemeler İle Topluluk Hukuku Sınırlarında Altın Paylar”, *Batider*, XXIV(2), 2007 s. 356; Çiğdem Yatağan Özkan, *Anonim Şirketlerde Altın Paylar*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 110, 115, 117.

tanınabilir ya da ortaklığın kurucu ortaklarına, artan pay sahipleri ve diğer imtiyazlı paylar da göz önüne alındığında ortaklık üzerindeki hâkimiyeti kaybetmemesi için belirli bir konuda örneğin, şirketle ilgili alınacak birleşme, bölünme veya tür değiştirme kararlarında veto hakkı bir imtiyaz olarak tanınabilmelidir. Burada önemli olan husus imtiyaz olarak tanınacak veto hakkının niteliklerinin ve sınırlarının anasözleşmede ayrıntılı, açık ve net bir şekilde düzenlenmiş olmasıdır³⁷.

Yukarıda açıklandığı üzere öğretilerde genel kurul kararlarında veto hakkı bakımından çeşitli görüşler bulunmaktadır. Ancak konu, yönetim kurulu kararları bakımından yeterli şekilde irdelenmemiştir. Çalışmamız kapsamında TTK m. 360 imtiyazının veto hakkı ile güçlendirilerek tanınmasını ele almamız dolayısıyla öncelikle yönetim kurulunda veto hakkının tanınmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

2. Yönetim Kurulu Üyesine Veto Hakkı Tanınması

TTK'da yönetim kurulu üyelerine veto hakkı tanınmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamasına ve TTK m. 390 hükmü uyarınca anasözleşmede toplantı ve karar yeter sayılarının ağırlaştırılabilmesine dayalı olarak yönetim kurulu üyelerine doğrudan ve dolaylı veto hakkı tanınabileceğinin kabul edilmesi gerekir³⁸.

³⁷Uysal, s. 66- 67. Genel kurulda veto hakkının imtiyaz olarak tanınmasının mümkün olduğu ve TTK m. 340 bakımından engel bulunmadığı konusunda bkz. Aktaş, s. 60-61. Veziroğlu da anasözleşmede veto hakkı tanınmasının kabul edilebileceğini, ancak TTK'da öngörülen nisaplar, oy hakkı ve imtiyaza ilişkin sistemin bu amaçla bozulmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Cem Veziroğlu, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 408-409.

³⁸Öğretilerde, temsil edilme hakkının, tek başına kontrolü sağlamaya ve şirketin karar almaya yeterli olmadığı durumlarda, yönetim kurulu kararlarına ilişkin yetersayı düzenlemeleri ve veto haklarıyla desteklenmesinin gerekebileceği, yönetim kurulunda alınacak kararlar bakımından belirli bir pay grubunu temsilen yönetim kurulunda yer alan üyenin olumlu oyunun aranması ve dolayısıyla veto hakkının tanınmasının pay gruplarına bağlanması kaydıyla geçerli kabul edilebileceği belirtilmektedir. Altay, s. 530- 531.

Baltalı, genel kurulda alınacak kararlar bakımından belirli bir pay grubuna tanınan veto hakkının, ağırlaştırılmış yetersayı düzenlemelerinden farklı bir kurum olduğuna, belirli bir pay veya pay grubuna tanınan veto hakkının, bu payların TTK m. 478 bağlamında taşıdığı üstünlüğün belirli bir kararın alınmasını engelleme gücü olmasından bahisle, imtiyaz olarak nitelendirilebileceğini, yönetim kurulunda alınacak kararlar bakımından, belirli bir pay grubunu temsilen yönetim kurulunda yer alan üyenin olumlu oyunun aranması ve dolayısıyla veto hakkının tanınmasının, nesnel olarak pay gruplarına tanınması kaydıyla geçerli kabul edilmesi gerektiğini, ancak böylesine bir hakkın imtiyazın pay sahipliği haklarına özgü olması nedeniyle, imtiyaz olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir. Baltalı, s. 103 ve 333. dipnot ile s. 190. Biz yönetim kurulunda belirli bir pay grubuna tanınan dolaylı veto hakkının bu

Doğrudan veto hakkı, anasözleşmede bir pay grubunu temsil eden üyenin veya üyelerin olumlu oyu olmaksızın karar alınamayacağı şeklinde düzenlenebilir. Bu düzenleme toplantı yetersayı bakımından da öngörülebilir³⁹. Doğrudan veto hakkının tanınabilmesi için TTK m. 360 imtiyazının tanınmasının gerekli olup olmayacağı tartışılabilir. Biz doğrudan veto hakkının TTK m. 360 ile ilintilendirilmesi durumunda fonksiyonel bir biçimde işletilebileceği düşüncesindeyiz⁴⁰.

Dolaylı veto hakkı tanınması ağırlaştırılmış veya oybirliği aranan nisaplarla gündeme gelmektedir⁴¹. Örneğin, anasözleşmede yönetim kurulu toplantıları bakımından oybirliği şartı arandığı hallerde, yönetim kurulu üyesinin toplantıya katılmayarak ilgili kararın alınmasını engelleme imkanı bulunmaktadır. Bir diğer ihtimalde ise belirli bir pay grubuna böyle bir hak tanınabilir. Böyle bir durumda da bu pay grubunu temsil eden üyenin toplantıya katılmaması halinde karar alınmaz⁴².

Yönetim kurulu üyesinin şahsına tanınan veto hakkının ise anonim şirket

pay grubu içerisinde yer alan pay sahiplerine tanınan bireysel bir pay sahipliği hakkı olarak görmemekteyiz. TTK m. 360'da düzenlenen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının, yönetim kurulu yetersayı ile desteklenmesi (yetersayı ile ilgili unsurun eklenmesi) sonucunda meydana getirilen ve bir pay grubuna tanınan bütünlük bir imtiyaz olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Çoştan ise aynı konuya ilişkin olarak yapmış olduğu değerlendirmelerde, toplantıda karar alınabilmesinin başkan, başkan yardımcısı ya da belirli grup payları temsil eden üyenin toplantıda bulunması koşuluna bağlanmasının, bu üyelerin toplantıya katılmaması veya üyelikten ayrılmaları halinde yönetim kurulunun karar alamama sonucunu ortaya çıkaracağı, durumun yönetim kurulunun işleyişi ile bağdaşmayacağı ve dolayısıyla geçerli olmadığı düşüncesindedir. Hülya Çoştan, "Yönetim Kurulunun Karar Alma Usulleri, Oy Hakkı Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı", *Batider*, XXVIII (3), 2012, s. 183-184. Tarafların anasözleşmede açıkça ortaya koymuş oldukları iradeleri ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkını yetersayılar ile desteklemeleri durumunda, yönetim kurulunun işleyişinde güçlükler olabileceğini, buna rağmen bu korporatif düzeni kabul ettiklerini, buna ek olarak böyle bir anasözleşme hükmü bulunmayan hallerde de çeşitli nedenlerle yönetim kurulunun sıkça kilitlenebildiği görülmektedir. Diğer yandan, yönetim kurulunun böyle bir anasözleşme hükmünden haberdar olmaları nedeniyle, kilitlenmeyi önlemek hususunda daha hassas davranabilecekleri dahi söylenebilecektir.

³⁹Dural, *Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 109.

⁴⁰Dolaylı veto hakkı bakımından da konu aynı şekilde tartışılabilir. Biz yönetim kurulu kararlarının oybirliği ile alınabileceği düşünüldüğünde dolaylı veto hakkı açısından aynı sonuca varamıyoruz. Ancak konumuzun bu kısmı yönetim kurulu yeter sayıları ile TTK m. 360 imtiyazı bağlantısı olduğundan bu çerçevede değerlendirmekteyiz.

⁴¹Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Schulthess Verlag, 2009, § 12, s. 1460, N. 364; Baltalı, s. 101. Aksi yönde bkz. Aytağar, s. 311, dn. 980.

⁴²Dural, *Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 107-108.

temel ilkelerine uygun olmaması nedeniyle geçerli olmaması gerekir⁴³. Bunun yanı sıra şirketteki 3. kişilere de veto hakkı tanınmasının belirtilen sebeple kabul edilmemesi gerekir. Nitekim TTK m. 391 gerekçesinde, 3. kişiye veto hakkı tanınmasının anonim şirketin temel yapısına aykırı olması dolayısıyla batıl olacağı açıklanmıştır. Bu hak, ancak belirli pay gruplarına tanınması halinde paya bağlı olması dolayısıyla geçerli kabul edilmelidir⁴⁴.

Yetersayıların ağırlaştırılması suretiyle anasözleşmede dolaylı veto hakkı tanınmasının önünde kanunen bir engel bulunmamaktadır. Zira TTK m. 390'dan yetersayıların ağırlaştırılabileceği anlaşılmaktadır. Ancak yönetim kurulunda temsil edilme hakkının bulunduğu hallerde tanınan dolaylı veto hakkının salt bir yetersayı problemi olduğunu ileri sürerek bunun ilgili imtiyazlı pay sahiplerini etkilemediğini kabul etmek, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının göz ardı edilmesi tehlikesini beraberinde getirir⁴⁵.

Yukarıda açıklanan veto haklarının hukuki niteliği konusunda öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerin bir kısmı genel kurul toplantılarına ilişkin olmakla birlikte anasözleşmede yer alan niteliğin değerlendirilmesi bakımından yönetim kurulu toplantıları için de dikkate alınmalıdır. Bir görüş, anılan hakları müktesep hak olarak değerlendirmiş ve pay sahiplerinin rızası olmadan değiştirilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁶. Diğer görüş ise bunun bir yetersayı sorunu olduğunu belirterek anasözleşme değişikliğiyle her zaman değiştirilebileceğini ileri sürmüştür⁴⁷.

⁴³Öğretide bir görüş, TTK m. 360'da özellik ve nitelikleriyle belirli grup oluşturan pay sahibine yönetim kurulunda temsil edilme hakkının tanınabileceği hükmünden yola çıkarak belirli bir şahsa dahi bu hakkın tanınabileceği ileri sürmüştür. Bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), C. I, N. 587; Tekin Memiş, "Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?", *DEÜHFD*, 16(Özel Sayı 2014), 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 3111. Aksi yönde Kırca, bu durumda belirli bir kimsenin isminin belirtilmesi dolayısıyla artık özellik ve niteliklerin zikredilmesine gerek olmadığını, bu şekilde pay sahipleri grubu oluşturanın da mümkün olmayacağını haklı olarak belirtmiştir. Bkz. Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku*, s. 428. Yargıtay ise 6762 sayılı eTK döneminde bu gibi tanınan hakları akdi hak olarak nitelendirmiştir. Örnek karar için bkz. Y. 11. HD. 12.11.1992 T., E. 3211, K. 10546.

⁴⁴Altay, s. 498.

⁴⁵Dolaylı veto hakkının salt bir yetersayı problemi olmadığı konusundaki açıklamaları için bkz. Dural, *Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 110.

⁴⁶Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Bası, Yasa Yayınları, 1989, s. 149; Ömer Teoman, *Hukuki Mütalaa*, No: 61, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Vedat Kitapçılık, 1992, s. 45; Dural, *Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi*, s. 111.

⁴⁷Kendigel, *İmtiyaz*, s. 301.

Kanımızca bu iki görüşe de katılmak mümkün değildir. Konunun yetersayı sorunu olduğuna dair görüş esasında bir hukuki nitelime değildir. Bu görüşün kabul edilmesi imtiyaz hakkının yok sayılması bakımından da büyük bir risk teşkil etmektedir. Müktesep hak görüşünü kabul etmememizin sebepleri ise müktesep hakların özünde şahsa tanınması, yönetim kurulunda veto haklarının ise şahsa tanınmasını geçerli olarak kabul etmememiz ve ağırlaştırılmış nisabın veto hakkı bakımından mümkün olmasına rağmen, müktesep haklarda mümkün olmaması olarak açıklanabilir.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına anasözleşme ile eklenen veto hakkı TTK m. 360 imtiyazı kapsamında değerlendirilmeli ve payların yönetimdeki etkinliğini/gücünü daha da artırdığı kabul edilmelidir. Yönetim kurulu üyelerine TTK m. 360 imtiyazı yanında tanınan veto hakkı, TTK 360. maddenin bir uzantısı olarak (ona bağlı olacak şekilde) değerlendirilmeli, bir yetersayı düzenlemesi olarak değil, imtiyaza yol açan bir üstünlük olarak düşünülmelidir. Bu hakkın, TTK m. 360'da düzenlenen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına, yetersayı ile ilgili unsurun eklenmesi sonucunda meydana getirilen bütünleşik bir imtiyaz olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Nitekim öğretide, "*kanundaki bir hakkın içeriğine, esas sözleşmeyle yeni bazı unsurların eklenmesi*" suretiyle imtiyaz oluşturulabileceği açıkça kabul edilmektedir⁴⁸. Bu kapsamda anasözleşmede yer alan TTK m. 360 imtiyazının veto hakkı ile bir bütün olarak düşünülmesi, böylece birbiriyle bütünlük oluşturan ve kanundaki bir hakkın içeriğine anasözleşmeyle bazı unsurların eklendiği bir imtiyaz olarak kabul edilmesi gerekir. Böyle bir düzenlemenin, imtiyaz olarak kabul edilmemesi halinde TTK m. 360 uyarınca öngörülen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının tamamen etkisizleşmesi ve bu düzenlemenin anasözleşmede öngörülen amacını yitirmesi söz konusu olabilir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, kanunda öngörülmemen bir pay sahipliği hakkını TTK m. 478'e göre imtiyaz olarak tanınabiliyorken, TTK m. 360 uyarınca açıkça tanınan yönetimde temsil edilme imtiyazının güçlendirilebileceğini de evleviyetle kabul etmek gerekir.

Anasözleşmede yer alan TTK m. 360 imtiyazının veto hakkı ile bir bütün olarak kabul etmemiz ve imtiyaz kapsamında değerlendirmemiz sebebiyle bu konuda doğrudan veya dolaylı bir ihlal söz konusu olduğunda TTK m. 454

⁴⁸Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015, N. 9-09c; Baltalı, s. 18, s. 79.

hükmüne göre değerlendirilmesi gerektiği görüşündeyiz. Ayrıca yukarıda yer alan görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin veto hakkının varlığı halinde özel bir korumanın sağlanması şarttır. Müktesep hak değerlendirmesinde hak sahibinin onayı olmaksızın veto hakkı kaldırılamayacağı gibi, diğer hallerde de imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun onayının aranması gerekir. Ancak bu hakkın salt bir yetersayı problemi olduğunu ileri sürerek belirtilen korumalardan yoksun bırakılması hakkaniyete uygun gözükmemektedir.

III. YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL EDİLME İMTİYAZININ KORUNMASI

A. Genel Olarak

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının ihlal edilmesi problemiyle uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır. Bu halde koruma yöntemi olarak TTK m. 454 hükmüne başvurulması gerekmektedir. Anılan hükümde, genel kurul tarafından yapılan anasözleşme değişikliği, yönetim kuruluna sermaye artırım yetkisi verilmesi ve yönetim kurulunun kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırım kararlarında imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi gündeme geliyorsa, ilgili imtiyazlı pay sahiplerinin katıldığı, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun toplanması gerekliliği düzenlenmiştir.

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu, ilgili imtiyazlı pay sahiplerinin ayrı ayrı toplandıkları, genel kurulun özel bir türü olan, genel kuruldan ayrı olarak yapılan ve genel kuruldan bağımsız nitelikte olan özel bir kuruldur⁴⁹. Genel kurulda alınan kararın imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etme olasılığı bulunan hallerde, ilgili imtiyazlı pay gruplarının özel kurulları, organ kararını onama veya onamama hususunda karar almak üzere kurul olarak bir araya gelmelidir.

Söz konusu özel kurul toplantısının yapılması imkanı, ancak yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınmış olan pay sahiplerinin bu haklarında olumsuz bir etkilenmenin ortaya çıkmasıyla mümkün olabilir. Bu olumsuz durum ise ihlal olarak adlandırılmaktadır. TTK m. 454 hükmünde ihlal konusuna ilişkin yeterli bir açıklamaya yer verilmemiş, doğrudan ve dolaylı ihlal ayrımı yapılmamıştır.

İhlal, genel kurul tarafından yapılan anasözleşme değişikliği, yönetim kuruluna sermaye artırım yetkisi verilmesi ve yönetim kurulunun kayıtlı

sermaye sisteminde sermaye artırım kararları sırasında, yeni oluşan hukuki durumun, bir imtiyazlı pay grubunun mevcut hukuki durumu aleyhine değişmesidir⁵⁰.

İhlal, genel kurulun anasözleşme değişikliği yaparken imtiyazlı payların sınırlandırılması, bu paylarda imtiyazları ihlal eden olumsuz değişikliklerin yapılması veya bu payların tamamen kaldırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. İhlalin meydana gelebileceği diğer bazı haller ise yeni imtiyazlı pay çıkarılması, imtiyazın kaldırılması, sınırlandırılması veya imtiyazın pay sahibine sağladığı menfaatin azaltılması, imtiyazın etkisiz olduğu kararların sayısının artırılması veya imtiyazın kullanımı için bazı şartlar öngörülmesi şeklinde olabilir⁵¹.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı bakımından yukarıda belirtilen ihlal hallerinin gündeme gelmesi halinde özel kurul kararına ihtiyaç duyulur. Bu aşamada genel kurul veya yönetim kurulu kararı askıda hükümsüzdür⁵². Özel kurul kararının alınması bu anlamda geciktirici şart niteliğindedir⁵³. Bu noktada belirtmek gerekir ki ilgili imtiyazlı pay sahipleri, alınan karara genel kurulda TTK m. 454'te belirtilen nisaplara uygun olarak olumlu oy vermişlerse artık özel kurulun toplanmasına gerek yoktur (TTK m. 454/4)⁵⁴.

Yukarıda açıklanan hususlarda ihlal olup olmadığının belirlenebilmesi bakımından doğrudan ve dolaylı ihlal ayrımının tespiti oldukça önemlidir. Özellikle uygulamada ve Yargıtay kararlarında gelişen dolaylı ihlali yok sayma eğilimi karşısında bu ayrım daha da önem kazanmaktadır⁵⁵.

B. Doğrudan İhlal Bakımından

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının doğrudan ihlali, ilgili imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının yapılan değişiklikler ile doğrudan etkilenmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır⁵⁶. Bu anlamda anasözleşmede

⁵⁰Aktaş, s. 112.

⁵¹Aktaş, s. 112-113.

⁵²Moroğlu, *Hükümsüzlük*, s. 40; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayınevi, 2022, s. 172; Aktaş, s. 243, Biçer, s.153.

⁵³Aktaş, s. 243.

⁵⁴Bu düzenlemeye ilişkin eleştiriler için bkz. Erdoğan Moroğlu, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 275; Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 356; Aktaş, s. 231.

⁵⁵Dolaylı ihlalin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar I*, p. 804; Bilgeç, s. 242; Aktaş, s. 120; Ayтуğar, s. 436.

⁵⁶Aktaş, s. 114.

⁴⁹Aktaş, s. 70.

tanınmış olan imtiyaz maddesinde olumsuz yönde bir değişiklik yapılması veya söz konusu maddenin tamamen kaldırılması hallerinde doğrudan ihlal gündeme gelecektir. Örneğin, anasözleşmede yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınmış olan maddenin kaldırılması halinde doğrudan ihlal bulunmaktadır.

Böyle bir durumda TTK m. 454/1 hükmüne göre, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınmış imtiyazlı pay sahiplerinin özel bir toplantı yaparak TTK m. 454/3'te öngörülen nisaplara uygun şekilde karar almaları ve bu şekilde onamadıkları sürece de ilgili kararın uygulanamaması gerekir. Öte yandan, TTK m. 454/4 hükmüne dayanılarak, genel kurulda zaten belirtilen karara yeterli nisapla olumlu oy verilmişse ayrıca tekrardan özel kurul toplantısının yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

C. Dolaylı İhlal Bakımından

1. Genel Olarak

Çalışmamızda ele alınan temel sorunlar kapsamında tespit edilmesi gereken en önemli hususlardan biri olan dolaylı ihlal konusunda Kanun'da herhangi bir açıklama yer almamaktadır.

Dolaylı ihlal, doğrudan ihlalin aksine yapılan değişikliğin ilgili imtiyaz maddesinin kaldırılmasında olduğu gibi doğrudan değil, dolaylı etkilerle ortaya çıkması halidir. Anasözleşmenin doğrudan imtiyaz maddesinin değil, ancak farklı bir maddesinin değiştirilmesi suretiyle, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının olumsuz etkilenmesi dolaylı ihlal teşkil eder. Dolaylı ihlal hallerinde özel kurul onayının gerekip gerekmediği konusunda somut olay çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır⁵⁷. Örneğin, pay gruplarına ilişkin anasözleşme hükmünün kaldırılması halinde, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınmış olan grupların imtiyazları da sona ereceği için dolaylı bir ihlal söz konusu olur. Böyle bir durumda ilgili imtiyazlı pay sahiplerinin TTK m. 454 çerçevesinde onaylarının alınması gerekmektedir⁵⁸.

Anasözleşmenin imtiyaz ile bağlantılı olabilecek başka bir maddesinin değiştirilmesi halinde, bunun "imtiyaz" başlıklı madde ile ilgili olmadığı ve dolayısıyla bir ihlal değerlendirmesi yapılamayacağı iddiası, kanımızca TTK m. 454 hükmü karşısında hukuka uygun bir yaklaşım değildir.

⁵⁷Aktaş, s. 120 vd.

⁵⁸Ölmez, s. 288-289.

Anasözleşmede yer alan yetersayıların değiştirilmesi ve yönetim kurulu üye sayısının artırılması suretiyle yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının eritilmesi imtiyazın ihlali sonucunu doğurur. Bu noktada, anasözleşmede yer alan imtiyaz maddesinin değil de yetersayılara ilişkin maddenin değiştirildiği ve dolayısıyla imtiyaz ihlali bulunmadığının ileri sürülmesi, TTK m. 454'te öngörülen korumanın işlevsizleştirilmesine neden olacağı gibi dürüstlük kuralına aykırı bir değerlendirme olur. Nitekim TTK m. 454'te üç halde (genel kurulun anasözleşmenin değiştirilmesine, yönetim kuruluna sermayenin artırılması konusunda yetki verilmesine ve yönetim kurulunun sermayenin arttırılmasına ilişkin kararlarında) imtiyazların ihlal edilmesi ihtimalinde, imtiyazların ihlal edilebileceği belirtilmiş, ancak somut olarak bu kararların konusunun hangi durumlarda imtiyazları ihlal edeceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Başka bir deyişle, genel kurulun veya yönetim kurulunun anılan kararları her zaman imtiyazları ihlal etmemekte, bu kararların imtiyazları ihlal edip etmediği konusunda her somut olayda ayrıca değerlendirme yapılması gerekli olmaktadır. Genel kurulun ve yönetim kurulunun almış olduğu kararların imtiyazları doğrudan ihlal edebileceği şüphesizdir. Bununla birlikte öğretide tartışmalı olmakla birlikte, alınan kararların imtiyazları dolaylı bir biçimde ihlal etmesi durumunda da TTK m. 454'te öngörülen korumadan yararlanabileceği kabul edilmektedir⁵⁹.

Unutulmamalıdır ki her bir imtiyazın kendine has özellikleri bulunmaktadır. Bu sebeple de her birinin kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi, sınırlar ve ihlallerin tespitinde bunun dikkate alınması önemlidir⁶⁰.

2. İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Y. 11. HD. 17.06.2019 tarih 2018-3024/4496 sayılı kararında⁶¹, "yönetim kurulunun şirketin borçlanmasına, teminat göstermesine, garanti vermesine ilişkin bir takım kararları oybirliği ile alması konusundaki esas sözleşmenin 7. maddesinin genel kurul kararı ile değiştirilerek, yönetim kurulunun 6

⁵⁹Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar I*, p. 804; Bilgeç, s. 242; Gül Akad, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 33. Somut olay çerçevesinde değerlendirme yapılarak, gereken hallerde özel kurul toplantısı yapılması gerektiği konusunda bkz. Aktaş, s. 120-121. Aksi yönde bkz. Uysal, s. 149.

⁶⁰Oğuz Kürşat Ünal, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun İmtiyazlı Hisse Senedi Çıkarma Yetkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Haziran-Aralık 2000, IV(1-2), s. 7.

⁶¹Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 01.05.2022.

olumlu oy ile anılan işlemleri yapabileceğini, bu durumun imtiyaz haklarını ortadan kaldırdığı iddiasıyla genel kurul kararının iptalini talep etmiş” ve bu talep Yerel Mahkeme kararıyla kabul edilmişse de Yargıtay tarafından yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının, yönetim kurulundaki nisabın belirlenmesi ve değiştirilmesi konularını kapsamadığı gerekçesiyle ihlal bulunmadığı sonucuna hatalı şekilde varılmıştır.

Anılan Yargıtay Kararında anasözleşmenin 7. maddesinin değiştirilmesi, ilk bakışta sadece yönetim kurulunun toplantı ve karar yetersayılarını düzenliyor gibi görünmekte ise de bu değişiklik sonucunda yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının olumsuz bir şekilde etkilendiği anlaşılmaktadır. Belirtilen değişiklik ile TTK m. 360 ile birlikte getirilmek istenen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı etkisini (gücünü) ve anlamını yitirmektedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, uygulamada nisapların değiştirilmesi suretiyle yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının etkisinin azaltılması veya ortadan kaldırılması sıkça başvuru olan bir yöntem olmaya başlamıştır⁶².

Yukarıda yer verilen kararda dolaylı ihlal bulunup bulunmadığı değerlendirilmeksizin adaletsiz bir sonuca varılmıştır. Anılan Karar’da anasözleşmenin 7. maddesinin değiştirilmesi TTK m. 454 hükmüne göre imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını dolaylı olarak ihlal edecektir. Şöyle ki yönetim kurulu karar yeter sayısında (A) grubu pay sahiplerine tanınmış olan etki, sahip oldukları imtiyazları çerçevesinde ve anasözleşmede tanınmıştır. Bu durumda ihlal edilen imtiyaz, TTK m. 360’da düzenlenen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazıdır. Söz konusu imtiyazın tanınmasının amaçlarından birinin yönetimde etkililiğin sağlanması ve korunması⁶³ olduğuna ve bu değişiklik sonrasında yönetimde etkililik azalacağına göre imtiyazın ihlal edildiği hususunda şüphe olmamalıdır.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, temsil edilme gücü ile bağlantılı bir üstünlük bahşetmektedir. Temsil edilme gücünün azaltılması ise bu imtiyazın sağladığı menfaatin azaltılması anlamına gelir. İmtiyazın dolaylı şekilde ihlali de bu şekilde ortaya çıkmaktadır.

⁶²Çamoğlu, TTK m. 360’ın henüz imtiyaz olarak kabul edilmediği tasarı döneminde yapmış olduğu incelemesinde yönetim kurulunda temsil edilme hakkının anasözleşmede yer alan nisapların tadil edilmesi suretiyle kısıtlanabileceği veya tamamen kaldırılabilirliğini ve bu halde genel kurul kararının dürüstlük kuralına aykırılık gerekçesiyle iptal edilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Çamoğlu, s. 4. O halde bu hakkın artık bir imtiyaz olduğu konusunda şüphe olmadığına göre, belirtilen değişikliğin TTK m. 454 denetiminden geçirilmesi gereklidir.

⁶³Altay, s. 525; Dural, *Temsil Edilme Hakkı*, s. 301.

İncelenen kararda, genel kurulun anasözleşme değişikliğine ilişkin alınmak istenen kararı (A) grubu imtiyazlı pay sahiplerinin imtiyazlarını eritmeye yönelik olmasından dolayı imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal edici niteliktedir. Belirtilen anasözleşme değişikliğinin yapılmasıyla (A) grubu pay sahiplerine TTK m. 360 uyarınca öngörülen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tamamen etkisizleşecek, anasözleşmede öngörülme amacını yitirecektir. (A) grubu tarafından yönetim kuruluna aday gösterilen üyenin şirket menfaatlerini gözeterek davranması yanında, elbette temsil ettiği grubun menfaatlerini de gözetmesi bu imtiyazın doğası gereğidir. Dolayısıyla bu gerekçeye dayanarak ihlalin bulunmadığı ileri sürülemez. Ayrıca “*yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, yetersayılara ve veto haklarına özgü hükümlerle desteklenmek kaydıyla ortak kontrolün tesis edilmesine imkan tanyabilir*”⁶⁴. Bu nedenle de anasözleşmede yapılacak değişikliğin nisaplara dair olması imtiyazın ihlal edilmediğine gerekçe olarak gösterilemez. Kanımızca bu gibi hallerde örtülü bir şekilde yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı sınırlandırılmakta ve bu da şüphesiz bir ihlal bulunduğu anlamına gelmektedir.

Dikkat çeken bir diğer yeni tarihli Yargıtay kararı ise 11. HD’nin 06.06.2017 tarih ve 2016-394/3442 sayılı kararıdır⁶⁵. Bu kararda da benzer şekilde hatalı bir sonuca varıldığı görülmektedir. Karara konu olan somut uyuşmazlıkta şirketin anasözleşmesinin, 6. maddesinde payların A ve B şeklinde iki farklı gruba ayrıldığı; anasözleşmenin 7. maddesinde, yönetim kurulunun 3 kişiden oluşacağı ve üyelerden ikisinin B grubu, diğer üyenin ise A grubu pay sahiplerinin çoğunluğunun göstereceği adaylar arasından seçileceği düzenlenmiştir. 16/10/2011 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında 7. maddenin kaldırılmasına, imtiyazlı pay sahiplerinin onayı olmamasına rağmen karar verilmiştir. Davalı taraf ise anasözleşmenin gruplara ilişkin 6. maddesinin 2/12/2010 tarihli olağan genel kurulda tadil edildiğini ve değişiklik sonrası grup ayrımının kaldırıldığını, davacı tarafın da bu değişikliğe onay verdiğini, bu sebeple 7. maddenin uygulama alanı kalmadığını ve imtiyaz ihlali olmadığını ileri sürmüştür. Bu uyuşmazlıkta Yerel Mahkeme isabetli bir şekilde, *dava konusu olağanüstü genel kurul*

⁶⁴Altay, s. 530.

⁶⁵Benzer yönde başka bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 11.HD., 2020/6014E., 2021/4235K, 29.04.2021, (E.T. 15.06.2022).

⁶⁶<<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> Erişim Tarihi: 05.05.2022.

toplantısının ise, sermaye artırımı ile ilgili olmayıp, imtiyazlı payların yönetim kurulunun temsilinde imtiyazlarını kaldırmaya, toplantı ve karar nisaplarını düşürmeye yönelik olduğundan imtiyazlı pay sahiplerinin menfaatlerini ihlal edici nitelikte bulunduğu, 02/12/2010 tarihli genel kurul toplantısında ana sözleşmenin “sermaye” başlıklı 6. m. değiştirilmesine karar verilmiş ise de, bu durumun örtülü şekilde 7 ve 10. m. düzenlenen yönetime katılma imtiyazının da değiştirildiği anlamına gelmeyeceği, yorum yoluyla “imtiyaz” hakkının kaldırılmasının mümkün olmadığı, esas sözleşmenin 7. ve 10. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin kararların imtiyazlı pay sahipleri genel kurulu tarafından onaylanmaması nedeniyle infazının olanaklı olmadığı gerekçesiyle, asıl ve birleşen davanın kabulü ile, 06/10/2011 tarihli genel kurul toplantısında ana sözleşmenin 7. ve 10. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin 10/10/2011 tarihli tescil işleminin iptaline” karar vermiştir.

Bu uyuşmazlıkta Yargıtay ise “...davalı şirketin ana sözleşmesinde imtiyaz oluşturan temel madde sermayenin yapısına ilişkin 6. maddedir. Şirket ana sözleşmesine ilişkin işbu 6. maddesinin de 02/12/2010 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında A ve B grubu hissedarların tümünün katılımıyla oy birliği ile değiştirildiği ve tescil edildiği, aynı genel kurul toplantısında alınan kararlarla yönetim kurulu üyelerinin seçimi maddesi ile de yeni değişikliğe uygun olarak yönetim kurulu üyelerinin seçiminin yapıldığı anlaşılmıştır. Bu suretle, yeni yönetim kurulu üyelerinin seçiminde A ve B grubu hissedarlara tanınan imtiyazın bağlam kuralını teşkil eden 6. madde ile ilgili ana sözleşme değişikliği kesinleşmiş olmakla ana sözleşmenin 7. maddesinde A ve B grubu hissedarlara tanınan imtiyazın maddi temeli kalmamıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere, davalı şirketin 2/12/2010 tarihli olağan genel kurul toplantısında yapılan ana sözleşme değişikliği ile ortada imtiyazlı pay sahibi olarak tanımlanabilecek bir hissedar grubu kalmadığından imtiyazlı pay sahiplerinin haklarının ihlal edildiğinden de söz edilemeyecek olmasına rağmen mahkemece ana sözleşmenin 7. maddesinin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararının tescil işleminin iptaline karar verilmesi doğru olmadığı...” sonucuna varmıştır.

Bu Karar’da ise doğrudan imtiyazlara ilişkin olmayan grup ayırımına ilişkin bir maddenin değişikliğine onay verilerek ortada bir imtiyazın kalmadığı ve ilgili imtiyazlı pay sahiplerinin aslında bu değişikliğe onay vererek imtiyazın kaldırılmasını onayladıkları sonucuna varılmıştır. Oysa bu yaklaşım birçok açıdan tehlikeli ve hatalıdır. İmtiyazın en önemli ilkelerinden biri belirlilik ilkesidir ve belirtilen şekilde imtiyazın kaldırılması belirlilik ilkesi

bakımından da sorun teşkil etmektedir. Nitekim bu hususa Yerel Mahkeme kararında da işaret edilmiştir. TTK m. 454/4 hükmüne göre, imtiyazlı pay sahipleri veya temsilcilerinin, genel kurulda anasözleşme değişikliğine, bu maddede öngörülen nisapları sağlayacak şekilde olumlu oy vermeleri halinde, ayrıca imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantısı yapılmamaktadır. Bir başka deyişle, genel kurul toplantısında ilgili imtiyazlı pay sahiplerini temsil eden sermayenin yüzde altmışının bulunması ve bunların çoğunluğunun alınan karara olumlu yönde oy kullanmaları halinde, imtiyazlı pay sahiplerinin alınan genel kurul kararını özel kurul toplantısı yapmaksızın onadıkları kabul edilmektedir⁶⁶. Ancak somut uyuşmazlık bakımından bu hükme başvurulacak özel kurul kararına ihtiyaç duyulmayacağı kabul edilmesi mümkün değildir. Zira söz konusu halde anasözleşme değişikliği yapılan konuların içeriği farklı olup, ilgili imtiyazlı pay sahiplerinin bu hususta onayları bulunmamaktadır.

Belirtilen kararlarda adeta imtiyazlı pay sahipleri özel kuruluna ilişkin TTK m. 454 hükmü etkisizleştirilmiş ve yok sayılmıştır. Öte yandan belirtilen uyuşmazlıklarda olduğu gibi bir yorum yöntemiyle imtiyazların kaldırılmak istenmesi de hukuka aykırı niteliktedir. Kanun ile tanınmış olan bir hakkın belirtilen şekilde ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kaldırılması kabul edilmemelidir. Bu noktada imtiyazın mahkeme kararı ile de kaldırılmasının mümkün olmadığını ifade etmek gerekir⁶⁷.

Ayrıca belirtmeliyiz ki, ihlalin mevcut olup olmadığı konusunda tereddüte düşülen hallerde de özel kurul toplantısı yapılmalıdır. Zira özel kurul toplantısının yapılması, kesin olarak ilgili organ kararının uygulanmayacağı anlamına gelmez. Bu durumda, öncelikle imtiyazlı pay sahipleri, genel kurul kararını onayıp onamayacaklarına karar vermeli ve onamama kararı almaları halinde sebebini gerekçeli bir tutanak ile açıklamalıdır. Bunun yanı sıra TTK m. 454/7’de yönetim kuruluna tanınmış olan iptal davası da bir güvence sağlar. Bu süreçte, bir şekilde ihlal bulunmadığına kanaat getiren yönetim kurulu, alınan özel kurul kararına karşı iptal davası açabilir⁶⁸. Ancak belirtilen hükümde düzenlenen dava sebebinin yalnızca ihlal bulunmadığı gerekçesine dayandırılarak sınırlandırılması, yönetim kurulunun bu kapsamda açacağı iptal davasını başka bir sebebe dayandıramayacağını düşündürmektedir. Bu konuda özellikle dürüstlük kuralına aykırı haller önem arz eder. Örneğin,

⁶⁶Bu düzenlemeye ilişkin eleştiriler için bkz. Aktaş, s. 230 vd.

⁶⁷Tekinalp, N. 9-09.

⁶⁸Aktaş, s. 133.

ortaklık bakımından sermaye artırımının zorunlu olduğu hallerde imtiyazlı pay sahiplerinin buna engel olması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. İmtiyazlı pay sahiplerinin şirkete zarar vermek maksadıyla alınan genel kurul kararını onamaması da mümkündür. Bu hallerde özel kurul kararıyla ilgili organ kararının alınmasına engel olunmasının kabul edilmemesi gerekir. Kanımızca özel kurulda alınan kararlara karşı yönetim kurulu tarafından dürüstlük kurallarına aykırılığa dayanarak da iptal davası açılabilir. TTK m. 454/7'de bu konu düzenlenmemiş olsa da, anılan hususta örtülü boşluk bulunduğu kabul edilmeli ve hakim boşluğu MK 1'e dayanarak doldurmalıdır. Bu doğrultuda dürüstlük kuralına aykırılık hallerinde de yönetim kurulu özel kurul kararlarına karşı iptal davası açılabilir. Tüm bu açıklamalar değerlendirildiğinde somut olayda tereddüt oluşması halinde dahi imtiyazlı pay sahipleri özel kurul toplantısı yapılması isabetli bir çözüm olacaktır.

SONUÇ

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının en önemli etkilerinden birisi normal şartlarda yönetim kurulu üyesi seçme gücü bulunmayan pay veya pay gruplarına bu imkanı vermesidir. Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının içeriğinin değiştirilmesi veya kullanılmasının yetersayılarla bağlantı kurulması suretiyle güçlendirilmesi mümkündür. Bu gibi hallerde yetersayılarda yapılan değişiklikler imtiyazın gücünü etkilemektedir. Ancak son dönem Yargıtay kararlarında bu bağlantı göz ardı edilerek, anılan anasözleşme değişikliklerinin imtiyazları ihlal etmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Belirtilen anasözleşme değişikliklerinin yalnızca bir yetersayı sorunu olarak ele alınması ve anasözleşme ile ortaya konan iradenin ve bu irade ile oluşturulmak istenen statükonun adeta yok sayılması, TTK m. 454 hükmünün görmezden gelinmesi anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım ise şirkette, TTK m. 360 hükmüne yetersayının eklenmesi ile anasözleşmede oluşturulan hassas dengeleri tamamen değiştirebilmektedir.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının etkisi yalnızca nisaplarda yapılan değişikliklerle değil, yönetim kurulu üyelerinin sayılarının değiştirilmesi veya veto hakları tanınması suretiyle de eritilebilir. Uygulamada ortaya çıkan ihtiyaç ile şirket anasözleşmelerinde yönetim kurulu veto haklarına sıkça yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda yönetim kurulu üyelerinin şahsına tanınan veto haklarının geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Bunun dışındaki yönetim kurulu üyeleri bakımından tanınan doğrudan veya dolaylı veto hakları ise TTK m. 360 imtiyazı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu hakkın ihlal edilmesi halinde de TTK m. 454 korumasından yararlanılmalıdır.

Veto hakkı bakımından hangi görüş benimsenirse benimsensin özel bir korumanın aranması gerekmektedir. Bu hakların da salt bir yetersayı sorunu olduğu ileri sürülerek imtiyazlarla olan bağlantısı yok sayılmamalıdır. Aksi yaklaşım, TTK m. 360, m. 454 ile birlikte hakkaniyete aykırılık teşkil eder.

TTK m. 454 kapsamında doğrudan ihlal bulunan hallerde özel kurul toplantısının gerekliliği konusunda şüphe bulunmamakla birlikte, dolaylı ihlal hallerinde somut olay çerçevesinde inceleme yapılması gerekir. Anasözleşmenin imtiyaz maddesinin değil, farklı bir maddesinin değiştirildiği ileri sürülerek ihlal bulunmadığı sonucuna varılamaz. Belirtilen durumda dolaylı ihlal olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Değerlendirmemiz kapsamında anasözleşmede yer alan yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına ilişkin maddede değişiklik yapılmadan, yetersayı maddesi değiştirilerek anılan imtiyazın etkisi azaltılır veya kaldırılırsa ihlal bulunduğu sonucuna varılması gerekir. Aksi halde TTK m. 454 korumasının işlevsizleştirilmesi ve dürüstlük kuralına aykırı bir değerlendirme söz konusu olur.

KAYNAKÇA

- Akad G, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketlerde İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Aktaş B, *İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Altay S A, *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2009.
- Aytuğar B, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku*, Güncellenmiş 16. Baskı, Beta Yayınevi, 2022.
- Baltalı C, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Biçer L, *Anonim Ortaklıkta Oy Hakkında İmtiyaz Ve Sınırları*, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Bilgeç H, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2017.
- Bilgili F/Demirkapı E, *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Dora Yayınları, 2013.
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Aufl., Schulthess Verlag, 2009.
- Çamoğlu E, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsili”, *Arslanlı Bilim Arşivi*, <www.arslanlibilimarsivi.com>, Erişim Tarihi: 01.05.2022, s. 1-4.
- Çoştan H, “Yönetim Kurulunun Karar Alma Usülleri, Oy Hakkı Yetersayılar ve Toplantı Talep Hakkı”, *Batider*, XXVIII (3), 2012, s. 155-190.
- Dural H. A, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi ve Hukuki Sonuçları*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2005 (“Yönetim Kurulunun Kilitlenmesi”).
- Dural H. A, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri*, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 301-312.
- Eminoğlu C, “TTK M. 360 Hükmüne Göre Yönetim Kurulunda Temsil Edilme

- Hakkının Tanınabileceği Gruplar, Hakkın Hukuki Niteliği Ve İcrası”, *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Murat Alışkan/Bilge Utkan Mersin/Sinan Sarıkaya (Ed.), On İki Levha Yayıncılık, Ocak 2020, s. 335-351.
- Eriş G, *Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Madde 452-644, 3. Cilt*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Falcıoğlu Ö, “Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili”, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Erol Ulusoy (Ed.), Bilge Yayınevi, 2014, s. 139-172.
- İmregün O, *Anonim Ortaklıklar*, 4. Baskı, Yasa Yayınları, 1989.
- Karahan S, *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması*, 1. Baskı, Kazancı, 1991.
- Karamanlıoğlu A, “TTK Madde 360 Uygulamasına İlişkin İki Sorun: Belirli Grup Ve Azınlık Kavramları – Haklı Nedenle Önerilen Adayın Reddi”, *BUHFD*, 16(197-198), Ocak Şubat 2021, s. 225-279.
- Karasu R, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2015 (Emredici Hükümler İlkesi).
- Karasu R, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Belirli Grupların Temsil Edilme Hakkı”, *TFM*, I, 2016, s. 31-40 (Temsil Edilme Hakkı).
- Kendigelen A, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, 1999 (İmtiyaz).
- Kendigelen A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2012 (İlk Tespitler).
- Kırca İ/Şehirli Çelik F H/Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram Ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Kırca İ/Şehirli Çelik F H/Manavgat Ç, *Anonim Şirketler Hukuku, C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016.
- Memiş T, “Grup İmtiyazının Kabul Edildiği Bankalarda Grup İçindeki Bütün Paylar Nitelikli Pay Sayılır mı?”, *DEÜHFD*, 16(Özel Sayı 2014), 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 3105-3121.
- Moroğlu E, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Moroğlu E, *Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Ölmez F, *Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Şehirli Çelik F. H, “Ulusal Düzenlemeler İle Topluluk Hukuku Sınırlarında Altın Paylar”, *Batider*, XXIV(2), 2007, s. 349-395.
- Şener O H, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Tekil F, *Anonim Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Alkım Yayınevi, 1998.
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Teoman Ö, “Yönetim Kuruluna Aday Gösterme Ayrıcalığına Sahip Bir Grubun Yapacağı Özel Toplantıda Uygulanacak Yetersayılar”, *Ticaret Hukukunun Güncel Sorunları V, Tüm Makalelerim C. I-II (1971-2001)*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Teoman Ö, “Veto Hakkı – Ayrıcalıklı Paylar”, *Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, Cilt I: 1982-1991*, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 20-28.
- Uysal E, *Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Ünal O K, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunun İmtiyazlı Hisse Senedi Çıkarma Yetkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, IV(1-2), Haziran-Aralık 2000, s. 1-11.
- Veziroğlu C, *Anonim Ortaklıklar Hukukunda Esas Sözleşme Özgürlüğü Ve Sınırları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Yatağan Özkan Ç, *Anonim Şirketlerde Altın Paylar*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Wernli/Rizzi, *Basler Kommentar*, Or II, 3. Aufl.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

TARAFLARIN İFA YERİ ANLAŞMASI YAPARAK HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN YETKİ SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİ DOLANMALARI

CIRCUMVENTION OF PROVISIONS OF THE CIVIL PROCEDURE
CODE REGARDING THE CONTRACT OF AUTHORITY BY THE
PARTIES THROUGH PLACE OF PERFORMANCE AGREEMENTS

Osman DURAN*  

Özet

[10.34246/ahbvuhfd.1202508](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1202508) 

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 17 ile, yetki sözleşmesi yapabilecek kişileri sınırlamıştır. Buna göre; sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri, aralarında yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Bu hükmün getirilme amacı, daha güçlü olan tacir ve kamu tüzel kişisinin, zayıf olan tüketicileri mahkemenin yetkisini tayin bağlamında iradesini dayatmasının (empose etmesinin) önüne geçmektir. Alman medeni usul hukukunda da yetki sözleşmesini yapabilmeye yetkili kişiler tacirler ve kamu hukuku tüzel kişileri ile sınırlandırılmaktadır (Medeni Usul Kanunu; deutsche Zivilprozessordnung; dZPO m. 38/1).

Yetki sözleşmeleri, çoğunlukla uygulamada asıl sözleşmenin bir unsuru, şartı olarak düzenlenmektedir. Usul kanunlarında sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklara ilişkin olarak özel bir kesin olmayan yetki düzenlenmesi daha mevcuttur. Bu düzenlemeye göre taraflar, ifa yerini kararlaştırarak yetkili mahkemeyi de tayin etmiş olurlar. Sözleşmenin bir tarafı tacir veya kamu tüzel kişisi, diğer tarafı tüketici ya da her iki tarafı da tüketici olan durumlarda, aslında yetki sözleşmesi yapılabilmesi mümkün değil iken, taraflar ifa yerini diledikleri gibi (ya da bir taraf empose ederek)

* Dr. Öğr. Üyesi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı / SİVAS e-posta: osmandurann@gmail.com

ORCID: 0000-0001-5947-2780 DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1202508

• **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.

kararlaştırdıklarında dolaylı olarak yetkili mahkemeyi de kararlaştırmış olurlar. Dolayısıyla yetki sözleşmesinin sınırlayıcı hükmünü dolanmış, kanuna karşı hile durumu yaratmış olurlar.

Alman kanun koyucu yetki sözleşmesini yapabilecek kişileri sınırlarken, aynı zamanda ifa yerini belirleyerek yetkili mahkemeyi belirleyebilecek kişileri de sınırlamıştır. Ancak HMK'da bu yönde hüküm eksiktir.

Anahtar Kelimeler: yetki sözleşmesi, ifa yerinin belirlenmesi, ifa yeri mahkemesinin yetkisi, kanuna karşı hile, genel işlem şartları.

ABSTRACT

Article 17 of the Code of Civil Procedure limits the parties who can make a contract of authority. Only merchants and public law legal entities are permitted to conclude a contract of authority between them for with the intent of preventing the stronger merchant and public legal entity from imposing its will on weak consumers in the context of determining the court's authority. This is also the case in German civil procedure law (German Civil Procedure Code article 38/1).

Authorization agreements are mostly regulated as element or condition of the main contract in practice. There is a non-definitive special provision regarding disputes arising from the contracts. The parties are able to determine the venue of the court by determining the place of performance. If one of the parties to the contract is a merchant or a public legal entity and other party is a consumer, or both parties are consumers, while it isn't possible to conclude an authorization contract, they indirectly determine the authorised court. Therefore, they circumvent the restrictive provision of the authorization agreement and create a situation of fraud against the law.

Whilst limiting the persons who can make a contract of authorization, the German legislator also limits persons who are permitted to determine the place of performance. However, there is no provision in this regard in the CCP.

Keywords: contract of authority, determining the place of performance, authority of the place of performance court, situation of fraud against the law, general terms and conditions.

EXTENDED ABSTRACT

Since the persons who can make venue agreements regarding the competent court in article 38 and the persons who can determine the competent court by determining the place of performance in article 29 of the German Civil Procedure Code are designated similarly; those who cannot make venue agreements are not allowed to determine the competence of the court indirectly by means of determining the place of performance

either. In practice, the cases where the parties wish to determine the competent court are mostly contractual debt relations. In our opinion, giving the opportunity to determine the competent court by putting a place of performance clause in the contract, is to give them the opportunity to circumvent the law to those who cannot put a venue agreement clause in the original contract. As a matter of fact, the German legislator Gerichtsstand-Novelle amended the provision of article 38 of the German Civil Procedure Code and brought the prohibition of making a venue agreement. Again, with the same law, the German legislator changed the provision of article 29/2 of the German Civil Procedure Code and determined the place of performance and limited the persons who could determine the competent court. In this way, it was aimed to prevent the legal regulation of article 38 of the German Civil Procedure Code from being defrauded.

The Turkish legislator, on the other hand, allowed only merchants or public legal entities to make venue agreements with the provision of article 17 of the Civil Procedure Code, but did not impose such restriction in article 10 of the Code. Traders or public legal entities that could not determine the competent court with a venue agreement pursuant to article 17 of the Civil Procedure Code are able to unilaterally determine the place of performance and thus impose the competent court on the consumers, pursuant to article 10 of the Civil Procedure Code. The legal purpose of protecting those who are inadequate in terms of economic and legal knowledge and experience in article 17 of the Civil Procedure Code manifests itself in article 10 of the Civil Procedure Code as well. Therefore, article 10 of the Civil Procedure Code should be amended.

The absence of a provision in article 10 of the Civil Procedure Code however, as in article 29/2 of the German Civil Procedure Code, does not leave the consumer completely unprotected. The consumers are protected by general transaction conditions. Likewise, the institution of abuse of right is also suitable for protecting the consumers. However, in addition to article 17 of the Civil Procedure Code and the control of general transaction conditions, providing the consumer with a more effective position should also be provided with a provision to be added to article 10 of the Civil Procedure Code.

In the German civil procedure law, it is stated that the provision of the German Civil Procedure Code article 29/2 interferes with the substantive law, and in cases where the parties had already performed or will fulfil their performance at the place of performance, the agreed place of performance should also determine the competent court. Due to the exceptional nature of article 29/2 of the German Civil Procedure Code, this interpretation cannot be applied because it is not a clear legal regulation. However, in our opinion, there is some justification in the criticism. Failure to accept the jurisdiction of the court at the place of performance, in which the parties have already performed or ready to fulfil their performance, constitutes a violation of the purpose of the rule of jurisdiction in cases arising from the contract. Because, the

purpose of this jurisdiction rule is that the court, which is closer to the subject of the dispute, can easily resolve the dispute. This rule of authority is also closely related to the principle of procedural economy. Due to the provision of article 29/2 of the German Civil Procedure Code, this possibility would be eliminated.

Finally, the restriction imposed in article 17 of the Civil Procedure Code in terms of persons should also be included in article 10 of the Civil Procedure Code for the purpose of protection of said persons. However, in order to not eliminate the possibility of a court closer to the subject of the dispute to resolve the dispute, we think it would be appropriate to add the following sentences to article 10 of the Civil Procedure Code as paragraph 2: "If the agreement on the place of performance is made only by merchants and public legal entities, it determines the competent court. The agreement on the place of performance that has not been made by the merchants and public legal entities until now, determines the competent court only if the parties have performed or will perform their acts at the agreed place".

GİRİŞ

Yetki sözleşmesi, kısaca aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında aslında yetkili olmayan mahkeme veya mahkemeleri yetkili hale getirmek için tarafların yaptıkları sözleşme olarak tanımlanabilir¹. Medeni usul hukukumuzda koşulları, hüküm ve sonuçlarıyla beraber yetki sözleşmesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 17-18 arasında düzenlenmiştir. Zikredilen kanun ile yürürlükten kaldırılan (HMK m. 450) 1086 sayılı Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 22-23 arasında da yetki sözleşmesi düzenlenmişti. Bu iki kanunun düzenlemelerine bakıldığında aralarındaki en büyük fark, yetki sözleşmesi yapabilmeye yetkili kişilerde görülecektir. HMK, yetki sözleşmesi yapabilecek kişileri sınırlandırmıştır. İsviçre medeni usul hukukunda yetki sözleşmesini düzenleyen

Medeni Usul Kanunu (schweizerische Zivilprozessordnung: sZPO) m. 17² ve Avusturya medeni usul hukukunda yetki sözleşmesini düzenleyen Yargı Yetkisinin Kullanılması ve Adliye Mahkemelerinin Yetkisi Hakkında Kanun (Jurisdiktionsnorm) m. 104/1 hükümleri incelendiğinde, İsviçre ve Avusturya kanun koyucuları yetki sözleşmesi yapabilecek kişilerde herhangi bir sınırlama getirmemişlerdir. Bu yüzden, İsviçre ve Avusturya medeni usul hukuklarındaki düzenlemeler çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Alman medeni usul hukukunda, Medeni Usul Kanunu (deutsche Zivilprozessordnung: dZPO) m. 38-40 arasında yetki sözleşmesi düzenlenmektedir. Medeni usul hukukumuzda olduğu gibi, Alman medeni usul hukukunda da yetki sözleşmesini yapabilmeye yetkili kişiler sınırlandırılmaktadır (dZPO m. 38/1). Çalışmamızda tüm koşulları incelenmeyecek olan yetki sözleşmesinin- Türk ve Alman kanun koyucuların yetki sözleşmesini yapabilecek kişilere sınırlama getirmesinin arkasında yatan düşüncelerle beraber- sadece kişi bakımından şartı incelenecektir.

HMK m. 10 ve dZPO m. 29'da, sözleşmelerden doğan davalarda uyuşmazlık konusu yükümlülüğün ifa edileceği yer mahkemesinin de yetkili olduğunu düzenlenmektedir. İfa yerinin neresi olduğu, maddi hukuk hükümlerine göre belirlenecektir. Bu konuda Türk hukuku bakımından genel kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) m. 89 ve Alman hukuku bakımından genel kanun olan Medeni Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch: BGB) m. 269 hükümlerine bakmak gerekecektir. İki madde de incelendiğinde, ilk olarak ifa yeri konusunda taraflar arasında anlaşmanın var olup olmadığı tespit edilmelidir. Eğer taraflar arasında bir anlaşma yok ise, zikredilen maddelerde belirlenen yerler ifa yeri olarak kabul edilecektir. O halde ifa yerinin neresi olduğunun düzenlendiği TBK m. 89 ve BGB m. 269 hükümleri birer yedek hukuk kurallarıdır³. Öyleyse sözleşmeden doğan davalarda, uyuşmazlık konusu yükümlülüğün ifa edileceği yer taraflarca kararlaştırılmış

¹ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I*, 6. Baskı, Demir, 2001, s. 555; Nur Bolayır, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Beta, 2009, s. 30 (*Yetki Sözleşmeleri*); İbrahim Aşık, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 24 (97), 2011, s. 12; Mine Akkan, "Mahkemeler", Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özkes/ Mine Akkan/ Hülya Taş-Korkmaz (Ed.), *Medeni Usul Hukuku, Cilt 1*, 15. Bası, On İki Levha, 2017, s. 304; Nur Bolayır, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, 85 (5), 2011, s. 131 (Hukuk Muhakemeleri); Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar-Ayvaz/ Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin, 2021, s. 233. Yetki sözleşmesinin daha geniş kapsamlı bir tanımı için bakınız, Süha Tanrıver, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 459 (Yetki Sözleşmeleri); Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin, 2021, s. 241 (*Medeni Usul*).

² sZPO m. 35'deki düzenlemeye göre, tüketiciler, işçiler ve konut kiralaları ile hasılat kiralardaki kiracıların, bu sıfatla girdikleri sözleşme ilişkisinden kaynaklanan davalar bakımından kanunen yetkili mahkemelere başvurma hakkından peşinen feragat edemeyeceklerine dair bakınız, Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", *Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Dergisi*, 8 (21), 2012, s. 10 vd.

³ Turgut Kalpsüz, *Ticari Satışlarda İfa Mahalli*, Ajans-Türk, 1960, s. 28; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 11. Bası, Vedat, 2013, s. 332; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin, 2019, s. 1058; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 18. Baskı, Ekin, 2021, 270; Muhammet Özkes, *Temel Hukuk Bilgisi*, 11. Bası, On İki Levha, 2021, s. 85.

ise, dolaylı olarak yetkili mahkeme de kararlaştırılmış olacaktır. HMK m. 17 ve dZPO m. 38/1'de getirilen kişi bakımından sınırlama, TBK m. 89 ve BGB m. 269'da düzenlenmemiştir.

Yetki sözleşmesi yapamayacak olan kişiler, sözleşmeden doğan davalar bakımından TBK m. 89 ve BGB m. 269 hükümlerine göre aralarında ifa yeri konusunda anlaşma yaparak, dolaylı olarak yetkili mahkemeyi kararlaştırmış olacaklardır. Böylece HMK m. 17 ve dZPO m. 38/1'de getirilen kişi bakımından sınırlama dolanılmış olacaktır. Ancak Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda dZPO m. 29/2 hükmüyle, dZPO m. 38/1 hükmünün dolanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Çalışma konumuz tam da bu noktada yoğunlaşmaktadır. Çalışmamızda, Türk hukukunda ileri sürülen görüşler ve çözüm önerilerine de yer verilerek, Alman hukukundaki düzenleme doktrin ve yargı kararları çerçevesinde ele alınmaya çalışılacaktır.

I. YETKİ SÖZLEŞMESİ YAPABİLMENİN KİŞİ BAKIMINDAN ŞARTLARI

HMK m. 17'de, yetki sözleşmesinin tarafı olabilme hakkına sahip kişiler sayılmaktadır. Buna göre, yetki sözleşmesinin tarafları sadece tacirler⁴ ve kamu tüzel kişileri olabilir⁵. Böylece, tacir ve kamu tüzel kişileri dışındaki

kişilerin yetki sözleşmesi yapabilme imkânları ortadan kaldırılmıştır⁶. Çünkü tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler özellikle de gerçek kişi tüketiciler, tacirler veya kamu tüzel kişilerine karşı hukuken daha zayıf durumdadır. Öyleyse, bu kimselerin, daha güçlü olanlara karşı korunmaları gereklidir. Özellikle iltihakî sözleşmelerle (katılım sözleşmeleriyle) bu durum daha da belirginleşmektedir. Tüketiciler, satıcı veya hizmet sunucu şirketlere karşı, hiçbir pazarlık şansı olmaksızın, sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak, şirket veya kamu tüzel kişisi tarafından konulan şartları, bu arada yetki şartını da kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. Bundan dolayı, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler arasındaki yetki sözleşmesine engel olunmak istenmiştir. Tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler yetki sözleşmesi yapamayacaklardır⁷. Dolayısıyla daha güçlü olanın, zayıf olana mahkemenin yetkisini tayin bağlamında iradesini dayatmasının (empoze etmesinin) önüne geçilmiştir⁸. Eğer buna rağmen tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler, aralarında yetki sözleşmeleri yaparlar ya da diğer sözleşmeler içine yetki şartları sokuştururlar ise, yetki sözleşmeleri ya da yetki şartları geçersiz

ileri sürülmüştür. Bu görüşler için bakınız, Ebru Tüzemen Atik, "Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı ve Bu Kaydın Tacir veya Kamu Tüzel Kişisi Olmayan Avalist ve Cirantalara Etkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (2), 2021, s. 29 vd.

⁴ Tacir kavramının kapsamı içerisine, çok geniş bir kategoriye teşkil edecek şekilde, tacir olmadıkları halde, sorumluluk bakımından, tacirler hakkındaki hükümlere tabi tutulanlarında dâhil olduğu yönünde görüş için bakınız (Tanrıver, Yetki Sözleşmeleri, s. 462 dn. (dipnot) 6; Budak, s. 8 vd.). Taraflarından biri tacir gibi sorumlu olan sıfatını haiz yetki sözleşmelerinin geçerliliğinin somut olayda tacir gibi sorumlu olanın bu sözleşmeden fayda sağlayıp sağlamadığına göre tespit edilmesinin isabetli olacağı, yetki sözleşmesinin her iki tarafının tacir gibi sorumlu olması halinde ise bu sözleşmenin geçersiz olduğunun kabul edilmesi yönündeki görüş için bakınız (Hakan Bilgeç, "Yetki Sözleşmesinin Ticaret Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi (Yetki Sözleşmesi Açısından Tacir Gibi Sorumlu Olanların Durumu ve Tacirlerin Hangi İşlemleri İçin Yetki Sözleşmesi Akdedebileceği)", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (3), 2021, s. 57).

⁵ Yetki sözleşmesi şartlarından olan tacir ve kamu tüzel kişisi grubuna dâhil olma, yetki sözleşmesinin kurulma anında mevcut olmalıdır. Dolayısıyla bu kişilerden olmanın daha sonra ortadan kalkmasının hiçbir önemi yoktur. Yine tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan bir kimsenin, sonradan bu gruba dâhil olması, yetki sözleşmesini geçerli kılmaz (Aşık, s. 26; Bilgeç, 47; Peter Arens/ Wolfgang Lüke, *Zivilprozessrecht*, 10. Auflage, C.H.Beck, 2011, s. 95; Ralf Bendtsen, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Ingo Saenger (Ed.), *Zivilprozessordnung*, 9. Auflage, Nomos, 2021, kn. (kenar numarası) 9; Reinhard Patzina, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Wolfgang Krüger/ Thomas Rauscher (Ed.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 6. Auflage, C.H.Beck, 2020, kn. 100). Tacir olan kişinin daha sonra esnaf işletmesi halini alması birinci durum için örnek iken, tersi durum ikinci durum için örnektir. Yetki sözleşmesinin tarafların haleflerini bağlayıp bağlamayacağı konusunda farklı görüşler

⁶ Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin, 2021, s. 196; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 243; Tanrıver, Yetki Sözleşmeleri, s. 461; Bolayır, Hukuk Muhakemeleri, s. 131; Aşık, s. 21; Evrim Erişir, "Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 1145; Yavuz Alangoya/ M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta, 2011, s. 106; İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat, 2015, s. 125; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/ Hanağası, s. 235; Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif, 2012, s. 277; HMK Genel Gerekeçesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 5. Medeni usul hukukunun sosyal yönü, güçsüz olan kişileri yargılama sırasında korumayı gerektirmektedir (HMK Genel Gerekeçesi, s. 5).

⁷ HMK Madde Gerekeçesi, s. 15-16; Bilge Umar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 19 (67), 2006, s. 123 (Tasarısı'na Katkı); Tanrıver, Yetki Sözleşmeleri, s. 461; Aşık, s. 22; Postacıoğlu/ Altay, s. 126; İbrahim Ermenek, "Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (1-2), 2013, s. 596; Ali Cem Budak/ Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet, 2019, s. 58.

⁸ Tanrıver, Yetki Sözleşmeleri, s. 461-462; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 243. Büyük şirketlerle sermayesi daha mütevazı olan şirketler arasında yapılan yetki sözleşmelerinde kanun koyucunun öngördüğü bu amacın gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. Her iki tarafın da tacir olması, zayıfın güçlüye karşı korunması yolundaki amacı gerçekleştirilmemektedir (Postacıoğlu/ Altay, s. 126).

sayılacaktır⁹.

Bu geçersizliğin ise hukuki niteliğini ortaya koymak gerekir. Bir hukuki işlemin kanunun aradığı koşullara uyulmadan yapılması, bu hukuki işlemin geçersizliğine yol açar. Geçersizlik yaptırımının iki türü vardır. Bunlardan en ağırı yokluk, görece daha hafif bir yaptırıma tabi olan butlan, diğer bir deyişle hükümsüzlüktür¹⁰. Yokluk yaptırımına konumuzla alakası olmadığı için değinmiyoruz. Butlan, bir hukuki işlemin baştan itibaren hukuki sonuçlarına meydana getirmemesi veya sonradan da geçerli kılınamaması demektir. Butlan yaptırımının da iki türü vardır. Mutlak butlan ve nispi butlan¹¹. HMK m. 17 hükmünü emredici bir hüküm olarak görürsek, bu hükme aykırı yetki sözleşmesini mutlak butlanla sakat olarak kabul etmek gerekecektir. Ancak, hâkimin kesin olmayan yetki hallerini kendiliğinden dikkate alamayacağını düzenlediği HMK m. 19/2 ve 19/4 hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda, HMK m. 17 hükmüne aykırı yetki sözleşmelerinin yaptırımını mutlak butlan olarak kabul etmek mümkün değildir. Zira mutlak butlanı hâkim kendiliğinden dikkate almak zorundadır¹². Nispi butlan, diğer bir deyişle iptal edilebilirlik, başta geçerli olan bir hukuki işlemin, taraflardan birisinin onun iptalini istemesiyle geçersiz hale gelmesidir¹³. Nispi butlan, ancak ilgili tarafın talebi üzerine hâkim tarafından dikkate alınabilir¹⁴. Tüm bu açıklamalar neticesinde kanaatimizce, HMK m. 17 hükmüne aykırı yetki sözleşmelerinin yaptırımı nispi butlandır¹⁵.

⁹ Umar, Tasarısı'na Katkı, s. 123; Erişir, s. 1145. Yargıtay'ın da aynı yönde kararları vardır bakınız, Yargıtay 12. HD, 196/5442, 03.04.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 03.10.2022.

¹⁰ Gözler, s. 423.

¹¹ Gözler, s. 423.

¹² Gözler, s. 424.

¹³ Gözler, s. 425. Aydın Alber Yüce, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği*, 4. Bası, Seçkin, 2022, s. 203.

¹⁴ Gözler, s. 425. Yüce, s. 203.

¹⁵ Tacir veya kamu tüzel kişileri tarafından yapılmadıkları için geçersiz olan yetki sözleşmesi veya yetki şartına rağmen, dava tacir veya kamu tüzel kişisi tarafından yetki sözleşmesi veya yetki şartında gösterilen mahkemede açılırsa, mahkeme kendiliğinden yetkisizliğini inceleyemez (Umar, Tasarısı'na Katkı, s. 124 dn. 2; Bolayır, *Hukuk Muhakemeleri*, s. 140; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 246; Erişir, s. 1145; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin, 2011, s. 68 (*Şerhi*); Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/ Hanağası, s. 238). *Aşık*'a göre; tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki kişileri korumak için mahkemenin, yetkisizliğini kendiliğinden dikkate alması daha doğru olacaktır. Kanunda değişiklik yapılarak, mahkemenin bu durumda yetkisizliğini kendiliğinden dikkate alacağını belirtilmesi, kanunla ulaşılmak istenen koruma amacına daha uygun olacaktır (Aşık, s. 41-42, benzer yönde, Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/

Ayrıca tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimselerin, kendi aralarında da yetki sözleşmesi yapmaları mümkün değildir¹⁶. O halde yetki sözleşmesi yapabilmeleri için tarafların her ikisinin de tacir veya kamu tüzel kişisi olması mutlaka gerekecektir¹⁷. Tacirler veya kamu tüzel kişileri kendi aralarındaki hukukî ilişkilerde hukuken eşit konumda sayılabilirler. Tacirlerle kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında yapmış oldukları işlemlerde daha zayıf konumda olan bir taraf yoktur. Kural olarak her iki tarafı da eşit kabul etmek mümkündür. Bu kimseler, kanunda belirtilen şartlara uygun olmak kaydıyla aralarında yetki sözleşmesi yapabileceklerdir¹⁸. Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında yaptıkları sözleşmede yetkilendirmenin anlamını doğru bir şekilde tahmin etmek ve bunu duruma göre reddetmek için yeterli derecede ticari basirete, hukuk tecrübesine ve uzak bir mahkeme yerinde de haklarını savunma güçlerine sahiptirler¹⁹.

Aynı şekilde dZPO m. 38/1'de de, yetki sözleşmesinin tarafı olabilme hakkına sahip kişiler sayılmaktadır. Buna göre yetki sözleşmesinin tarafları sadece tacirler (*Kaufleute*) ve kamu tüzel kişileri (kamu hukuku tüzel kişileri: *juristische Personen des öffentlichen Rechts*) olabilir²⁰. Alman medeni usul hukukunda sosyal devlet düşüncesinin bir sonucu olarak, yetki sözleşmelerini düzenleyen kanun hükümlerinde bazı değişiklikler yapmak gereği duyulmuş ve sonunda değişiklik, 01.04.1974 tarihinde yürürlüğe giren Gesetz zur Änderung der Zivilprozeßordnung (Medeni Usul Kanunu Değiştirme Kanunu; Gerichtsstand-Novelle olarak da adlandırılır) ile gerçekleştirilmiştir²¹. Bu değişikliğin amacı şu şekilde ifade edilmektedir; "*Ökonomik olarak zayıf ve tecrübesiz kişiler; önemini anlamadan sözleşme imzalarlarken, çoğunlukla ifa yeri veya yetkili mahkeme anlaşmaları da yapmaktadırlar. Bir anlaşmazlık*

Hanağası, s. 238).

¹⁶ HMK Madde Gereğesi, s. 15-16; Bolayır, *Hukuk Muhakemeleri*, s. 133; Tanrıver, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 461; Aşık, s. 21; Ermenek, s. 596.

¹⁷ Bolayır, *Hukuk Muhakemeleri*, s. 133. Kanunun amacı da dikkate alındığında, yetki sözleşmesi yapma serbestisinin hem tacirlere, hem de kamu tüzel kişilerine tanındığı, geçerli bir yetki sözleşmesinin taraflarını iki tacir, iki kamu tüzel kişisi veya bir tacir ile bir kamu tüzel kişisinin oluşturabileceğinden şüphe edilmemelidir (Budak, s. 8; Aşık, s. 26).

¹⁸ HMK Madde Gereğesi, s. 16; Umar, *Tasarısı'na Katkı*, s. 123; Aşık, s. 22.

¹⁹ Aşık, s. 22.

²⁰ Arens/ Lücke, s. 95. dZPO m. 38/1 ayrıca "kamu hukukuna ilişkin özel mamelekleri (*öffentlich-rechtliche Sondervermögen*)" de yetki sözleşmesi yapabilecekler arasında saymaktadır.

²¹ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, 7. Baskı, Nesil, 2000, s. 211 (*Medeni Yargılama*). 23/03/1974 tarihli Bundesgesetzblatt (BGBl) Teil I s. 753-755.

*durumunda, bu durum, davalı taraf için maddi hukuk açısından olayın başarı şansını etkilemese de, genellikle uzaktaki, ancak yetkili olarak kararlaştırılan mahkemede gıyap hükmüne yol açar. Federal Meclise sunulan tasarı kural olarak yetki sözleşmesi yasağı içermektedir. İstisnai olarak tacirler ve kamu hukuku tüzel kişileri yetki sözleşmesi yapabilirler*²². Zira tacirlerin ve kamu tüzel kişilerinin anlaşmanın önemini anlamaları beklenir²³.

Alman Medeni Usul Kanunu yürürlüğe girmesinden sonraki yıllarda özellikle 19. yüzyılın sonunda ve 20. yüzyılın başında, ortalama bir vatandaşın yerel üstü (kendi bulunduğu yerden farklı bir mahkemenin yetki çevresinde) hukuki ilişkilere girmesi nadirdi. Bu nedenle, ortalama bir vatandaşın hukuki uyumsuzlukları, gerektiğinde kendisini de savunabileceği genel yetkili mahkemede yürütülmüştü. Artan sanayileşme, mal ve hizmet değişiminin modern örgütlenmesi zorunlu olarak yerel üstü hukuki ilişkilerinin ve nüfus kitlesinin hukuki işlemlere katılımının artmasıyla birlikte, yetki anlaşmaları önemli ölçüde artmıştır. Bugün hemen hemen herkesin imzaladığı tipik toplu işlemler, genellikle taraflar arasında doğal olarak müzakere edilmeyen tip sözleşmeler (genel işlem şartları) ve ekonomik olarak zayıf ve deneyimsiz müşterinin hiç anlamadığı bireysel maddeler temelinde sonuçlandırılmaktadır. Bu nedenle, yetkili mahkeme konusundaki anlaşmaların önemi, özellikle bir sözleşmeyi imzalarken genellikle gelecekteki hukuki uyumsuzlukları düşünmediklerinden, hukuk bilgisi olmayan kişiler için örtülü kalır. 1930'ların başlarında, ekonomik olarak daha güçlü sözleşme ortakları tarafından genellikle daha zayıf sözleşme ortaklarına kendi çıkarlarını korumak için dayatılan bu tür anlaşmaların mahkeme uygulamasında önemli suiistimallere yol açtığı ortaya çıktı²⁴. Ekonomik olarak zayıf ve deneyimsiz kişiler, yerleşim yerlerinden uzaktaki mahkemelere gitmeyi veya vekil tutmayı ekonomik olarak karşılayamadıkları için, yoklukları halinde uygulanan hükümlere tabi tutuldular. Genel işlem koşulların yargısal içerik denetimi, çoğunlukla maddi hukuki işlemin hükümlerini ilgilendirmektedir. Özellikle istinaf ve temyiz mahkemeleri, dZPO'ya göre, ilk derece mahkemesinin haksız olarak kabul edilen yer bakımından yetkisini inceleme fırsatına sahip değildir. Bu

²² Medeni Usul Kanununu Değiştiren Kanun Tasarısı (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung), Drucksache 7/268, s. 1.

²³ Arens/ Lücke, s. 95. dZPO m. 38/3'e göre uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra yetki sözleşmesi kişi bakımından sınırlama olmaksızın herkes tarafından yapılabilir (Arens/ Lücke, s. 95; Walter Baumfalk/ Walter Gierl, *Zivilprozess*, 11. Auflage, Nomos, 2013, s. 180).

²⁴ Medeni Usul Kanununu Değiştiren Kanun Tasarısı (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung), Drucksache 7/268, s. 4; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 211.

suiistimaller ancak yetki sözleşmesi yapabilme imkânlarının hukuki olarak kısıtlanmasıyla durdurulabilir²⁵.

II. YETKİ SÖZLEŞMESİ VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI

Yetki sözleşmeleri, asli (daha doğrusu) doğrudan etkilerini, medeni usul hukuku alanında ortaya çıkardıkları için, birer usul hukuku sözleşmeleridir²⁶. Ancak buna rağmen, yetki sözleşmelerine borçlar hukukuna ilişkin ilke ve kuralların hiç uygulanmayacağı söylenemez²⁷. Özellikle TBK m. 20-25 arasında düzenlenmiş olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, yetki sözleşmelerine de uygulanabilecektir²⁸. Genel işlem koşulları TBK m. 20/1 cümle 1'e göre, "*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir*". Genel işlem koşullarının, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz (TBK m. 20/1 cümle 2). HMK m. 17-19 hükümleri incelendiğinde şekil bakımından yetki sözleşmesinin sadece yazılı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiş olup, yetki sözleşmesinin ayrı bir sözleşme olarak veya asıl sözleşmenin içinde yer alan bir yetki şartı şeklinde yapılabilip yapılamayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır²⁹. Fakat yetki sözleşmelerinin, ayrı bir sözleşme şeklinde veya asıl sözleşmenin içinde yer alan yetki şartı şeklinde yapılabileceği kabul edilmektedir³⁰.

²⁵ Medeni Usul Kanununu Değiştiren Kanun Tasarısı (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozeßordnung), Drucksache 7/268, s. 4-5.

²⁶ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi, 1957, s. 100; Tanrıver, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 459; Bolayır, *Hukuk Muhakemeleri*, s. 146; Sema Taşpınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Yetkin, 2001, s. 73; Aşık, s. 20; Necip Bilge/ Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Sevinç, 1978, s. 201; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 106; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 241; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/ Hanağası, s. 233.

²⁷ Tanrıver, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 459; Aşık, s. 20-21, 39; Bilge/ Önen, s. 201; Saim Üstündağ, "Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 27 (1-4), 1961, s. 313 (Salahiyet Anlaşmaları); Ansay, s. 100; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/ Hanağası, s. 233.

²⁸ Tanrıver, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 459; Aşık, s. 20-21, 39; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/ Hanağası, s. 233.

²⁹ Bolayır, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 51 dn. 170.

³⁰ Bolayır, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 51-52; Aşık, s. 30. Asıl sözleşme (daha doğrusu maddi hukuk sözleşmesi) herhangi bir şekle tabi olması bile yetki sözleşmesinin geçerli olması için yazılı yapılması gerekir (Aşık, s. 30). Buradan çıkan sonuç, yetki sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarak yapıyorsa zaten yazılı olmalıdır. Yetki şartı şeklinde bir yetki sözleşmesi yapılabilmesi, buna göre asıl sözleşmenin yazılı olarak yapılması durumunda gündeme gelecektir.

Genel işlem koşulları, emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz; bu kuralları ortadan kaldıramaz. Emredici hukuk kurallarına aykırı genel işlem koşulları yok ya da geçersizdir³¹. Yetki sözleşmesiyle zaten emredici hukuk kuralı olan kesin yetki kuralları bertaraf edilememektedir (HMK m. 18/1). Dolayısıyla kesin yetkinin söz konusu olması durumunda, yetki sözleşmesi yapılamaz, şayet yapılmışsa geçersizdir³². Buna karşılık taraflar, düzenleyici hukuk kurallarına aykırı genel işlem şartları kararlaştırabilirler³³. Yetki sözleşmesiyle taraflar, düzenleyici hukuk kuralı diyebileceğimiz kesin yetki kuralı olmayan genel yetki kuralı (HMK m. 6) veya diğer kesin olmayan özel yetki kurallarına (örneğin HMK m. 8)³⁴ göre yetkili olmayan bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili hale getirmektedirler.

Genel işlem koşullarını içeren sözleşmelerin zayıf durumda bulunan tarafını, özellikle de tüketicileri bu koşulları empoze eden güçlü konumdaki tarafa karşı korumak amacıyla kanunlara özel hükümler konulmuştur. Koruma amaçlı bu kurallar, uyuşmazlık halinde hâkime, genel işlem koşullarını denetleme yetkisi vermektedir. Bu kurallar uyarınca yapılacak yargısal denetim üçe ayrılmaktadır. Bunlar, genel işlem koşullarının yürürlük (uygulama) denetimi, yorum denetimi ve içerik denetimidir³⁵. Yürürlük denetimi TBK m. 21/1'de düzenlenmiştir. Buna göre: “*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında*

açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır”. Hükme göre, yetki şartı içeren bir genel işlem koşulunun varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmiş, öğrenme imkânı sağlanmış ve karşı taraf da bu koşulları kabul etmişse, sözleşmenin kapsamına girecektir. TBK m. 21/2'ye göre: “*Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır*”. Burada ifade edilen şeyin şaşırtıcı genel işlem koşulları olduğu belirtilmektedir. Yetki şartının, bir genel işlem koşulu olduğu ve sonuç olarak şaşırtıcı şart olmadığı kabul edilmektedir. Yetki şartları, genel işlem koşullarının ayrılmaz parçası haline gelmiştir³⁶. Kısaca söylersek, yetki şartı şaşırtıcı bir şart olmadığı için ve karşı tarafa bunun hakkında bilgi verilmiş, öğrenme imkânı sağlanmış ve karşı taraf da bunu kabul etmişse sözleşmenin kapsamına girecektir, dolayısıyla yürürlük denetimini geçecektir.

TBK m. 23'de “*genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır*” düzenlemesiyle yorum denetimi ifade edilmektedir. Yetki şartlarında yorum denetiminin esasen öneminin olmadığı belirtilmektedir³⁷. Zira HMK m. 18/2'ye göre, “*yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için ..., uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır*”. O halde, yetki şartı açık ve anlaşılır değilse, bu yetki şartı HMK m. 18/2'ye göre zaten geçerli olmayacaktır.

Genel işlem koşullarının son denetimi ise içerik denetimidir ve TBK m. 25'de “*genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Karşı tarafı, kanunen yetkili mahkemelerden uzaklaştıran, diğer bir ifadeyle karşı tarafın yetkili mahkemelerle bağıni koparan tüm yetki şartlarının, kural olarak aleyhe olduğu veya durumu ağırlaştırıcı nitelikte olduğu kabul edilmektedir³⁸. Ancak bu aleyhe veya durumu ağırlaştırıcı nitelikteki şartların dürüstlük kuralına

³¹ Eren, s. 233.

³² Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç, 1979, s. 41; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Sulhi Garan, 1975, s. 160-161; Alangoya/ Yıldırım/ Deren- Yıldırım, s. 106; Postacıoğlu/ Altay, s. 127; Ansay, s. 98; Umar, *Şerhi*, s. 68. Kesin yetkinin bulunduğu bir durumda yetki sözleşmesi yapılmışsa, yetki sözleşmesiyle yetkili kılınmak istenen ve dava kendisinde açılmış olan mahkemenin, geçersiz bir yetki sözleşmesinin varlığını kendiliğinden gözetip, yetkisizlik kararı vermek zorunda olduğuna dair bakınız, Tanrıver, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 465; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 247; Umar, *Şerhi*, s. 68. “*Taşınmazın mülkiyetinin harici satışla intikalini sağlamak gayesi ile açılan davanın, taşınmazın bulunduğu yer*” mahkemesinde açılması hakkında HUMK.nun 13. maddesindeki yetki hükmü, kamu düzenine ilişkin ve kesindir. Bu konuda yetki sözleşmesi yapılamaz. “*HUMK.nun 22. md.*” ve *Mahkeme Yetkisizliğine her zaman kendiliğinden gözeterek re'sen, “YETKİSİZLİK KARARI” vermek zorundadır. “HUMK.nun 23. md.*”, Yargıtay 14. HD, 4557/5490, 17.09.1999, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 03.10.2022. Aynı yönde, Yargıtay 5. HD, 11655/1064, 02.02.2021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 03.10.2022.

³³ Eren, s. 233.

³⁴ Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 310; Ansay, s. 98.

³⁵ Eren, s. 233-234.

³⁶ Erişir, s. 1156; Arens/ Lüke, s. 95. Aynı yönde, Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası, Beta, 2001, s. 101.

³⁷ Erişir, s. 1158. Yorum denetiminin olsa olsa yetki sözleşmesinin münhasır karakterde (HMK m. 17) olup olmadığının tayininde rol oynayacağı ifade edilmektedir (Erişir, s. 1158).

³⁸ Erişir, s. 1160; Atamer, s. 252.

aykırı olması lazımdır. Dürüstlük kuralına aykırılığı tespit edebilmek için bazı ek kriterler gereklidir. Ancak bu kriterler TBK m. 25'de yer almamaktadır. Ek kriterler tüketici sözleşmeleri bakımından Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik³⁹ ile getirilmiştir. Bu yönetmeliğin ekinde yer alan listede örnek olarak haksız şartlar sayılmıştır. Bunlar arasında “*tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar*” sayılmıştır (Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek 1/1-n). Yetki şartı, tüketicinin mahkemeye gitme imkânını ortadan kaldırmamakta, ancak kendi yerleşim yeri veya işlemin yapıldığı yer dışında, özellikle satıcı veya sağlayıcının yerleşim yeri mahkemesine başvurmayı zorunlu kılması nedeniyle mahkemeye gitme imkânını zorlaştırmakta, sınırlandırmaktadır⁴⁰.

HMK m. 17'yle, yetki sözleşmesine kişi bakımından getirilen sınırlama, özel hukukun ruhuna ve sözleşme serbestisi ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. TBK m. 27'deki sınırlamalara işaret edilerek kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kurallarının varlığı halinde sadece gerçek kişileri, tacir olmayanlar karşısında korumak gayesiyle getirilen sınırlamanın bu kanunun amacını aştığı ileri sürülmüştür⁴¹. Kanun koyucu TBK m. 20-25 arasında düzenlediği genel işlem koşullarıyla sözleşme özgürlüğüne müdahale etmiştir. Kişilere genel işlem koşullarının dayatılmasıyla, sözleşme tarafları arasındaki menfaat dengesi, kişi aleyhine bozulmuştur. Bu durum, sözleşme özgürlüğüyle sözleşme adaleti arasındaki farkın açılmasına sebep olmuştur⁴². Genel işlem koşullarının denetlenmesi, sözleşme adaletini ve tarafların sözleşmeden umdukları yararları dengeleme amacını güder. Bu amaçla getirilen hükümler, sözleşme özgürlüğünü kişi lehine olarak kısıtlar⁴³. HMK m. 17'de yetki sözleşmesine getirilen sınırlamanın sözleşme serbestisi ilkesi gerekçe gösterilerek, TBK m. 27'deki amacın aşıldığının ileri sürülmesi kanaatimizce, sözleşmenin bir tarafının tacir diğer tarafının tüketici olduğu durumlarda isabetsiz görülmektedir⁴⁴. Nasıl ki TBK m. 20-

25 arasında düzenlenen genel işlem koşullarının denetlenmesiyle sözleşme serbestisine sınırlama getirilebiliyorsa, HMK m. 17'deki düzenlemeyle yetki sözleşmesindeki sözleşme serbestisine de sınırlama getirilebilir⁴⁵. Genel işlem koşullarının denetlenmesindeki amaç ile HMK m. 17'ye getirilen kişi bakımından sınırlamanın amacı aynıdır. İki düzenlemenin amacı da zayıf durumda bulunan kişileri korumaktır. Yine kanunda açıkça ifade edilmese de, tacirlere karşı genel işlem koşulları kullanılması durumunda TBK m. 20-25 arasındaki genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin, sözleşme karşı tarafı olan tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü nedeniyle uygulanmayacağı kabul edilmektedir⁴⁶. HMK m. 17'de de sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapmasına izin verilmiştir.

HMK m. 17'de getirilen düzenlemeyle tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanların yetki sözleşmesi yapmalarına izin verilmemesine genel işlem koşullarının neden olduğu söylenebilir⁴⁷. HMK m. 17 uyarınca yetki sözleşmesinin tüketici tarafından yapılmasının da tüketicinin imzaladığı genel işlem koşulları arasında yer alan yetki şartının haksız şart olmasının da sonucu geçersizliktir⁴⁸. Süresinde yetkisizlik itirazı yapılmış olması şartıyla, yetki şartında belirlenen mahkemede açılan davada hâkim, yetkili olup olmadığını incelerken haksız şart denetiminden önce yetki sözleşmesinin tacir veya kamu tüzel kişisi tarafından yapıp yapılmadığını inceleyecektir. Bu nedenle HMK, haksız şart denetimini ikinci plana itmiş ve haksız şart denetimine göre tüketiciye daha etkin bir koruma sağlamıştır⁴⁹. Yetki sözleşmeleri bakımından sözleşme serbestisine müdahale eden kanun koyucu, tacir veya tüzel kişisi olmayanların -özellikle tüketicilerin- kanunen yetkili mahkemelerden koparılmasına izin vermeyerek, genel işlem koşulları kapsamındaki (özellikle

olmasının kabul edilmesi durumunda sözleşme özgürlüğüne aşırı müdahale edildiği kabul edilebilir görülmektedir. Bunun önüne geçilebilmesi için bir tarafın tüketici diğer tarafın tacir veya kamu tüzel kişisi olduğu hallerde yetki sözleşmesi yapılmasına sınırlama getirilmesi düşünülebilirdi.

⁴⁵ Yargılama hukuku ve takip hukuku, devletin kamusal otoritesinin egemen alanlardır ve bu alanlarda daha fazla sınırlamalar getirilmiştir. HMK yetki sözleşmesi bakımından kesin sınırlar çizmek suretiyle kötüye kullanılmasını önlemek istemiştir (Aşık, s. 23-24).

⁴⁶ Oğuz Ersöz, “Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (1), 2017, s. 95-96.

⁴⁷ Erişir, s. 1187.

⁴⁸ Erişir, s. 1144-1145.

⁴⁹ Erişir, s. 1145.

³⁹ 17/06/2014 tarih ve 29033 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁰ Erişir, s. 1143, 1162. Benzer yönde, Budak, s. 21.

⁴¹ Görüş için bakınız, Aşık, s. 22-23.

⁴² Ömer Ali Girgin, “Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), 2019, s. 144.

⁴³ Girgin, s. 150-151.

⁴⁴ Buna karşılık, her iki tarafın da eşit durumda bulunduğu, tacir olmayan iki gerçek kişi veya iki esnaf arasında yapılan yetki sözleşmeleri için HMK m. 17'deki sınırlamanın geçerli

içerik) denetimi hâkime bırakmadan kendisi yapmıştır⁵⁰.

III. TARAFLARIN İFA YERİNİ KARARLAŞTIRARAK YETKİLİ MAHKEMEYİ BELİRLEMELERİ

A. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan davalarda, ifa yeri mahkemesinde de dava açılabilmesine ilişkin hükümler hem Türk medeni usul hukukunda (HMK m. 10) hem de Alman medeni usul hukukunda (dZPO m. 29/1) yer almaktadır. dZPO m. 29/1'de⁵¹ “*uyuşmazlık konusu yükümlülüğün ifa edileceği yer*” ifadesi kullanılmıştır. “Yükümlülük (*Verpflichtung*)” tabirinin kullanılması kanaatimizce maddi hukukla uyumlu olduğu için yerindedir. Zira sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisinde çeşitli yükümlülükler meydana gelmektedir. Bu yükümlülükler de temelde asli yükümlülükler ve yan yükümlülüklerdir. Borçlunun alacaklı karşısındaki asli yükümlülüğü ise edim yükümlülüğü (*Leistungspflicht*) olarak tanımlanmaktadır⁵². dZPO m. 29/1'de yükümlülük (*Verpflichtung*) ve BGB m. 269/1'de edim (*Leistung*) tabirleri kullanılarak belirtmiş olduğumuz uyum sağlanmıştır.

HMK m. 10'da ise “*sözleşmenin ifa yeri*” ifadesi kullanılmıştır. Bu ibareden, davacının sözleşmeye dayanarak talep ettiği şeyin, diğer bir deyişle ifası istenen borcun ifa yerinin anlaşılması gerektiği belirtilmektedir⁵³. İfa yerini düzenleyen TBK m. 89'da ise “*borcun ifa yeri*” ifadesi kullanılmıştır. Borcun ise borç ilişkisinden doğan bir tek alacak hakkı, dolayısıyla bir tek edim yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir⁵⁴. Maddi hukukla (özelde TBK m. 89'la) uyumlu olması açısından HMK m. 10'da “*borcun ifa yeri*” ifadesi

kullanılması kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

Gerek HMK m. 10 gerekse dZPO m. 29/1 ifa yerinin neresi olduğunu düzenlememiştir. Çünkü ifa yerinin neresinin olduğunu düzenlemek maddi hukukun konusudur⁵⁵. O yüzden de ifa yerinin neresi olduğunu tespit etmek için TBK ve BGB'ye bakmak gerekecektir. TBK m. 89/1 ve m. BGB 269/1⁵⁶ hükümlerinde, aşağı yukarı ifa yerinin, ilk önce tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirleneceği⁵⁷, tarafların bu yönde bir iradeleri yoksa TBK m. 89 ve m. BGB m. 269'a göre belirleneceği düzenlenmektedir. O halde ifa yerinin neresi olduğunun düzenleyen TBK m. 89 ve BGB m. 269 hükümleri birer yedek hukuk kurallarıdır⁵⁸.

Tarafların ifa yerini kararlaştırmasının, sözleşmeden doğan davalar bakımından yetkili mahkemeyi belirleyip belirlemediği konusunda HMK ve dZPO'da farklı düzenlemeler vardır. Yetki sözleşmesini yapabilecekler bakımından benzer sınırlama getiren iki kanunun bu noktada farklılaşması üzerinde durmak gerekir. O yüzden ilk önce Türk medeni usul hukukundaki durum ve görüşlere değinildikten sonra, Alman medeni usul hukukundaki düzenleme ve görüşlere değinilecektir.

B. Türk Medeni Usul Hukukunda Tarafların İfa Yerini Kararlaştırarak Yetkili Mahkemeyi Belirlemesi

HMK m. 10 ve TBK m. 89 hükümleri incelendiğinde⁵⁹, tarafların ifa

⁵⁵ Bilge/ Önen, s. 191; Kalpsüz, s. 11; Aybay, s. 220; Ansay, s. 91; Arens/ Lüke, s. 92; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 186; Sigurd Wern, “ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts”, Hanns Prütting/ Markus Gehrlein (Ed.), *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 14. Auflage, Luchterhand, 2022, kn. 13; Herbert Roth, “ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts”, Rehinhard Bork/ Herbet Roht (Ed.), *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1*, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2014, kn. 3.

⁵⁶ Maddenin Almanca metni: “*Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Ort zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte.*”. Tercümesi: “*Edim yeri belirlenmemişse veya koşullardan, özellikle borç ilişkisinin doğasından da anlaşılamiyorsa, edim, borç ilişkisinin doğduğu anda borçlunun ikametgâhında yerine getirilmelidir.*”.

⁵⁷ Necmeddin N. Berkin, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle, 1969, s. 80; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 224; Postacıoğlu, s. 164; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 95; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 231; Baumfalk/ Gierl, s. 178.

⁵⁸ Postacıoğlu, s. 165; Oğuzman/ Öz, s. 332; Eren, s. 1058; Gözler, s. 270; Özkes, s. 85; Aybay, s. 221; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 95; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 231; Roth, kn. 32.

⁵⁹ Bazı hallerde ifa yeri mahkemesi ile genel yetkili mahkeme aynı yer olabilir. TBK m.

⁵⁰ Erişir, s. 1187.

⁵¹ Maddenin Almanca metni: “*Für Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis und über dessen Bestehen ist das Gericht des Ortes zuständig, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist*”. Tercümesi: “*Sözleşme ilişkisinden ve sözleşmenin varlığından doğan uyuşmazlıklar için, uyuşmazlık konusu yükümlülüğün ifa edileceği yer mahkemesi yetkilidir.*”.

⁵² Eren, s. 29.

⁵³ Aydın Aybay, “Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 26 (1-4), 1961, s. 220; Kalpsüz, s. 10; Bilge/ Önen, s. 191; Akkan, s. 282; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/ Hanağası, s. 220; Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 185. Benzer yönde Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 224; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 230.

⁵⁴ Eren, s. 22; Özge Erbek-Odabaşı, “Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması”, *İzmir Barosu Dergisi*, 85 (3), 2020, 65; Tanrıver, *Medeni Usul*, s. 230. Yan edim yükümlülükleriyle yan yükümlülüklerin ifa yeri de için özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, borçlanılan asli edimin ifa yeridir (Eren, s. 1057).

yerini kararlaştırmalarının yetkili mahkemeyi belirlemesi konusunda bir sınırlama yer almamaktadır. Taraflar ister tacir veya kamu tüzel kişisi olsun isterse bunlar haricindeki kişiler- örneğin gerçek kişi tüketiciler- olsun, ifa yerini kararlaştırarak yetkili mahkemeyi de kararlaştırmış olmaktadırlar⁶⁰. Doktrinde ise bu durum eleştirilmektedir. Görüşleri tek tek ve aynen vermekte yarar görüyoruz;

Alangoya'ya göre; “Yetkinin anlaşma ile tayin edilmesinde zayıf olanın korunması amacının sadece yetki anlaşmaları bakımından ele alınması eksik olur. Sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinin yetkisini düzenleyen (tasarının) 15. Maddenin de bu amaçla ele alınması gerekir. İfa yerinin maddi hukuk alanında serbestçe tayin edilmesinin, mahkemenin yetkisi bakımından da etkili olacağı kabul edilirse, yukarıda belirtilen amaç önemli ölçüde etkisizleşebilir. Bu sebeple paralel bir düzenleme bu maddede de yapılmalıdır”⁶¹.

Umar'a göre; “HMK m. 10 kuralının uygulanabilme alanının, HMK m. 17'nin yetki sözleşmelerine kısıtlama getiren yeni kuralı nedeniyle, kısıtlanmış bulunduğu kabulü gerektiği. Almanyada ZPO m. 29 f. II, tâcirler dışındaki kimselerle yapılan sözleşmelerde ifa yerinin belirlenmesi olanağını kısıtlamamakla birlikte; böyle anlaşmayla belirlenen ifa yerinin, o ifa yeri mahkemesinde de dâva açabilmek yetkisini sağlayabilmesini, yalnız tâcirler ve kamu hukuku tüzel kişileri arasında yapılan ifa yeri anlaşmalarına

hasretmiştir. Bunun nedeni, bizim HMK m. 17 kuralında yeni yasanın getirdiği, yetki sözleşmesini yapabilecek kişiler konusundaki sınırlamanın yâni yalnız tâcirler ve kamu tüzel kişileri, kendi aralarında doğmuş yahut doğabilecek uyuşmazlıklar için yetki sözleşmesi yapabilirler denmesinin nedeniyledir. Büyük ticaret işletmeleri, özellikle bankalar ve sigorta şirketleri, keza kamu tüzel kişileri, kendileriyle iş yapacak kişinin önüne, bütün koşulları kendileri tarafından belirlenmiş bir tip sözleşmeyi sürmekte ve oradaki koşulları değiştirmek bakımından hiçbir şansı olmayan muhataplarını, onu imzalamak zorunda bırakmaktadırlar; o sözleşmelerde hemen hemen daima, güçlü olan tarafın işine gelen ifa yeri belirleme şartına, yetki sözleşmesi şartına, hakembilirkişi şartına, tahkim şartına ve hakemin kim olduğunu belirleme şartına da yer verilmektedir. Dev işletmelerin bu yola gitmesini engelleme düşüncesiyle ZPO m. 29 f. II'de ve HMK m. 17'de, sözünü ettiğimiz kısıtlamalar kabul edilmiştir. Her ne kadar kısıtlama bizde ZPO m. 29'daki yoldan ifade edilmemişse de çok daha güçlü biçimde ve bütün yetki sözleşmeleri için HMK m. 17'de getirilmiş bulunmaktadır. Böyle olunca, yâni HMK m. 17 varken, başkalarıyla yaptığı sözleşmelere yetkili mahkemeyi belirleme şartı koyması yasaklanmış olan tâcirin yahut kamu tüzel kişilerinin, aynı amacı dolaylı yoldan elde edecek surette, akitte ifa yerini belirleyici maddeye yer vererek, bu yoldan kendi işine gelecek bir mahkemeyi yetkili mahkeme durumuna getirmesi HMK m. 17'ye en açık biçimde aykırı düşer”⁶².

Aşık'a göre; “Yetkinin sözleşmeyle belirlenmesinde zayıf konumundakinin korunması amacının sadece yetki anlaşmaları bakımından ele alınması eksik olur. Maddi hukuk açısından ifa yerinin, mahkemenin yetkisini de belirlemesi zayıf konumundakinin korunması amacını etkisizleştirebilecektir. Bu durum yetki sözleşmesiyle ilgili yapılan temel değişiklikteki amaca aykırı düşmektedir. Çünkü sözleşmeden doğan davalarda taraflar bir sınırlamaya tabi olmaksızın dolaylı şekilde yetkili mahkemeyi belirleme imkânına sahip olabileceklerdir. Bu durumda sözleşmede güçlü konumda olan taraf kendi menfaati doğrultusunda ifa yerini belirleyerek yetkili mahkemeyi seçmeyi düşünebilecektir. Bu husus kanun yapımı sırasında gözden kaçırılmış bir nokta olabilir. Ancak bunun kanunda yapılacak bir değişiklikle düzeltilmesi mümkündür. Alman hukukunda olduğu gibi tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin ifa yerini belirleseler bile ifa yeri mahkemesinin yetkili hale gelmeyeceği ifade edilebilir”⁶³.

⁶² Umar, Şerhi, s. 41-42.

⁶³ Aşık, s. 27.

89/1-3'de bu durum gerçekleşir. Ancak bu tedahülün doğumu için borcun doğumu ile dava edildiği dönem arasında borçlunun ikametgâhını değiştirmemiş olması gerekir (Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 226; Hendrik Schultzky, “ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts”, Richard Zöller (Ed.), ZPO Zivilprozessordnung, 34. Auflage, Otoschmidt, 2022, kn. 1).

⁶⁰ Bilge/ Önen, s. 192; Kuru, s. 435; Budak/ Karaaslan, s. 52; Akkan, s. 283; Aşık, s. 27; Levent Börü, “Bonoya Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte Yetki”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (1), 2016, s. 160. “HMK'nın 17. maddesi uyarınca yetki sözleşmesinin tacir olmayan davalı için geçerliliği yok ise de, sözleşme ile belirlenen ifa yeri davalıyı bağlayacaktır. HMK'nın 10. maddesi uyarınca sözleşmeden doğan davalar sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir. Bu durumda davanın açıldığı İstanbul Mahkemeleri sözleşmenin ifa yeri mahkemesi olduğundan davalının mahkemenin yetkisine yönelik itirazının reddi ile işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı ve yanılıgılı gerekçe ile davanın yetkisizlik nedeniyle reddinde isabet görülmemiştir”, Yargıtay 19. HD, 5310/8403, 08.05.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 24.10.2022.

⁶¹ Yavuz Alangoya, “Medeni Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, 5 (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi), 2006, s. 38.

Börü'ye göre; “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 17 gereği, her ne kadar, tacir veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kişiler yetki sözleşmesi (veya yetki şartı) yapamayacaklarsa da, taraflarca sözleşmede ödeme (ifa) yeri kararlaştırılması halinde, tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi niteliği aranmaz. Buna göre, tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan taraflar, isterlerse bono metnine ödeme yerini kararlaştırıp, takibin o yerde başlatılmasını sağlayabilirler. Alman hukukunda ise böyle bir sorunun ortaya çıkmasının önüne geçilmiştir; çünkü Alman Medeni Usul Kanunu madde 29/2'e göre, ancak tacirler ve kamu tüzel kişileri, sözleşmeyle ödeme yerini belirleyebileceklerdir*”⁶⁴.

Gültüter'e göre; “*Taraflar davanın açılmasını istediği yeri ifa yeri olarak belirleyerek, HMK m.10 gereğince davanın belirlenen yerde açılmasını sağlayabilecektir. Bu nedenle, zayıf olan tarafın korunması amacının sadece tarafların yetki sözleşmesiyle mahkemeyi yetkili kılmasına yönelik düzenlemeler için ele alınması yeterli olmayacaktır. Çünkü maddi hukuk tarafından belirlenen ifa yerinin aynı zamanda mahkemenin yetkisini belirlemesi, zayıf konumdakinin korunması amacını etkisizleştirebilecektir*”⁶⁵.

Genel işlem koşullarıyla, ifa yeri gibi sözleşmenin ikinci derecedeki noktaları da düzenleme konusu yapılabilir⁶⁶. Ticari deneyimi ve hukuk bilgisi olmayan tüketiciler; tacirler veya kamu tüzel kişileriyle sözleşme yaptıkları zaman, ifa yeri belirlenmesi koşulundan haberdar olup kabul ettiklerinde sözleşmenin parçası olacaktır. İfa yerinin belirlenmesi TBK m. 89 düzenleyici bir hukuk kuralı olduğu için aksinin kararlaştırılması kanaatimizce TBK m. 21/2 anlamında şaşırtıcı bir genel işlem koşulu da değildir. Bu koşul açık ve anlaşılır halde kaleme alınmış olursa, yorum denetimini de geçecektir. İfa yerini belirleyen genel işlem koşulu tüketiciyi genel yetkili veya TBK m. 89'nın düzenleyici hukuk kuralı olarak belirlenmiş ifa yeri mahkemesinden koparma amacına hizmet eden bir koşul olarak içerik denetimine takılacaktır⁶⁷.

⁶⁴ Börü, s. 159-160.

⁶⁵ Makbule Ceren Gültüter, *Medeni Yargılama Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 79-80.

⁶⁶ Lâle Sirmen, “Genel İşlem Şartları Kavramı”, *İzmir Barosu Dergisi*, 80 (3), 2015, s. 214; Melek Bilgin Yüce, “Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, s. 3191; Roth, kn. 38.

⁶⁷ Genel işlem şartları arasında sırf HMK m. 10 hükmünden yararlanarak yetkili mahkemenin tayin maksadıyla bir ifa yeri “sıkıştırılması” hâlinde de yetki sözleşmelerine ve genel işlem şartlarına ilişkin hükümler uygulanmalıdır (Budak/ Karaaslan, s. 63).

Yukarıda belirttiğimiz gibi⁶⁸, kanun koyucunun, genel işlem koşulları kapsamındaki (özellikle içerik) yetki sözleşmeleri açısından denetimi hâkime bırakmadan kendisinin yapmasına sebep olan temel düşünce kanaatimizce ifa yerinin belirlenerek yetkili mahkemenin de dolaylı olarak belirlenmesinde de kendini göstermektedir. Bu yüzden dZPO m. 29/2 benzeri bir hükmün HMK m. 10'a da getirilmesi yerinde olurdu.

Uygulamada yetki sözleşmeleri çoğunlukla asıl sözleşmenin içinde düzenlenmektedir⁶⁹, dolayısıyla çoğunlukla bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. HMK m. 17 ile yetki sözleşmesine getirilen sınırlamayla tacir olmayan kişilerin taraf olduğu sözleşmelerde yetki şartı geçersiz sayılırken, HMK m. 10'da kişi bakımından bir sınırlama getirilmeyerek HMK m. 17 hükmünün dolanılmasının yolu açılmıştır. İfa yeri şartıyla, tacir olmayanların yetki sözleşmesiyle belirleyemedikleri yetkili mahkemeyi yine de belirlemeleri mümkün olmaktadır. Burada tarafların kanuna karşı bir hileye başvurmalarının önü açılmıştır. Bilindiği üzere kanuna karşı hile, kanunun yasakladığı bir sonuca, yine kanunun izin verdiği başka bir maddesiyle ulaşılmıştır⁷⁰. Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2 ve usul hukukuna yansımaları olan HMK m. 29/1'de düzenlenen dürüstlük kuralından yola çıkılarak yetki sözleşmesine ilişkin sınırlamaları aşmak amacıyla, ifa yerine ilişkin sözleşme yapıldığının anlaşılması durumunda bu durum açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği için, söz konusu belirleme dikkate alınmaması gerekmektedir⁷¹.

Ancak yetki sözleşmesi usul hukuku sözleşmesi olmasına rağmen, ifa yerinin belirlenmesi, usul hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddi hukuk sözleşmesidir⁷². Taraflar aralarında yaptıkları maddi hukuk sözleşmesiyle ifa yerini belirleyerek yetkili mahkemeyi de belirlemiş olurlar. Tarafların yaptığı sözleşmenin asli etkisi maddi hukuk alanında doğmaktadır⁷³. dZPO m. 29/2 benzeri bir hükmün HMK m. 10'a getirilmesiyle, maddi hukuka müdahale ediliyor eleştirisi getirilebilir. Nitekim sonraki başlıkta göreceğimiz üzere bu eleştiriler Alman medeni usul hukuku bakımından da getirilmiştir. HMK

⁶⁸ Bakınız, II.

⁶⁹ Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar-Ayvaz/ Hanağası, s. 234.

⁷⁰ Gözler, 74.

⁷¹ Atalı/ Ermenek/ Erdoğan, s. 186.

⁷² Evren Koç, *Usulî İşlemlerde İrade Sakatlıkları*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 241.

⁷³ Koç, s. 241.

m. 10'daki ifa yeri mahkemesinin yetkili mahkeme olarak kabul edilmesinin sebebi, uyuşmazlık konusuna yer bakımından yakın mahkemenin uyuşmazlığı çözmesinin istenmesidir⁷⁴. Eğer dZPO m. 29/2'ye benzer bir hüküm HMK m. 10'a getirilirse, gerçekten taraflar belirledikleri ifa yerinde borçlarını ifa edecekler veya etmişler ise, bu imkân ortadan kalkmış olacaktır. Alman medeni usul hukukunda dZPO m. 29/2'nin uygulaması ve görüşler hakkında açıklamalar yapıldıktan sonra, çalışmamızın sonuç kısmında, bu açıklamalar ışığında olması gereken hukuk bakımından HMK m. 10 için düzenleme önerisi sunulacaktır.

C. Alman Medeni Usul Hukukunda Tarafların İfa Yerini Kararlaştırarak Yetkili Mahkemeyi Belirlemesi

1. Genel Olarak

Alman medeni usul hukukunda, dZPO m. 29/2'ye göre; “İfa yerine ilişkin bir anlaşma, yalnızca sözleşme taraflarının tacir ve kamu hukuku tüzel kişileri olması durumunda mahkemenin yetkisini tesis eder”⁷⁵. Böylece, ifa yerinin neresi olacağı hakkında taraflar arasında bir anlaşma mevcutsa, belirlenen ifa yerinde davanın açılabilmesi bazı şartlara bağlanmıştır⁷⁶. Tarafların kararlaştırmış oldukları ifa yerinin, yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından mutlak bir etkiye sahip olabilmesi kabul edilmemiştir⁷⁷. Sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri arasındaki anlaşmalarda ifa yerinin belirlenmesi yetkili mahkemeyi de belirleyecektir⁷⁸. Sözleşmenin her iki tarafının da,

yetki sözleşmesinde olduğu gibi tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekir⁷⁹. dZPO m. 29/2'ye bu hüküm, yetki sözleşmesinde yapılan değişikliklerle beraber Gerichtsstand-Novelle ile gerçekleştirilmiştir⁸⁰. Yetki sözleşmesini yapabilecek kişilerle (dZPO m. 38/1), BGB m. 269'daki kanuni düzenlemeden sapan ifa yeri anlaşmaları yoluyla dolaylı yetki anlaşmaları yapabilecek kişiler (dZPO m. 29/2) aynıdır⁸¹. Nitekim kanun değişiklik tasarısının amacında bu durum açıkça ortaya koyulmuştur. Amaç şu şekilde ifade edilmektedir; “*Ekonomik olarak zayıf ve işlem tecrübesi olmayan kişiler, önemini anlamadan sözleşme imzalarlarken, çoğunlukla ifa yeri veya yetki sözleşmesi anlaşmaları da yapmaktadırlar. Bir anlaşmazlık durumunda, bu durum, davalı taraf için maddi hukuk açısından olayın başarı şansını etkilemese de, genellikle uzaktaki, ancak yetkili olarak kararlaştırılan mahkemede gıyap hükmüne yol açar. Federal Meclise sunulan tasarı ifa yeri hakkındaki anlaşmanın mahkemenin yetkisine yol açmaz. İstisnai olarak tacirler ve kamu hukuku tüzel kişileri yetki sözleşmesi yapabilirler*”⁸².

dZPO m. 29/2'deki sınırlama, ifa yeri belirlemesinin genel işlem koşulları içine konularak büyük ölçüde suiistimal edilmiş olması dolayısıyla getirilmiştir⁸³. Bu sınırlama, yetki sözleşmeleri için geçerli olan sınırlamadaki aynı amaca hizmet etmektedir. Gerçekten de tip sözleşmeler içinde yer alan genel işlem şartları ekonomik olarak zayıf ve deneyimsiz müşterinin hiç anlamadığı bireysel maddeler temelinde sonuçlandırılmaktadır. Bu nedenle,

⁷⁴ Aybay, s. 222; Schultzy, kn. 1; Patzina, kn. 1; Christian Heinrich, “ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts”, Hans Joachim Musielak/ Wolfgang Voit (Ed.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 19. Auflage, Franz Vahlen, 2022, kn. 1; Wern, kn. 1.

⁷⁵ Maddenin Almanca metni: “*Eine Vereinbarung über den Erfüllungsort begründet die Zuständigkeit nur, wenn die Vertragsparteien Kaufleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind*”.

⁷⁶ Schultzy, kn. 26; Heinrich, kn. 2, 38; Wern, kn. 1.

⁷⁷ Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 225 dn. 133.

⁷⁸ Baumfalk/ Gierl, s. 178; Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 95; Guido Toussaint, “ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts”, Volkert Vorwerk/ Christian Wolf (Ed.), *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, 46. Edition, C.H.Beck, 2022, kn. 33; Bendtsen, kn. 9; Schultzy, kn. 1, 27; Patzina, kn. 1, 21; Heinrich, kn. 2. Tacir ve kamu tüzel kişisi olma, ifa yerinin belirlendiği sözleşmenin yapılması anında mevcut olmalıdır. Dolayısıyla bu kişilerden olmanın daha sonra ortadan kalkmasının hiçbir önemi yoktur. Yine tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan bir kimsenin, sonradan bu gruba dâhil olması, yetki sözleşmesini geçerli kılmaz (Bendtsen, kn. 9; Patzina, kn. 100; Heinrich, kn. 39; Roth, kn. 40). İfa yeri konusunda dZPO m. 29/2'ye uygun olarak yapılmış anlaşma, külli ve cüzi halefleri bağlar (Heinrich, kn. 39;

Roth, kn. 40).

⁷⁹ Toussaint, kn. 33.

⁸⁰ Heinrich, kn. 2; Toussaint, kn. 33.1.

⁸¹ Bendtsen, kn. 9; Toussaint, kn. 33; Arens, Lüke, s. 95; Baumfalk/ Gierl, s. 178; Schultzy, kn. 1; Patzina, kn. 21; Heinrich, kn. 2, 39.

⁸² Medeni Usul Kanununu Değiştiren Kanun Tasarısı (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung), Drucksache 7/268, s. 1.

⁸³ Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 95; Heinrich, kn. 2. Bu değişiklikten önce de ifa yerinin tespitinin mahkemenin yetkisinin değiştirilmesi amacı ile konulduğu kanaatine varılması halinde bu hükmün geçersiz olacağı (*Erschleichung*) kabul edilmekte idi (Alangoya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 95).

ifa yeri konusundaki anlaşmaların önemi, bir sözleşmeyi imzalarken genellikle gelecekteki hukuki uyumsuzlukları düşünmediklerinden, hukuk bilgisi olmayan kişiler için örtülü kalır⁸⁴. Ekonomik olarak ve hukuki bilgi bakımından zayıf ve deneyimsiz kişiler, yerleşim yerlerinden uzaktaki mahkemelere gitmeye veya vekil tutmayı ekonomik olarak karşılayamadıkları için, yoklukları halinde uygulanan hükümlere tabi tutuldular. Genel işlem koşulların yargısal içerik denetimi, çoğunlukla maddi hukuki işlemin hükümlerini ilgilendirmektedir. Özellikle istinaf ve temyiz mahkemeleri, dZPO'ya göre, ilk derece mahkemesinin haksız olarak kabul edilen yer bakımından yetkisini inceleme fırsatına sahip değildir. Bu suiistimaller ancak yetki sözleşmesi yapabilme imkânlarının hukuki olarak kısıtlanmasıyla durdurulabilir⁸⁵.

dZPO m. 38/1'de getirilen sınırlama, dZPO m. 29/1 hükmü nedeniyle işlevsiz kalabilirdi. Zira yetki sözleşmeleri çoğunlukla asıl sözleşmenin içine eklenen bir yetki şartı şeklinde ortaya çıkmaktadır. İfa yerini belirleyerek yetkili mahkemeyi de belirleme yetkisine sahip olan kişiler dZPO m. 38/1'deki gibi bir sınırlamaya tabi olmazsa, taraflar dZPO m. 38 hükmünü dZPO m. 29 hükmü yardımıyla dolanabilirler ve dolaylı bir yetki sözleşmesi meydana getirmiş olurlardı⁸⁶. İşte bu yüzden, Gerichtsstand-Novelle ile hem dZPO m. 38 hem de dZPO m. 29/2 hükmü değiştirilerek yetki sözleşmesi yapma yasağına ilişkin kanuni düzenlemenin dolanılması önlenmek istenmiştir⁸⁷. Böylelikle, kanun koyucu dZPO m. 38'deki yetki sözleşmesi yapma yasağını korumak için, ifa yeri hakkındaki anlaşmalara yasak getirmiştir⁸⁸.

Tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar tarafından kararlaştırılan ifa yeri, maddi hukuk bakımından geçerliliğini korumaya devam eder, sadece kararlaştırılan ifa yerindeki mahkemeyi yetkili hale getirmez⁸⁹.

⁸⁴ Medeni Usul Kanununu Değiştiren Kanun Tasarısı (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung), Drucksache 7/268, s. 4; Üstündağ, *Medeni Yargılama*, s. 211.

⁸⁵ Medeni Usul Kanununu Değiştiren Kanun Tasarısı (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung), Drucksache 7/268, s. 4-5; Heinrich, kn. 2; Wern, kn. 2, 16.

⁸⁶ Toussaint, kn. 33; Roth, kn. 34.

⁸⁷ Arens/ Lüke, s. 95; Baumfalk/ Gierl, s. 178; Toussaint, kn. 33.1; Bendtsen, kn. 9; Schultzky, kn. 1; Heinrich, kn. 2, 38; Stefan Smid/ Sabine Hartmann, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Bernhard Wieczorek/ Rolf A. Schütze (Ed.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Cilt 1 Kısım 2*, 4. Auflage, Walter de Gruyter, 2015, kn. 2; Roth, kn. 34. OLG Nürnberg, 28.11.1984 - 9 U 3061/84 (NJW 1985, s. 1296). dZPO m. 29/2 hükmü, yetki sözleşmesi yapma yasağının tamamlayıcısıdır (Heinrich, kn. 2, 38).

⁸⁸ Roth, kn. 34.

⁸⁹ Bendtsen, kn. 9; Toussaint, kn. 33; Schultzky, kn. 30; Patzina, kn. 21; Heinrich, kn. 42.

2. dZPO m. 29/2 Düzenlemesine Getirilen Eleştiriler

Tarafların ifa yeri konusunda yaptıkları anlaşmadaki amaçları, usul hukuku bakımından yetkili mahkemeyi belirlemek değil de, tamamıyla maddi hukuk bakımından ifa yerini belirlemekse, o zaman dZPO m. 29/2 hükmünün yine de uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır⁹⁰. Bu tarz ifa yeri anlaşmalarına gerçek ifa yeri anlaşmaları (*tatsächliche Erfüllungsortvereinbarung*) denilmektedir⁹¹.

Bir görüşe göre bu durumda dZPO m. 29/2 hükmü dar yoruma tabi tutularak, bazı hallerde ifa yerindeki mahkemenin yetkili hale gelmesinin gerektiği ifade edilmektedir⁹². Tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan tarafların, kararlaştırdıkları ifa yerinde maddi hukuk açısından ifayı gerçekleştirme niyetleri yoksa, sadece dZPO m. 38'deki yasağı aşmak için soyut ifa yeri anlaşması (*isolierte/abstrakte Erfüllungsortvereinbarung*) yapmışlarsa, o zaman dZPO m. 29/2 hükmü uygulanmalı ve kararlaştırılmış olan ifa yeri yetkili mahkemeyi belirleyememelidir⁹³. Bunun aksine taraflar, kararlaştırdıkları ifa yerinde gerçekten maddi hukuk bakımından da ifayı yerine getirme niyetinde iseler, o zaman dZPO m. 29/2 hükmü dar yorumlanmalıdır ve kararlaştırılan ifa yeri, yetkili mahkemeyi belirleyebilmelidir⁹⁴. Bu görüşü savunanlar, değişikliğin teknik olarak olgunlaşmamış bir değişiklik olduğunu; BGB m. 269 hükmünün değiştirilmemiş olmasının tarafların iradesinin göz ardı edilmemesi gerektiğini ifade ettiği; kanun koyucu maddi hukuka bu denli kapsamlı bir müdahalede bulunmayı amaçlamış olsaydı BGB m. 269 hükmünü de değiştirmesi gerekeceğini ve değişiklik de yapmadığı için ifa yerini belirlerken BGB m. 269'a göre sözleşme taraflarının iradesinin önceliğini koruduğunu ifade etmektedir⁹⁵. Bu tarz bir değişikliğin dZPO m. 29/2'de değil de, dZPO m. 38'e "dZPO m. 38 hükümleri, başka düzenlemeler tarafından dolanırsa da geçerlidir" şeklinde 4.fıkra olarak eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, somut olayda ifa yerinin salt yetkili mahkemeyi belirlemek üzere yapılmış olması, dZPO m. 38'i dolanmanın başka bir yoludur. dZPO m. 29/2'nin uygulama kapsamı, dZPO m. 38'in doğru hukuki yorumunun ötesine

⁹⁰ Heinrich, kn. 2; Schultzky, kn. 26a; Smid/ Hartmann, kn. 34.

⁹¹ Schultzky, kn. 26a; Smid/ Hartmann, kn. 34.

⁹² Toussaint, kn. 33; Roth, kn. 33, 35.

⁹³ Roth, kn. 34, 35; Smid/ Hartmann, kn. 34.

⁹⁴ Roth, kn. 35.

⁹⁵ Roth, kn. 33.

geçmez, çünkü yalnızca yetkili mahkeme ile ilgili ifa yeri konusunda bir anlaşma, doğru yorumlanmış dZPO m. 38'in ihlalidir⁹⁶.

İleri sürülen diğer bir görüşe göre ise, etkisi azaltılmış ifa yeri anlaşmaları olarak ifade edilen bu tarz ifa yeri anlaşmaları, sadece maddi hukuk bakımından etki doğurmalıdırlar. Usul hukuku bakımından etkileri ise sadece dZPO m. 29/2'deki şartlar altında, dolayısıyla tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılmış ise doğmalıdır. Bu dZPO m. 29/2'nin lafzına ve koruma amacına uygundur⁹⁷. dZPO m. 29/2'deki sınırlama dolayısıyla tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılmayan ifa yeri anlaşmalarına, etkisi azaltılmış ifa yeri anlaşması (*wirkungsgeminderte Erfüllungsortvereinbarung*) denir⁹⁸. dZPO m. 29/2 genel olarak anlaşmalardan bahsetmektedir. Düzenleme, hukuki bilgisi olmayan ve tecrübesiz kişileri yetkili mahkeme dayatılmasından sınırsız bir şekilde korumayı amaçlamaktadır. Her somut olayda, karşılaştırılan ifa yerinin maddi hukuk bakımından da gerçekten istenip istenmediğini tespit edip ona göre karar vermek gerekseydi, bu durumu koruma amacıyla bağdaştırmak mümkün olmazdı⁹⁹.

Kanaatimizce ikinci görüş olan hukuk açısından isabetlidir. Zira dZPO m. 29/2'de hiçbir sınırlama, istisna öngörülmezsizin, ifa yerine ilişkin bir anlaşmanın, yalnızca sözleşme taraflarının tacir ve kamu hukuku tüzel kişileri olması durumunda mahkemenin yetkisini tesis edeceği açıkça düzenlenmiştir. Ancak olması gereken hukuk bakımından ise ilk görüşe katılmak gerekir. Bu görüşe katılma gerekçemizi sonuç kısmında belirttiğimiz için tekrara düşmemek için burada belirtmek gereği duymuyoruz.

SONUÇ

dZPO m. 38 ve 29'daki, gerek yetki sözleşmesi yapabilecek kişiler gerekse ifa yeri belirleyerek yetkili mahkemeyi belirleyebilecek olan kişilerin aynı kişiler olması, yetki sözleşmesi yapamayacak kişilerin, ifa yerini belirleyerek yetkili mahkemeyi de dolaylı olarak belirlemelerinin önüne geçmektedir. Uygulamada tarafların yetkili mahkemeyi belirlemek istedikleri haller büyük çoğunlukla sözleşmeden doğan borç ilişkileridir. Asıl sözleşmeye yetki şartı

koyamayacak kişilere, sözleşmeye ifa yeri şartı koyarak yetkili mahkemeyi belirleyebilme imkânı tanımak kanaatimizce onlara kanunu dolanma imkânı tanımaktır. Nitekim Alman kanun koyucusu Gerichtsstand-Novelle ile dZPO m. 38 hükmü değiştirilerek yetki sözleşmesi yapma yasağını getirmiştir. Yine Alman kanun koyucusu aynı kanunla dZPO m. 29/2 hükmü değiştirilerek ifa yerini karşılaştırarak yetkili mahkemeyi belirleyecek kişilere de sınırlama getirmiştir. Bu sayede dZPO m. 38 kanuni düzenlemesinin dolanılması önlenmek istenmiştir.

Türk kanun koyucusu ise, HMK m. 17 hükmüyle sadece tacirler veya kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapabilmesine izin verirken, HMK m. 10 hükmünde bir sınırlama getirmemiştir. HMK m. 17 hükmüyle yetki sözleşmesiyle yetkili mahkeme dayatamayacak olan tacirler veya kamu tüzel kişileri, HMK m. 10 hükmüyle ifa yerini tek taraflı olarak belirleyerek tüketicileri yetkili mahkeme dayatabileceklerdir. HMK m. 17'deki ekonomik, deneyim ve hukuki bilgi olarak yetersiz olanı koruma kanuni amacı, HMK m. 10'da da kendini gösterir. O yüzden HMK m. 10'un değiştirilmesi gerekecektir.

HMK m. 10'da, dZPO m. 29/2'deki gibi bir hüküm olmayışı tüketiciyi tamamen korumasız bırakmamaktadır. Tüketici genel işlem koşulları ile korunabilir. Aynı şekilde hakkın kötüye kullanılması kurumu da tüketiciyi korumaya elverişlidir. Ancak HMK m. 17 ile genel işlem koşullarının denetimine göre tüketiciye daha etkin bir konuma sağlanması, HMK m. 10'a eklenecek hükümle de sağlanmalıdır.

Alman medeni usul hukukunda dZPO m. 29/2 hükmünün maddi hukuka müdahalesinin fazla olduğu, tarafların karşılaştırdıkları ifa yerinde ifalarını yerine getirdikleri veya ciddi olarak yerine getirecekleri durumlarda, karşılaştırılan ifa yerinin de yetkili mahkemeyi belirlemesi gerektiği ifade edilmektedir. dZPO m. 29/2 hükmünün istisnai niteliği dolayısıyla bu yorum açık bir kanuni düzenleme olmadığı için uygulama bulamaz. Ancak kanaatimizce eleştirilerde haklılık payı vardır. Tarafların edimlerini ifa ettikleri veya ciddi olarak edecekleri karşılaştırdıkları ifa yerindeki mahkemenin yetkisinin kabul edilmemesi, sözleşmeden doğan davalarda yetki kuralının amacına aykırılık oluşturur. Zira bu yetki kuralının amacı, uyuşmazlık konusuna daha yakın mahkemenin uyuşmazlığı kolayca çözmesidir. Bu yetki kuralının usul ekonomisi ilkesiyle de yakından bağlantısı vardır. dZPO m. 29/2 hükmü dolayısıyla, bu imkân ortadan kalkmış olacaktır.

Son olarak, HMK m. 17'ye kişi bakımından getirilen sınırlama,

⁹⁶ Roth, kn. 35.

⁹⁷ Schultzky, kn. 26a; Heinrich, kn. 42; Wern, kn. 13, 17. BGHZ 195, 243 Tz 27; München NJW-RR 10, 139.

⁹⁸ Schultzky, kn. 26a; Heinrich, kn. 42; Wern, kn. 13, 17.

⁹⁹ Wern, kn. 13.

düzenlemedeki koruma amacı bakımından HMK m. 10'da da yer alır ve getirilmelidir. Ancak uyuşmazlık konusuna daha yakın mahkemenin uyuşmazlığı çözmesi imkânının ortadan kalkmaması için HMK m. 10'a 2.fıkra olarak şu cümlelerin eklenmesi kanaatimizce yerinde olacaktır: “İfa yeri hakkındaki anlaşma, sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılmış ise yetkili mahkemeyi belirler. Şu kadarki tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılmayan ifa yeri hakkındaki anlaşma, ancak taraflar edimlerini kararlaştırılan yerde yerine getirmişler veya getirecek iseler yetkili mahkemeyi belirler”.

KAYNAKÇA

- Akkan M, “Mahkemeler”, Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özkes/ Mine Akkan/ Hülya Taş-Korkmaz (Ed.), *Medeni Usul Hukuku, Cilt 1*, 15. Bası, On İki Levha, 2017.
- Alangoya Y, “Medeni Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı*, 5 (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi), 2006, s. 33-54.
- Alangoya Y/ Yıldırım M K/ Deren-Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta, 2011.
- Ansay S Ş, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi, 1957.
- Arens P/ Lüke W, *Zivilprozessrecht*, 10. Auflage, C.H.Beck, 2011.
- Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar-Ayvaz S/ Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin, 2021.
- Aşık İ, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 24 (97), 2011, s. 11-48.
- Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, *Medeni Usûl Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin, 2021.
- Atamer Y, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, 2. Bası, Beta, 2001.
- Aybay A, “Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 26 (1-4), 1961, s. 218-225.
- Baumfalk W/ Gierl W, *Zivilprozess*, 11. Auflage, Nomos, 2013.
- Bendtsen R, “ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts”, Ingo Saenger (Ed.), *Zivilprozessordnung*, 9. Auflage, Nomos, 2021.
- Berkin N N, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle, 1969.
- Bilge N/ Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Sevinç, 1978.
- Bilgeç H, “Yetki Sözleşmesinin Ticaret Hukuku Perspektifinden Değerlendirilmesi (Yetki Sözleşmesi Açısından Tacir Gibi Sorumlu Olanların Durumu ve Tacirlerin Hangi İşlemleri İçin Yetki Sözleşmesi Akdedebileceği)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (3), 2021, s. 39-68.

- Bolayır N, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, 85 (5), 2011, s. 131-147. (Hukuk Muhakemeleri).
- Bolayır N, *Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Beta, 2009. (Yetki Sözleşmeleri).
- Börü L, "Bonoya Dayalı Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte Yetki", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (1), 2016, s. 137-182.
- Budak A C, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi", *Medenî Usûl ve İcra – İflas Hukuku Dergisi*, 8 (21), 2012, s. 1-25.
- Budak A C/ Karaaslan V, *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet, 2019.
- Erbek-Odabaşı Ö, "Borç İlişkisinden Doğan Yan Yükümlerin Edim Yükümleriyle Karşılaştırılması", *İzmir Barosu Dergisi*, 85 (3), 2020, s. 61-155.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin, 2019.
- Erişir E, "Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcantez'e Armağan), 2014, s. 1141-1213.
- Ermenek İ, "Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (1-2), 2013, s. 563-630.
- Ersöz O, "Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı ve Tacirler Hakkında Uygulanması", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (1), 2017, s. 69-104.
- Girgin Ö A, "Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), 2019, s. 135-155.
- Gözler K, *Hukuka Giriş*, 18. Baskı, Ekin, 2021.
- Gültüter M C, *Medeni Yargılama Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Heinrich C, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Hans Joachim Musielak/ Wolfgang Voit (Ed.), *Zivilprozessordnung mit*

Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 19. Auflage, Franz Vahlen, 2022.

Kalpsüz T, *Ticari Satışlarda İfa Mahalli*, Ajans-Türk, 1960.

Karşlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif, 2012.

Koç E, *Usulî İşlemlerde İrade Sakatlıkları*, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I*, 6. Baskı, Demir, 2001.

Oğuzman K/ Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, 11. Bası, Vedat, 2013.

Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku*, Sevinç, 1979.

Özekes M, *Temel Hukuk Bilgisi*, 11. Bası, On İki Levha, 2021.

Patzina R, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Wolfgang Krüger/ Thomas Rauscher (Ed.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 6. Auflage, C.H.Beck, 2020.

Postacıoğlu İ E, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, Sulhi Garan, 1975.

Postacıoğlu İ E, Altay, Sümer, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat, 2015.

Roth H, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Rehinhard Bork/ Herbert Roth (Ed.), *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band I*, 23. Auflage, Mohr Siebeck, 2014.

Smid S/ Hartmann S, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Bernhard Wiczorek/ Rolf A. Schütze (Ed.), *Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Cilt 1 Kısım 2*, 4. Auflage, Walter de Gruyter, 2015.

Schultzky H, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Richard Zöllner (Ed.), *ZPO Zivilprozessordnung*, 34. Auflage, Ottoschmidt, 2022.

Sirmen L, "Genel İşlem Şartları Kavramı", *İzmir Barosu Dergisi*, 80 (3), 2015, s. 207-225.

Tanrıver S, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler", *Dokuz Eylül Üniversitesi*

Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 2014, s. 459-468. (Yetki Sözleşmeleri).

Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin, 2021. (*Medeni Usul*).

Taşpınar S, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Yetkin, 2001.

Toussaint G, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Vorwerk W/ Wolf C (Ed.), *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, 46. Edition, C.H.Beck, 2022.

Tüzemen Atik E, "Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı ve Bu Kaydın Tacir veya Kamu Tüzel Kişisi Olmayan Avalist ve Cirantalara Etkisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25 (2), 2021, s. 3-48.

Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin, 2011. (*Şerhi*)

Umar B, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 19 (67), 2006, s. 121-162. (Tasarısı'na Katkı)

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II*, 7. Baskı, Nesil, 2000. (*Medeni Yargılama*)

Üstündağ S, "Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 27 (1-4), 1961, s. 310-339. (Salahiyet Anlaşmaları)

Wern S, "ZPO § 29 Besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts", Hanns Prütting/ Markus Gehrlein (Ed.), *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 14. Auflage, Luchterhand, 2022.

Yüce A A, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği*, 4. Bası, Seçkin, 2022.

Yüce M B, "Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, s. 3191-3237.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574).

Medeni Usul Kanununu Değiştiren Kanun Tasarısı (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung), Drucksache 7/268.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

BAŞKASININ ARAZİSİNDE MUHDESAT MEYDANA GETİREN KİŞİNİN MUHDESAT BEDELİ TALEBİ

THE COMPENSATION CLAIM OF THE PERSON WHO COMPOSED
MUHDESAT (BUILDING OR PLANT) ON ANOTHER PERSON'S REAL
PROPERTY

Kemal ERDOĞAN*  

Özet

10.34246/ahbvuhfd.1198682 

Muhdesat, taşınmaz üzerinde sürekli kalmak amacıyla meydana getirilen yapı ve/veya bitkilerdir. Bu nedenle muhdesat, kapsamına dahil olduğu taşınmazın bütünüleyici parçasıdır. Muhdesat üzerindeki aynı haklar, taşınmazın bütünüleyici parçası hâline gelmekle son bulurlar. Taraflar arasında ortaya çıkan uyumsuzluklar, şayet muhdesatın meydana getirilmesi akdî bir ilişkiye dayanıyorsa bu hükümlere göre çözüme kavuşturulur. Buna karşılık, taraflar arasında akdî bir ilişkinin bulunmaması hâlinde, muhdesatın önceki sahibinin mülkiyet hakkını bütünüleyici parça ilkesi nedeniyle kaybetmesi, ortaya çözümlenmesi gereken hukukî problemler çıkarır. Bu ihtimalde muhdesatı meydana getiren kişi, muhdesatın kendisi tarafından meydana getirildiğinin tespit edilmesini veya kendisine muhdesat bedelinin ödenmesini talep edebilir. Yargıtay, muhdesat bedelinin talep edilebilmesi için, muhdesatın tespiti davasından farklı olarak, derdest bazı davaların bulunmasını şart olarak aramaktadır. Ancak Yargıtay'ın muhdesat bedelinin ödenmesini konu edinen çoğu kararında TMK m. 723 hükmü göz ardı edilerek, salt sebepsiz zenginleşme hükümleri dikkate alınmıştır. Ne var ki muhdesat, eşya hukuku bakımından haksız yapı/bitki niteliğindedir. Bu nedenle, TMK m. 723 ile sebepsiz zenginleşme kuralları arasındaki ilişkinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / KONYA e-posta: kemalerdogan007@gmail.com
ORCID: 0000-0001-8648-1623 DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1198682

* **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.



Anahtar Kelimeler: Muhdesat • Muhdesat Bedelinin Tahsili Davası • Bütünleyici Parça İlkesi • Haksız Yapı • Sebepsiz Zenginleşme.

Abstract

Muhdesat is the building and/or plants created on the immovable for the permanent purpose. For this reason, the muhdesat is an integral part of the immovable property to which it belongs. The rights in rem owned on the muhdesat shall cease when they become an integral part of the immovable property. Disputes arising between the parties, if the formation of muhdesat is based on a contractual relationship, shall be resolved in accordance with these provisions. On the other hand, in the absence of a contractual relationship between the parties, the previous owner's loss of the property right due to the principle of integral part creates legal problems that need to be resolved. In such a case, it is possible for the person who created the muhdesat to demand the determination that muhdesat have been created by him or her, or the payment of the muhdesat compensation. The Supreme Court of Appeals does not require the existence of certain pending lawsuits as a condition for claiming the compensation for the muhdesat, unlike the case for the determination of the muhdesat. However, in most of the decisions of The Supreme Court of Appeals regarding the collection of the compensation of the muhdesat, Article 723 of the TCC (Turkish Civil Code) is ignored and only the unjust enrichment provisions are taken into consideration. However, in terms of property law, the muhdesat is an unlawful building/plant. The fact remains that, the muhdesat is an unlawful structure/plant in terms of the law of property. Therefore, it is necessary to examine the relationship between Art. 723 of the TCC and the unjust enrichment rules.

Keywords: Muhdesat (Building Or Plant) • The Case For Collection Of The Compensation Of Muhdesat • The Principle Of Integral Part • Unlawful Building • Unjust Enrichment.

EXTENDED ABSTRACT

A building or plant made by a person on an immovable property belonging to another person based on a justified reason is called "a lawful building or plant". In this case, the rights and obligations of the parties are determined in accordance with the legal relationship between them or the provisions of the special laws.

On the other hand, it is quite common in practice to make a building or a plant on someone else's immovable property without a justified reason. In practice, the structures or plants that are created with the intention to remain permanently on an immovable property of another person are called as muhdesat.

The concept of muhdesat is used in the second paragraph of Article 19 of the Cadastral Law No. 3402. Different meanings have been attributed to the concept of muhdesat in judicial decisions, doctrine and practice. However, in our opinion, the muhdesat is briefly the buildings and/or plants created on an immovable property with

the intention to remain permanently. Accordingly, in order for a structure or plant to be characterised as a muhdesat, it must have the following elements 1) Being in the form of a building or plant; 2) Being created subsequently; 3) Being created with the intention to remain permanently; 4) Being created on a privately owned immovable; 5) The creation of the immovable by a person other than the owner.

In the Turkish Civil Code No. 4721 (Art. 718 TCC), it is accepted that the muhdesat (buildings and/or plants) is included within the material scope of the immovable property; in other words, it is considered as an integral part of the immovable property. However, if certain conditions are fulfilled, it is possible for the person who has created a muhdesat on someone else's land to make some legal claims. These are as follows: "during the cadastral determination, demanding registration in the declarations section of the land registry that the muhdesat was created by him/her (Art. 19/II CL)", "filing a lawsuit to demand the determination that the muhdesat was created by him/her" and "demanding the cost of the muhdesat from the immovable property owner". The subject of this study is the demand for muhdesat cost, which is one of these possibilities.

As mentioned above, the person who creates a muhdesat on someone else's immovable property cannot acquire the right of ownership over it. However, it is possible for this person, whose assets are adversely affected by the creation of the muhdesat, to demand the cost of the muhdesat from the owner of the immovable.

Different views are put forward in the doctrine regarding the legal basis of this right. The first view put forward regarding the legal basis of the claim for muhdesat cost is that the provisions on the protection of possession shall be applied. According to the second view, the provisions on unfair construction shall be applied in terms of the claim for the muhdesat cost. According to the third view, it is possible to directly apply the unjust enrichment provisions. According to the fourth view, the unjust enrichment provisions may also be applicable secondarily (primarily the unfair construction provisions).

In our opinion, the fact that Art. 723 TCC does not include a phrase similar to Art. 776/III TCC is only a result of the legislator's forgetfulness/negligence. Therefore, the gap in Art. 723 TCC should be filled by making use of Art. 700/III TCC by analogy. Consequently, the provisions on unjust enrichment shall be applied by analogy in terms of the claim for the collection of the muhdesat cost.

This lawsuit shall be filed by the person who created the muhdesat or his heirs. The defendant in this lawsuit is the person who is the owner of the immovable property while muhdesat is being created or his/her complete successors. The person who created the muhdesat cannot make such a claim from the third party who bought the immovable. The lawsuit for the collection of the muhdesat cost must be filed at the civil court of first instance in the place of residence of the defendant on the date of filing the lawsuit.

In case of acceptance of the lawsuit for the collection of the muhdesat cost, it is ruled that the landowner pays a price to the person who created the muhdesat. In order for the judge to decide on the payment of muhdesat cost, it shall be claimed before the court. Article 723/III of the TCC regulates the amount of the compensation to be paid. In our opinion, both Art. 723 of the TCC and Art. 79-80 of the TCO shall be taken into consideration in cases for the collection of the muhdesat cost.

GİRİŞ

Bir kişinin haklı bir sebebe dayanarak başkasına ait taşınmaz üzerinde yaptığı yapı veya diktiği bitki, hukuka uygun yapı/bitki olarak nitelendirilir. Bu durumda tarafların hak ve yükümlülükleri, aralarındaki hukukî ilişkiye veya özel kanun hükümlerine göre tespit edilir. Buna karşılık, başkasına ait taşınmaz üzerinde haklı bir sebebe dayanılmaksızın yapı yapılması veya bitki dikilmesi, uygulamada oldukça sık rastlanılan bir durumdur. Bu durumun başlıca sebepleri, tapu kayıtlarının gerçek hak durumunu yansıtmaması, haricî satışların çok fazla yapılması ve şehirlere doğru yaşanan yoğun göç dalgalarının neden olduğu sosyal ihtiyaçlardır¹. Başkasının taşınmazı üzerinde sürekli kalmak kastıyla meydana getirilen yapı veya dikilen bitkilere uygulamada muhdesat denilmektedir. Muhdesat kavramı, mevzuatta kullanılmasına karşın tanımına yer verilmemiştir. Bu nedenle, konunun incelenmesi bakımından öncelikle muhdesat kavramı ile muhdesatın unsurları ve hukukî niteliğine değinmek gerekmektedir.

Başkasının arazisinde muhdesat meydana getiren kişinin bazı hukukî taleplerde bulunması mümkündür. Bunlar, “kadaströ tespiti sırasında, tapu kütüğünün beyanlar hanesine muhdesatın kendisi tarafından meydana getirildiğinin kaydedilmesini talep etme (KK m. 19/II)²”, “muhdesatın kendisi tarafından meydana getirildiğinin tespit edilmesine yönelik muhdesatın tespiti davası açma” ve “taşınmaz malikinden muhdesat bedelini talep etme” şeklindedir. Çalışmanın konusu, bu imkânlardan birisi olan muhdesat bedeli talebidir. Zira muhdesatı meydana getiren kişinin temel hedefi, meydana ge-

tirdiği ancak malik olamadığı muhdesatın en azından bedelini elde etmektedir. Özellikle bu talebinin hukukî dayanağı konusunda öğretide farklı görüşlerin ileri sürülmesi ve Yargıtay uygulamasında TMK m. 723 hükmünün göz ardı edilerek salt sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılması konu üzerinde çalışılmasını gerektirmiştir. Bu bağlamda, muhdesat bedeli talebinin hukukî niteliği ve yasal dayanağı izah edildikten sonra, muhdesat bedelinin tahsili davası incelenmiştir.

I. MUHDESAT KAVRAMI, MUHDESATIN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Muhdesat Kavramı

Muhdesat kavramı Arapça kökenli³ bir kelimedir. TDK Güncel Türkçe Sözlüğü’nde kelimenin tekil hâli olan “muhdes” sözcüğü, “yeni kurulan, sonradan oluşturulan” ve “yapının özgün biçimlerine uygun olmayan sonradan yapılmış bölümler” şeklinde tanımlanmıştır⁴. Kelime anlamı itibarıyla sonradan oluşturulmuş, meydana getirilmiş (ihdas edilmiş) şeyler anlamına gelen muhdesat kelimesinin hukukî açıdan anlamını ortaya koymak gerekmektedir.

Her ne kadar Türk Medenî Kanunu’nda muhdesat kavramına yer verilmiş olsa da bazı özel kanunlarda bu kavramın kullanıldığını görmek mümkündür. Öncelikle ifade edilmelidir ki, muhdesat kavramı 3402 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 766 sayılı Tapulama Kanunu’nun⁵ “Muhdesat” başlıklı 40’inci maddesiyle⁶ mevzuatımıza girmiştir⁷. 3402 sayılı Kadastro Kanunu’nun 19’uncu maddesinin ikinci fıkrası da bu maddeye büyük ölçüde benzer şekilde kaleme alınmıştır⁸. Bu hükümlerde muhdesat kavramının tanı-

³ “Muhdesat” kelimesi, “muhdes” kelimesinin çoğul hâlidir. “Muhdes” kelimesi ise, “sonradan meydana gelmek” anlamına gelen “hudûs” kelimesinden türetilmiştir. Bu bağlamda, “bir şeyi sonradan meydana getiren kişiye”, “muhdis”; “sonradan meydana gelen şeye” ise, “muhdes” denilmektedir.

⁴ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 11 Ekim 2022.

⁵ RG. 12.7.1966, S. 12346.

⁶ Söz konusu hüküm şu şekildedir: “Gayrimenkul üzerinde arzun malikinden başkasına ait muhdesat mevcut ise, muhdesatın cinsi ve ihdas tarihi tutanağın iktisap sebebi sütumunda izah edilmek suretiyle muhtesatın sahibi tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir”.

⁷ Mustafa Gürsel, 2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, Açıklamalı – Uygulamalı, Bilim Matbaası, 1978, s. 244.

⁸ Mehmet Kaşıkçı, Uygulamada Kadastro Kanunu, Fatih Gençlik Vakfı Matbaası, 1988, s. 506. KK m. 19/II hükmü şu şekildedir: “Taşınmaz mal üzerinde malikinden başka bir kimseye veya

¹ Jale Akipek/ Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2018, s. 526; Yusuf Büyükkay, “Kendi Malzemesi ile Başkasının Arazisi Üzerine Yapılan Haksız İnşaata İlişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./ 8506 K. No’lu Kararı Üzerine”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan, 10(3-4), 2006, s. 424-425.

² 3402 sayılı Kadastro Kanunu, RG. 9.7.1987, S. 19512.

mına yer verilmemiş olsa da ilgili maddelerin gerekçelerinde⁹ muhdesat kavramını “geçici olmayan (muvakkat olmayan) bina ve ağaç gibi şeylerdir” şeklinde tanımlanmıştır. Tapulama ve Kadastro Paftalarını Yenileme Yönetmeliği’nin¹⁰ 4’üncü maddesinde ise, muhdesatın “arsa ve arazi üzerinde malikinden başka bir kimse veya paydaşlardan birisi tarafından yapılan yapı, tesis veya dikilen şeyleri” ifade ettiği öngörülmüştür.

Yargı kararlarında da muhdesat kavramının çeşitli şekillerde tanımlandığını görmek mümkündür. Muhdesat kavramı, Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda¹¹ “dava konusu taşınmaz üzerinde bina, ağaç v.s. gibi bütünleyici parçalar (muhdesat)”; diğer bir kararda ise¹², “taşınmaz üzerinde malikinden başka bir kişiye veya paydaşlardan birine ait olan yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe gibi dikilen şeyler” şeklinde tanımlanmıştır.

Muhdesat kavramına, öğretici ve uygulama tarafından da çeşitli anlamlar yüklenmiştir. Bazı yazarlar¹³, kim tarafından meydana getirilmiş olması ge-

paydaşlarından birine ait muhdesat mevcut ise bunun sahibi, cinsi, ihdas tarihi ve iktisap sebebi belirtilerek tutanağın ve kütüğün beyanlar hanesinde gösterilir”.

⁹ Bkz. Nurettin Çağlar/ N. Füsün Yılmaz, 3402 Sayılı Kadastro Yasası ve Uygulaması, Ekspres Gazetecilik ve Matbaacılık, 1988, s. 501; Orhan Tüzün/ Bekir Ekinci, Gerekeçeli – Açıklamalı – En Yeni İçtihatlarla Tapulama Kanunu, Gürsoy Basımevi, 1967, s. 123; Burcu Yağcıoğlu, “Türk Medeni Kanunu m. 722 vd. ile Kadastro Kanunu m. 19/II Hükümleri Çerçevesinde Muhdesat Kavramı ve Muhdesatı Oluşturan Kişinin Hukuki Talepleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8(15), 2020, <https://dergipark.org.tr/pub/mdergi/issue/55178/757614>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 426.

¹⁰ RG. 21.03.1995, S. 22234.

¹¹ Y.14.HD. T.7.10.2020, E.2016/18392 K.2020/5914 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y.14.HD. T.23.3.2015, E.2015/3357 K.2015/3139 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

¹² YİBK. T.22.12.1995, E.1994/1 K.1995/3 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

¹³ Gerçekten muhdesat kavramı, Hatemi/ Serozan/ Arpacı tarafından, “bir toprak parçası üzerindeki yapı ve dikilen şeyler” (bkz. Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir, Arpacı, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 1991, s. 619); Akipek/ Akıntürk/ Ateş tarafından, “kadastro tespiti yapılan taşınmaz üzerinde MK.m.724, 729 hükümlerine göre yapılmış inşaat, dikilmiş ağaç, yetiştirilmiş bağ ve bahçe gibi şeyler” (bkz. Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 264, dn. 19); Akçaal tarafından, “sürekli kalmak amacıyla arazi üzerinde inşa edilen yapıları ve dikilen bitkileri ifade ettiği...” (bkz. Mehmet Akçaal, “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 12(51), 2022, <https://dergipark.org.tr/pub/taad/issue/71085/1139352>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 79); Algan/ Türkay tarafından, “arz üzerinde geçici olmayan bina ve ağaç gibi şeylerdir” (Bkz. M. Reşit Algan/ Yaşar Türkay, Yeni Hükümleri ile 766 Sayılı Tapulama Kanunu ve Uygulaması, Özaydın Matbaacılık, 1966, s. 229); Çağlar/ Yılmaz tarafından “zemin üzerindeki sabit, zemine bağlı, bina, ağaç, tesis vb. şeylerdir” (bkz. Çağlar/ Yılmaz, s. 515); Gürsel tarafından “bir taşınmaz üzerinde geçici (muvakkat) olmayarak meydana getirilmiş bina – tesis ve ağaçlardır” (bkz. Gürsel, Mustafa, s. 244); Kurşun tarafından, “taşınmaz üzerinde sürekli kalacak şekilde inşa edilmiş

rektiğine değinmeyerek, muhdesatın “taşınmaz üzerinde olma”, “geçici olmama” ve “yapı veya bitki olma” şeklindeki üç unsuruna temas etmeyi yeterli bulmaktadır. Bazı yazarlar ise¹⁴, yukarıda sayılan unsurlara ek olarak, “muhdesatın taşınmaz maliki dışında bir kişi tarafından meydana getirilmesini” de şart olarak aramaktadır. Bir görüş ise¹⁵, taşınmazın tapulu ve tapusuz olmasına göre bir ayırım yapmış ve muhdesat kavramını taşınmaz tapulu ise, “tapudan sonra oluşturulan bina, ağaç veya benzeri şeyler”; buna karşılık, taşınmaz tapulu değilse, “zilyedinden başka kişiler tarafından meydana getirilen dikilen şeyler” şeklinde tanımlamıştır. Diğer bazı yazarlar ise¹⁶, KK m. 19/II hükmündeki düzenlemeye paralel şekilde “tespiti yapılan taşınmaz üzerinde malikten başka bir kimseye veya paydaşlardan birine ait olan yapı ve tesisler ile bağ ve bahçe gibi dikilen şeylerin” muhdesat olarak isimlendirileceği ifade etmektedir. Kanaatimizce, muhdesat kısaca taşınmaz üzerinde sürekli kalmak maksadıyla meydana getirilen yapı ve/veya bitkilerdir.

B. Muhdesatın Unsurları

Kanun koyucu muhdesat sözcüğünü kullanmışsa da bu kavram ile neyi anlatmak istediğini açıklamamıştır. Hâl böyle olunca bir arazi üzerinde malikinden başka birisi tarafından meydana getirilen yapı veya dikilen bitkilerin hangi unsurları taşınması durumunda muhdesat olarak nitelendirileceği, kanun koyucunun amacına göre tespit edilmelidir¹⁷. Bir faaliyet neticesinde meydana getirilen yeniliğin muhdesat olarak nitelendirip nitelendirilemeyeceği

yapı ve dikilmiş bitki” (bkz. Ali Suphi Kurşun, *El Atmanın Önlenmesi Davası*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 27, dn. 86); Yardım tarafından “arazi üzerinde dikilen veya inşa edilen şeyler” (bkz. Orhan Yardım, 3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi, Alfa Basım Yayım, 1996, s. 272) şeklinde bir tanım yapmıştır.

¹⁴ Nitekim Ozanalp muhdesat kavramını, “bir kimsenin arsa ya da arazisi üzerinde bir başka kimsenin ağaç dikmesi bina yapması özetle, MK. nun 650 nci m. hükmünün uygulanmasına imkan veren bir şey oluşturması” (bkz. A. Nusret Ozanalp, *Tapulama Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ünal Matbaası, 1976, s. 578) şeklinde tanımlamaktadır.

¹⁵ Mehmet Kaşıkçı, *Uygulamada Tapulama Kanunu, Açıklamalar – Örnekler ve İçtihatlar*, Kazancı Matbaacılık, 1984, s. 163; Kaşıkçı, *Kadastro*, s. 507.

¹⁶ Fatih Karamercan, “Arsa Üzerinde Başkasına Ait Taşınmaz (Muhdesat)”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(6), 2013, <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd201306.pdf>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 250; İhsan Özmen/ Halim Çorbalı, 3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi, Feryal Matbaacılık, 1988, s. 672; benzer şekilde bkz. Mehmet Helvacı (Hüseyin Ülgen/ Arslan Kaya/ N. Füsün Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 221.

¹⁷ Ozanalp, s. 579.

bakımından amaca göre yorum yapmak gerekmektedir¹⁸. Buna göre, bir şeyin muhdesat olarak değerlendirilebilmesi için gereken şartlar şu şekilde sıralanabilir:

1. Yapı veya Bitki Biçiminde Olma

Muhdesat olarak nitelendirilebilecek şeyler, yapı veya bitkidir. Buna karşılık, kaynağın muhdesat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira kaynak, taşınmazın özünde mevcut olup, sonradan meydana getirilmemektedir. Diğer bir ifadeyle, kaynak zaten taşınmazın içerisinde mevcut olup, sonradan taşınmazın kapsamına dahil edilmemektedir. Ancak kaynaktan çıkan suların biriktirilmesi veya taşınması amacıyla yapılan havuz, arık, ark gibi yapılar muhdesat olarak değerlendirilebilir.

2. Sonradan Meydana Getirilme

Muhdesatın ortaya çıkabilmesi için, kelimenin taşıdığı anlamın da işaret ettiği üzere, sonradan meydana getirme işinin yapılmış olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, ancak sonradan meydana getirme işinin yapılması neticesinde ortaya çıkan şey muhdesat olarak nitelendirilebilir. Muhdesat taşınmaz üzerinde sonradan meydana getirilen her şeydir. Bu bakımdan taşınmaz üzerinde bulunan bina, ağaç, bağ çubukları gibi şeyler muhdesat niteliğindedir¹⁹. Bunun için, yapının taşınmazın üstünde yapılması da şart değildir. Taşınmazın altında meydana getirilen yapılar da muhdesat olarak nitelendirilmeye elverişlidir²⁰.

Sonradan meydana getirilme unsurunun iki yönü bulunmaktadır. *Birincisi*, taşınmazın aslında bulunan ve sonradan meydana getirilmeyen taş, kaynak

vb. şeyler muhdesat olarak nitelendirilemezler. *İkinci olarak*, zaten önceden meydana getirilmiş olan şeyler üzerinde tali nitelikte değişiklikler yapılması, yeni bir muhdesatın ortaya çıkmasını sağlamaz. Meselâ, önceden mevcut olan binaya kapı ve pencere takılması, yeni bölümler ilave edilmesi, muhdesatın yarım kalan yapım işinin tamamlanması, bakım ve onarımlarının yapılması²¹, mevcut ağaçların (deliceliğin) aşılması gibi hâllerde muhdesat ortaya çıkmamaktadır²². Buna karşılık, önceden meydana getirilmiş olan yapının üzerinde tali nitelikte olmayan eklentiler veya tadilatlar yapılması durumunda sonradan meydana getirilmiş bir yapı söz konusu olmaktadır. Diğer bir deyişle, bir yapının muhdesat olarak değerlendirilebilmesi için, mutlaka bağımsız bir varlığa sahip olması şart değildir²³.

3. Sürekli Kalmak Maksadıyla Meydana Getirilme

Taşınmazın üzerinde ve/veya altında meydana getirilen şeyin muhdesat olarak kabul edilebilmesi için, toprakla sıkı bir bağlantı içerisinde olması ve sürekli kalmak maksadıyla meydana getirilmesi şarttır. Diğer bir deyişle, yapının meydana getirilmesinde veya bitkinin dikilmesinde, bunların az çok sürekli ve temelli olarak taşınmaz üzerinde kalması amaçlanmalıdır²⁴. O hâlde, muhdesatın toprağa sabitliği bakımından sadece objektif kriterlere göre değil, onu meydana getirenin subjektif amacına göre de bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu amaç tespit edilirken salt muhdesatı meydana getirenin

¹⁸ Y.14.HD. T.23.3.2015, E.2015/3357 K.2015/3139, “Dava konusu 124 ada 1 parselde ortak muristen intikal eden ahşap samanlığın çatısının davacı tarafından yapıldığı bildirilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, taşınmaz üzerinde daha önce mevcut bir muhdesata yeni bölümler ilave edilmesi, muhdesatın tamamlanması veya mevcut muhdesatın bakım ve onarımının yaptırılması bağımsız bir muhdesat meydana getirme niteliğinde olmayıp mevcut muhdesatın daha kullanılır hale gelmesini, iyileştirilmesini, başka deyişle muhdesattan sağlanacak faydanın artmasını sağlayan işlerdir. Bu işler için harcanan giderler de muhdesatın değerini artıran faydalı ve zorunlu giderlerdir. İyileştirici nitelikteki bu giderleri tek başına karşılayan paydaş koşullarının varlığı halinde bu giderlerden paylarına düşen kısmını sebepsiz zenginleşme kurallarına göre isteyebileceğinden çatının muhdesat olarak kabulü doğru değildir” (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

¹⁹ Bkz. Kaşıkçı, *Tapulama*, s. 163; Kaşıkçı, *Kadastro*, s. 507.

²⁰ Bkz. Robert Haab/ August Simonius/ Werner Scherrer/ Dieter Zobl, *Zürcher Kommentar, Band/Nr. IV/1, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 1977, Art. 667, N. 14; Jörg Schmid/ Bettina Hürimann-Kaup, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Schulthess Verlag, 2017, N. 889; Stephaine Hrubesch-Millauer/ Barbara Graham-Siegenthaler/ Vito Roberto, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017, N. 06.37, 06.41; Galip Sermet Akman, *Taşkın İnşaat, Fakülteler Matbaası*, 1982, s. 25; Nuşin Ayiter, *Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1977, s. 120-121; Yardım, s. 272; Nurettin Gürsel, *Gayrimenkul Mülkiyetine Tecavüz Ederek Kendi Levazımile Başkasının Arsasına veya Başkasının Levazımile Kendi Arsasına İnşaat Yapmak ve Komşu Arsasına Tecavüz Eden İnşaat*, İstiklâl Matbaacılık, 1953, s. 38; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 16. Baskı, Barış Yayınları, 2021, N. 1623; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020, N. 1757, dn. 879; Turhan Esener/ Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2015, s. 251; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 459; Yağcıoğlu, s. 433-434.

²¹ Y.14.HD. T.23.3.2015, E.2015/3357 K.2015/3139, “Dava konusu 124 ada 1 parselde ortak muristen intikal eden ahşap samanlığın çatısının davacı tarafından yapıldığı bildirilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, taşınmaz üzerinde daha önce mevcut bir muhdesata yeni bölümler ilave edilmesi, muhdesatın tamamlanması veya mevcut muhdesatın bakım ve onarımının yaptırılması bağımsız bir muhdesat meydana getirme niteliğinde olmayıp mevcut muhdesatın daha kullanılır hale gelmesini, iyileştirilmesini, başka deyişle muhdesattan sağlanacak faydanın artmasını sağlayan işlerdir. Bu işler için harcanan giderler de muhdesatın değerini artıran faydalı ve zorunlu giderlerdir. İyileştirici nitelikteki bu giderleri tek başına karşılayan paydaş koşullarının varlığı halinde bu giderlerden paylarına düşen kısmını sebepsiz zenginleşme kurallarına göre isteyebileceğinden çatının muhdesat olarak kabulü doğru değildir” (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

²² Yağcıoğlu, s. 434; Kaşıkçı, *Tapulama*, s. 164; Kaşıkçı, *Kadastro*, s. 507.

²³ Aytekin M. Ataay, *Kendi Malzemesiyle Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat*, Baha Matbaası, 1959, s. 28; Emrehan İnal, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 70(1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/pub/iuhfm/issue/9186/115108>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 247; Yağcıoğlu, s. 435; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1757, dn. 879; Akçaal, *Eşya*, s. 459; Akçaal, *Muhdesat*, s. 79.

²⁴ Yağcıoğlu, s. 433; İnal, s. 250; Esener/ Güven, s. 251; Akçaal, *Eşya*, s. 459; Akçaal, *Muhdesat*, s. 80.

ifadeleri ile yetinilmemeli, bunun yanında onun sübjektif maksadını gösteren dış olgu ve olaylara dayalı olarak bir çıkarım yapılmalıdır. Özellikle yapı ve bitkinin arazi ile arasındaki bağıllık derecesi²⁵, kullanılan malzeme veya bitkinin çeşidi, yapının ne amaçla kullanılacağı gibi kriterler bu çıkarım yapılırken göz önünde tutulmalıdır²⁶.

Buna karşılık, geçici olarak yapılan ve her zaman zarar vermeksizin sökülüp alınabilen şeylerin (taşınır yapı ve taşınır bitkinin), muhdesat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²⁷. Meselâ, ağıl, çardak, hayma, tütün salacı, kulübe, baraka, sera, çiçeklik, fidelik gibi tesisler geçici nitelik taşıdığından muhdesat olarak değerlendirilmemektedir²⁸.

4. Özel Mülkiyete Tâbi Olan Bir Taşınmaz Üzerinde Meydana Getirilme

Bir şeyin muhdesat olarak değerlendirilebilmesi için bir diğer şart, üzerinde bulunduğu taşınmazın özel mülkiyete tâbi olmasıdır. Diğer bir deyişle, mera, yaylak, kumluk gibi kamu malları üzerinde bulunan şeyler bakımın-

²⁵Toprağa sabit olarak nitelendirilebilmesi için, dikilen bitkinin taşınmaza sıkı biçimde, yani derin köklerle, bağlı olması ve taşınmazda sürekli kalmak amacıyla dikilmiş olması gerekmektedir. Meselâ, saksıda veya tabletlerde yetiştirilen fidanlar ya da başkasının taşınmazında ziraat eğitimi için geçici amaçla dikilen ağaçlar, taşınır bitki hükümlerine tâbi olurlar. Bkz. Haab/ Simonius/ Scherrer/ Zobl, in: ZK ZGB, Art. 678, N. 1; Selâhattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Halûk Burcuoğlu/ Atillâ Altop, *Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili, Mülkiyet*, Filiz Kitabevi, 1989, s. 849-850; Ozanalp, s. 580; Yağcıoğlu, s. 435.

²⁶A. Lâle Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2021, s. 419-420; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 520; Esener/ Güven, s. 251; İnal, s. 250, dn. 19; Akçaal, *Muhdesat*, s. 80.

²⁷Yağcıoğlu, s. 426, 433; Akçaal, *Eşya*, s. 479-480; Akçaal, *Muhdesat*, s. 80; Algan/ Türkay, s. 229; ayrıca bkz. Heinz Rey/ Lorenz Strebel, in: Thomas Geiser/ Wolf Stephan (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, Art. 678, N. 4; Haab/ Simonius/ Scherrer/ Zobl, in: ZK ZGB, Art. 678, N. 1; Dominik Schmid/ Caroline von Greffenried, in: Kren Kostkiewicz, Jolanta / Wolf, Stephan/ Amstutz, Marc/ Frankhauser, Roland (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2021, Art. 678, N. 3; Schmid/ Hürlimann-Kaup, N. 889-890; Arthur Meier-Hayoz, *Berner Kommentar, Band IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 2. Teilband, Das Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB*, Stämpfli Verlag, 1974, Art. 678, N. 4; Ulrich Zelger, in: Andrea Büchler/ Dominique Jakob (Hrsg.), *Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, Art. 678, N. 3; Mustafa Dural, *Eşya Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, 1981, s. 94; Şakir Berki, *Aynî Haklar*, Yargıçoğlu Matbaası, 1965, s. 41; Ayiter, s. 121; Sirmen, s. 419, 442; Ataay, s. 22; Aydın Aybay/ Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2014, § 28, N. 6; Ertaş, N. 1623; Esener/ Güven, s. 251; Gürsel, *Nurettin*, s. 38.

²⁸Benzer örnekler için bkz. Yağcıoğlu, s. 434; Algan/ Türkay, s. 229; Yardım, s. 272; Ertaş, N. 1623.

dan muhdesata ilişkin hükümler uygulanamaz²⁹. Kamu mallarının tapuya tescil edilmiş olması da bu sonucu değiştirmemektedir. Meselâ, Kadastro Kanunu'nun 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi kapsamında (belediye, karakol, okul binası gibi) bir hizmet malı tapuya tescil edilmiş olsa bile, KK m. 19/II hükmünün uygulanması mümkün değildir.

5. Taşınmazın Maliki Dışında Bir Kişi Tarafından Meydana Getirilme

Taşınmaza sadece bir kişi malikse ve bu taşınmaz üzerindeki muhdesat malik tarafından meydana getirilmişse, Kadastro Kanunu m. 19/II (mülga TK m. 40) hükmünün uygulama alanı bulmayacağı açıktır. Diğer bir deyişle, muhdesat haksız yapı ve/veya bitki şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁰. Bu nedenle, hukuka uygun yapı ve/veya bitkilerin muhdesat olarak nitelendirilmesine gerek yoktur.

Buna karşılık, taşınmaza birden fazla kişinin malik olması hâli ayrıca ele alınmalıdır. Mülga 766 sayılı TK m. 40 hükmünde “*arzun malikinden başkasına ait muhdesat mevcut ise*” ibaresi kullanılmış; ancak paylı mülkiyette paydaşlardan veya elbirliği mülkiyetinde ortaklardan birisi tarafından meydana getirilen muhdesatın hükmün uygulama alanına girip girmediğine değinilmemişti. Ne var ki, Yargıtay “*muhdesatı oluşturan ortak paydaş, diğer paydaşa nazaran başka kişi sayılır*” şeklinde içtihadta bulunmuştu³¹. Kanun koyucu Yargıtay'ın bu içtihadına uygun olarak Kadastro Kanunu m. 19/II hükmünde, “*malikinden başka bir kimseye veya paydaşlarından birine ait muhdesat*” ibaresini kullanarak, paylı mülkiyette paydaşlardan birisi tarafından meydana getirilen muhdesatın tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilebileceğini hüküm altına almıştır³². Taşınmaz üzerinde elbirliği mülkiyetinin bulunması durumunda ise, Kadastro Kanunu m. 19/II hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Buna karşılık, öğretide³³ haksız yapıya ilişkin hükümlerin uygulanması

²⁹Kaşıkçı, *Tapulama*, s. 163, 164; Kaşıkçı, *Kadastro*, s. 507-508; Ozanalp, s. 581; Yardım, s. 272; krş. Yağcıoğlu, s. 436-437; Akçaal, *Muhdesat*, s. 82; haksız yapı hükümlerinin kamu mülkiyetine konu olan taşınmazlar bakımından uygulanmayacağı hakkında bkz. Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 343; Sirmen, s. 427; Akçaal, *Eşya*, s. 459-460; Vehbi Umut Erkan, *Türk Medeni Kanunu'nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi (TMK m. 722-723-724)*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 68-70.

³⁰Akçaal, *Muhdesat*, s. 82.

³¹Y.7.HD. T.15.5.1971, E.1971/3203 K.1971/3438 (Özmen/ Çorbalı, s. 672).

³²Ozanalp, s. 581; Özmen/ Çorbalı, s. 672-673.

³³Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 813; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N.

bakımından muhdesatı meydana getiren kişinin arsada müşterek veya iştirak halinde malik olması arasında herhangi bir farklılığın olmadığı ifade edilmektedir. Zira bu durumda her malikin arsa üzerinde tek başına muhdesat meydana getirme hakkı bulunmamaktadır. Her ne kadar öğretide aksini savunanlar olsa da³⁴, *kanaatimizce* bir şeyin muhdesat olarak nitelendirilebilmesi için, taşınmazın malikinden başkası veya bu konuda yetkisi olmayan müşterek veya iştirak hâlinde maliklerden birisi tarafından meydana getirilmesi zorunlu bir unsur olarak aranmalıdır³⁵.

C. Muhdesatın Hukukî Niteliği

Gerek 743 sayılı mülga Medenî Kanun'da (eMK m. 619, 644, 648 ve 655) gerek 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda (TMK m. 718) muhdesatın (yapılar ve bitkilerin) taşınmaz mülkiyetinin madde itibarıyla kapsamına dahil olduğu, diğer bir deyişle taşınmazın bütünleyici parçası niteliğinde olduğu kabul edilmiştir³⁶. Bu nedenle, taşınmazın bir kişiye, üzerindeki yapıların

1757, dn. 880; İnal, s. 255; Büyükkay, s. 423; Akçaal, *Muhdesat*, s. 82; Belge, s. 87. Aksi görüşe göre, KK m. 19/II hükmünde sadece paydaşlarından ibaresine yer verilmesi nedeniyle, elbirliği mülkiyetinin geçerli olduğu hâllerde ortaklardan birisi tarafından meydana getirilen yapı ve/veya bitki muhdesat olarak nitelendirilemez. Zira bu durumda, taşınmazın elbirliği ile malik olan tüm ortaklar, taşınmazın tümüne belirli bir payları olmaksızın birlikte malikler ve onların diğer ortaklara nazaran başka birisi sayılması mümkün değildir. Bkz. Kaşıkçı, *Tapulama*, s. 163; Kaşıkçı, *Kadastro*, s. 507; Ozanalp, s. 581; Özmen/ Çorbalı, s. 673; Yardım, s. 273.

³⁴Ethem Sabâ Özmen/ Mehmet Şengül, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 31. *Bilgin/ Kutay/ Özenen*, doğrudan muhdesat kavramını tanımlamamış olsalar da yazarların "*muhdestin arz maliki tarafından meydana getirilmiş olması*" şeklindeki ifadelerinden, bir şeyin muhdesat olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka taşınmaz malikinden başkası tarafından meydana getirilmesini şart olarak aramadıkları sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. İsmet Bilgin/ İlhan Kutay/ Bülent Özenen, *Tapulama Kanunu Şerhi*, Güven Matbaası, 1966, s. 288.

³⁵Aynı yönde bkz. Yağcıoğlu, s. 426; Kaşıkçı, *Tapulama*, s. 163; Kaşıkçı, *Kadastro*, s. 507; Ozanalp, s. 581; Yardım, s. 272.

³⁶Yağcıoğlu, s. 428, 438; Akçaal, *Eşya*, s. 459; Akçaal, *Muhdesat*, s. 83; Yardım, s. 271; Ozanalp, s. 578; ayrıca bkz. Zelger, in: *KUKO ZGB*, Art. 678, N. 2; Schmid/ Hürlimann-Kaup, N. 888-891; Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I*, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, 2007, N. 477; Hrubesch-Millaue/ Graham-Siegenthaler/ Roberto, N. 06.37; Wolfgang Ernst/Samuel Zogg, *Sachenrecht*, 3. Auflage, Dike Verlag, 2020, S. 9; Esat Arsebük, "Bir İhtihat Birleştirme Kararı Münasebetiyle", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), 1951, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42943/519708>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 760; Bülent Köprülü, "Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 10/4/1951 Tarihli ve 950/8661 Esas ve 1918 Sayılı Kararı", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 18(1-2), 1952, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9110>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 600; Fikret Arık, "Başkasının Arsası Üzerinde İnşaat ve Hüsünüyet Meselesi", *Adliye Dergisi*, 35(12),

veya bitkilerin (muhdesatın) başka bir kişiye ait olması kural olarak mümkün değildir³⁷. Ancak bazı şartların gerçekleşmesi hâlinde muhdesatı yapan kişinin birtakım taleplerde bulunması mümkündür.

Eski hukuk zamanında meydana getirilen muhdesat üzerindeki haktan farklı olarak³⁸, burada el değiştirme hâli tapuda ayrıca gösterilmemektedir. Diğer bir deyişle, bu tür muhdesat bakımından bağımsız ve sürekli aynı hakların tescilli usulü uygulanmamaktadır³⁹. Ayrıca, eski hukuk zamanında meydana

1944, <<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adliyedergisi/1944/s12-aralik-1944-sene35-sayfa176-cilt2.pdf>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 980; İnal, s. 255; Ertaş, N. 1624; Oğuzman/Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1752-1754; Esener/ Güven, s. 250-251; Ayşe Merve Belge, *Arazi Mülkiyetinin Maddî Kapsamı*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 41, 86. YİBK. T.22.12.1995, E.1994/1 K.1995/3, "*Bilindiği üzere eski hukukumuzda muhtesat'a üzerinde bulunduğu topraktan ayrı bir mülkiyet hakkı tanınabiliyor, zemin bir kişi üzerine yazılırken üzerindeki muhtesat için başka bir kimseye tapu verilebiliyordu. Ancak Medeni Kanun bünyesine uymayan bu ikili mülkiyet düzenine son vermiş, eski hukukumuzda topraktan ayrı olarak ağaçlar için tesis edilen mülkiyet hakları 864 sayılı Tatbikat Kanununun 21. maddesi hükmüyle korunurken, Medeni Kanunun 619. maddesi, taşınmazın ayrılmaz parçası (mütemmim cüzü) niteliğindeki muhtesatın mülkiyetini taşınmaza bağlayarak "bir şeye malik olan bir kimse o şeyin bütün mütemmim cüzülerine de malik olur" kuralını getirmiştir*" (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

³⁷Kanun koyucu bağımsız ve sürekli nitelikte aynı hakların tapuda ayrı bir sayfaya kaydedilebileceğini düzenlemiştir. Ne var ki, muhdesat bağımsız ve sürekli nitelikte bir aynı hak değildir. Bu nedenle, muhdesat için tapuda bağımsız bir sayfa açılmasına imkân bulunmamaktadır. Bkz. Karamercan, s. 249.

³⁸Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, taşınmazın bir kişiye ve bu taşınmazın üzerinde bulunan muhdesatın başka bir kişiye ait olması (ikili mülkiyet) mümkündür. Bu durumun bir sonucu olarak, taşınmaz için ayrı, muhdesat için de ayrı bir tapu düzenlenebiliyordu. Bkz. Yağcıoğlu, s. 431; Akçaal, *Muhdesat*, s. 85; Ozanalp, s. 578; Gürsel, *Mustafa*, s. 244; Özmen/ Çorbalı, s. 673. Söz gelimi, taşınmazın (A)'ya, bu taşınmaz üzerindeki zeytin ağacının ise (B)'ye ait olması mümkündür. Hatta bir bütün olan taşınmazın paylaştırıldığı bazı hâllerde taşınmazın bir paydaşa; üzerindeki muhdesatın ise başka bir paydaşa verilmesi zorunlu kabul edilmekteydi. Bkz. Ozanalp, s. 578. Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra da eski hukuktan gelen bu haklar saklı tutulmuştur. Bu amaçla, 29.5.1926 tarihli ve 864 sayılı Kanunu Medeninin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun'un "*Gayrın arazisine dikilmiş ağaçların mülkiyeti*" başlıklı 21'inci maddesinde, "*Gayrın arazisine dikilmiş bulunan ağaçların üzerindeki mülkiyet hakları, kanunu Medenin meri olduğu tarihte cari kanunların hükümleri dairesinde mahfuzdur*" ve "*Tesisleri kabil olmayan aynı haklar*" başlıklı 39'uncu maddesinde ise, "*Kanunu Medenin gayrimenkul sicillerine dair olan kaidelerine göre tesisleri artık kabil olmayan aynı haklar (bir evin bir katının mülkiyeti, gayrın arazisi üzerindeki ağaçların mülkiyeti..ilh) tescil edilmeyip sadece ve lüzumu derecesinde işaret olunmakla iktifa olunur (f.1). Mezkûr haklar, herhangi bir sebeple muntafi olduktan sonra artık yeniden tesis edilemez (f.2)*" şeklinde iki düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan bu iki düzenleme ile, Arazi Kanunu döneminde edinilen hakların durumu açıklığa kavuşturulmuştur. O hâlde Medenî Kanun'un kabulünden önce mevcut olan, ancak artık kurulması mümkün olmayan muhdesat tapu kütüğüne ayrıca tescil edilmeyecek; sadece beyanlar hanesinde belirtilmekle yetinilecektir.

³⁹Öğretide eski hukuktan gelen bu tür hakların bir başka kimseye intikal etmesi durumunda,

getirilen muhdesat üzerindeki hak, bir kez son bulunca yeniden kurulamaya-
cağından, tapu sicilinden terkin edilmelidir⁴⁰.

II. MUHDESAT BEDELİ TALEBİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE YASAL DAYANAĞI

A. Muhdesat Bedeli Talebinin Hukukî Niteliği

Yukarıda da değinildiği üzere⁴¹, başkasının taşınmazında muhdesat mey-
dana getiren kişi, bunun üzerinde mülkiyet hakkı elde edememektedir. Ne var
ki, muhdesatın meydana getirilmesinden malvarlığı olumsuz etkilenen bu ki-
şinin, taşınmaz malikinden muhdesat bedelini talep etmesi mümkündür. Bu
hakkın yasal dayanağı hakkında öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir.
Aşağıda detaylı olarak açıklanacak olan bu görüşler, muhdesat bedeli talebi-
nin yasal dayanağı olarak temelde TMK m. 723 hükmünü ve/veya sebepsiz
zenginleşme hükümlerini (TBK m. 77-82) göstermektedirler. O hâlde, öncelikle
TMK m. 723'te düzenlenen tazminat talebi ile sebepsiz zenginleşmeden
kaynaklanan iade talebinin hukukî niteliği incelenmelidir.

TMK m. 723'te düzenlenen tazminat talebinin hukukî niteliği öğretide
tartışmalıdır. *Öğretideki baskın görüşe göre*⁴², bu talep şahsî niteliklidir. Dola-
yısıyla, bu talebin yapı yapılıırken veya bitki dikilirken araziye malik olan kişi
ve onun küllî halefleri dışında bir üçüncü kişiye karşı yöneltilmesi mümkün
değildir. Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise⁴³, tazminat talebi eş-
yaya bağlı bir hak niteliğindedir. Bu nedenle, tazminat talebinin üçüncü kişi-

bağımsız ve sürekli hakların tescili usulüne riayet edileceği ve bir taşınmaz gibi işlem göreceği
ileri sürülmektedir. Bkz. Özmen/ Çorbalı, s. 673-674.

⁴⁰Özmen/ Çorbalı, s. 674.

⁴¹Bkz. I, C.

⁴²Schmid/ Hürlimann-Kaup, N. 895a; Ernst/ Zogg, S. 11; Tarkan Göksu, in: Peter Breitschmid/
Alexandra Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-
977 ZGB*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, Art. 672, N. 8; Ataay, s. 83; Tekinay/ Akman/
Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 833; Aybay/ Hatemi, § 28, N. 20-22; Erkan, *TMK m. 722-723-
724*, s. 138, 140; Kemal T. Gürsoy/ Fikret Eren/ Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı,
Ankara Üniversitesi Basımevi, 1978, s. 577-578; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1792,
dn. 936; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. s. 528; Sirmen, s. 424; Eren, *Mülkiyet*, s. 349; Hilâl Şenol,
Kendi Malzemesiyle Başkasının Arazisinde İnşa Edilen Haksız Yapı, Erciyes Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 79; Yardım, s. 273;
Yağcıoğlu, s. 438; Helvacı (Ülgen/ Kaya/ Nomer Ertan), s. 221-222.

⁴³Rona Serozan, “Nisbi Hakların Güçlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Mecmuası*, 40(1-4), 1974, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9112/114017>, Erişim
Tarihi 26 Ocak 2023, s. 472; Ertaş, N. 1631.

lere karşı da ileri sürülmesi imkân dahilindedir. *Kanaatimizce* TMK m. 723'te
düzenlenen tazminat talebi şahsî nitelikli bir hak olarak değerlendirilmelidir.
İleride yapılacak açıklamalarda da belirtileceği üzere, sebepsiz zenginleşme
temelli bir talep olması da bu sonucun kabulünü gerektirmektedir. Nitekim,
öğretide⁴⁴ sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade talebinin borç ilişkisin-
den doğan nisbî bir hakka dayandığı kabul edilmektedir. Bu açıklamalardan
hareketle, muhdesatı meydana getiren kişinin arazi sahibine yönelteceği muh-
desat bedeli talebinin şahsî nitelikli (nisbî) bir hakka dayandığı ileri sürülebi-
lir.

B. Muhdesat Bedeli Talebinin Yasal Dayanağı

1. Zilyetliğin Korunmasına İlişkin Hükümlere Başvurulabileceği Görüşü

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁴⁵, muhdesat bedeli talebinin yasal
dayanağı olarak, zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanmak
mümkündür. Zira haksız yapı ve sebepsiz zenginleşme kurumları birbirinden
bağımsız iki ayrı kurumdur. Başkasının arazisinde haksız olarak yapı yapıl-
ması veya bitki dikilmesi sonucunda arazi malikinin haksız olarak zenginleş-
tiğinden söz etmek mümkün değildir. Nitekim malzeme veya bitkilerin ara-
ziden kaldırılamaması durumunda, şartları gerçekleşmiş olsa dahi sebepsiz
zenginleşme hükümlerine başvurularak arazi sahibinden tazminat talep etmek
mümkün değildir. Muhdesatın haklı bir sebebe dayanılmaksızın meydana ge-
tirilmesi, arazi malikinin zilyetliğine saldırı niteliğindedir. Bu nedenle, zilyet-
liğe saldırıya ilişkin davalar açılabilir gibi, buna dayalı olarak tazminat
talep etmek de mümkündür.

⁴⁴Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 2021, N. 2624-2625;
Mustafa Alper Gümü, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 605;
Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, 2021, N.
3324-3325; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 2, 16.
Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 311-312; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*,
12. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 424; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 12. Baskı,
Sayram, 2021, s. 267; Murat Doğan/ Gökhan Şahan/ İsmail Atamulu, *Borçlar Hukuku, Genel
Hükümler Ders Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 249; Abdülkerim Yıldırım, *Türk
Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 241.

⁴⁵İlhan E. Postacıoğlu, “Suiniyet Sahibi Zilyetlerin Ecri Misille Mükellef Olup Olmadığı”,
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 17(1-2), 1951, s. 425-427; Feyzi Necmeddin
Feyzioğlu, *Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü*, 2. Baskı, Baha Matbaası, 1961, s. 350-351;
İlhan Kutay, “Çözümlememiş Bir Sorun Haksız İşgal Tazminatı- Ecrimisil”, *Ankara Barosu
Dergisi*, (5), 1976, s. 859.

2. Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanması Gerektiği Görüşü

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁴⁶, TMK m. 723 özel bir düzenlemedir ve bu hüküm, haksız yapının/bitkinin kaldırılmaması durumunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulması ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Hatta, eşya hukuku hükümlerinden kaynaklanan iade yükümlülükleri bakımından sebepsiz zenginleşme kurallarının aynen uygulanması da mümkün değildir⁴⁷. Gerçekten, bir kişinin malvarlığında meydana gelen çoğalmanın sebepsiz zenginleşme kuralları dışında, özel bir kurala dayanarak geri verilmesi mümkünse, artık sebepsiz zenginleşme kuralları uygulama alanı bulmaz. Haksız yapı sebebiyle açılan tazminat davası da özel olarak düzenlendiğinden, burada sebepsiz zenginleşme kuralları değil, bu özel hüküm (TMK m. 723) uygulanmalıdır⁴⁸. Zira sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak, burada arazi sahibinin zenginleşmesi sebepsiz değildir⁴⁹. Yine de kanun koyucu, iki tarafın malvarlığı arasındaki değer kaymasını denkleştirmeye yönelik bir hüküm (TMK m. 723) vazetmiştir. Bu farklılığa rağmen, TMK m. 723'te düzenlenen tazminat talebi ile sebepsiz zenginleşmedeki iade talebi arasında bir benzerlik bulunmaktadır. Gerçekten, her iki kurumda da bir tarafın malvarlığının diğer tarafın malvarlığı aleyhine artması söz konusudur. Bu benzerlik, TMK m. 5 hükmünden yararlanılmak suretiyle sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde haksız yapıya ilişkin meselelerde de uygulanabilmesine olanak sağlamaktadır. Meselâ, TMK m. 723 hükmünde zamanaşımına yönelik bir düzenleme olamaması nedeniyle, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan istem haklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresi (TBK m. 82) burada da kıyasen uygulanabilmelidir.

İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre⁵⁰, bütünüleyici parça ilkesi özellikle taraflar arasında akdi bir ilişkinin bulunmaması durumunda

menfaatler dengesine uygun olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Kanun koyucu tarafından çoğu zaman saklı tutulan haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kuralları, burada ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda ekonomik açıdan tatmin edici bir çözüm getirmemektedir. Bu nedenle, kanun koyucu OR Art. 671-673 (TMK m. 722-724) hükümlerinde bütünüleyici parça ilkesini kural olarak korurken, arazi sahibi ile malzeme sahibi arasında adil bir denge sağlamayı hedefleyen özel tedbirler öngörmüştür. Kanun koyucunun söz konusu hükümleri koymasının ve ek bir fıkayla haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme kurallarını saklı tutmamasının özel bir nedeni bulunmaktadır. Duruma bu açıdan bakıldığında, sebepsiz zenginleşme kurallarının muhdesat bedelinin tahsili davalarında doğrudan uygulanmaması ve bu hükümlere uyuşmazlığın çözümünde ortaya çıkan boşlukların doldurulması amacıyla ancak kıyasen başvurulabileceği sonucu çıkmaktadır.

3. Doğrudan Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerine Başvurulabileceği Görüşü

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁵¹, muhdesat bedelinin tahsili talebi bakımından doğrudan sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanmak mümkündür. Şöyle ki, taşınmazın yatay ve dikey sınırları içerisinde kalan yapı, bitki, kaynak ve taşınır şeylerden hangilerinin taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dahil olduğu (taşınmazın madde yönünden kapsamı) hususu, TMK m. 718/II hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer*”. Hükümden anlaşılacağı üzere, yasal sınırlamalar (taşınır yapı, taşınır bitki, üst hakkı, meçra hakkı gibi) saklı kalmak üzere, taşınmaz mülkiyetinin kapsamına üzerinde bulunan yapılar ve bitkiler (muhdesat) de dahildir. Diğer bir deyişle, muhdesat üzerinde bulunduğu taşınmazın bütünüleyici parçasıdır⁵². Muhdesat üzerinde

⁴⁶İlhan Ulsan, *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu* (BK. md. 63/1), Kazancı Hukuk Yayınları, 1984, s. 84-85; Yağcıoğlu, s. 446.

⁴⁷Selâhattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Halük Burcuoğlu/ Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi 1993, s. 730.

⁴⁸Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 734-735; Ayan, *Borçlar*, s. 415; Oğuzman/ Selici/ Oktay-Özdemir, N. 1757, dn. 881; aynı yönde bkz. BGE 99 II 131, buradan erişilebilir: <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de&type=show_document&highlight_docid=atf://99-II-131:de&print=yes> Erişim Tarihi 31 Ekim 2022.

⁴⁹Yağcıoğlu, s. 446. Arazi malikinin zenginleşmesinin hukukî sebebi, ZGB Art. 671 Abs. 1 (TMK m. 722/I) hükmünde düzenlenen bütünüleyici parça ilkesi olduğundan, bu zenginleşmenin OR Art. 62 Abs. 1 (TBK m. 77/I) anlamında sebepsiz olmadığı yönünde bkz. Schmid/ von Graffenried, in: *OFK ZGB*, Art. 672, N. 1.

⁵⁰Haab/ Simonius/ Scherrer/ Zobl, in: *ZK ZGB*, Art. 671-673, N. 3.

⁵¹Eren, *Borçlar*, N. 2667; Ulsan, s. 83; Akcaal, *Muhdesat*, s. 100-106; Erkan, *TMK m. 722-723-724*, s. 135. Yargıtay'ın da TMK m. 722-724 hükümlerine değinmeksizin sebepsiz zenginleşme hükümleri üzerinde durduğu kararları bulunmaktadır. Bkz. YİBK. T.22.2.1991, E.1990/1 K.1991/1, “*Müşterek veya iştirak halinde mülkiyette paydaşlardan biri tarafından taşınmaz üzerinde vücuda getirilen muhdesattan ötürü satış sırasında meydana genel değer fazlalığı diğer paydaşlar yönünden Yargıtay'ın ilgili dairelerince ve Hukuk Genel Kurulu'nca sebepsiz iktisap alarak nitelendirilmiştir*” (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

⁵²Zira bütünüleyici parça kuralı, hukuka aykırı (haksız) yapı ve bitki açısından da etkilidir. Bkz. Peter Tuor/ Bernhard Schnyder/ Jörg Schmid/ Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Auflage, Schulthess Verlag, 2002, s. 850; Haab/ Simonius/ Scherrer/ Zobl, in: *ZK ZGB*, Art. 671-673, N. 1; Zelger, in: *KUKO ZGB*, Art. 671, N. 1-2; Schmid/ von Greffenried, in: *OFK ZGB*, Art. 671, N. 2; Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band, Sachenrecht, Erster Teilband, Eigentum und Besitz*, 2. Auflage,

mevcut olan aynî haklar, taşınmazın bütünleyici parçası hâline gelmesiyle son bulmaktadır. O hâlde, muhdesatın mülkiyeti meydana getirilmesiyle birlikte taşınmaz malikine geçmektedir⁵³. Bir kişinin kendi malzemesiyle başkasının arazisinde muhdesat meydana getirmesi hâlinde, arazi sahibinin bütünleyici parça kuralı gereğince zenginleşmesi, edim dışı zenginleşme hâlidir. Zira burada muhdesatı meydana getiren kişi, bir edimi ifa etme amacı gütmemektedir. Öte yandan, burada zenginleşenin (arazi sahibinin) kendi kendine, izinsiz ve yetkisiz olarak yararlanması söz konusu olmadığından müdahaleden ötürü zenginleşme değil, aksine müdahaleyi davacı sıfatını haiz muhdesatı meydana getiren kişi yaptığından “*masraftan kurtulmadan ötürü zenginleşme*” söz konusudur⁵⁴. Gerçekten inşaat malzemesinin ya da bitkilerin sahibi başkasının arsasıyla bu malzemeleri bütünleştirirse, masraf zenginleşmesi gündeme gelmektedir⁵⁵. Ayrıca, taşınmaz malikinin malvarlığının artması (zenginleşmesi) haklı bir sebebe dayanmamaktadır⁵⁶. Bu bakımdan muhdesat (malzeme

veya bitki) üzerindeki mülkiyet hakkının bir kanun hükmü gereğince (TMK m. 718/II) taşınmaz malikine geçmesi gerekçe gösterilerek, zenginleşmenin haklı bir sebebe dayandığı sonucuna varılmamalıdır. Zira edim dışı müdahale sonucunda arazi sahibinin zenginleşmesinin sebepsiz olarak nitelendirilmesi, malzeme ve bitki malikinin mülkiyet hakkının içeriğinden artık yararlanamaması düşüncesine dayanmaktadır. Nitekim malzeme ve bitki değeri oranında arazi maliki lehine bir zenginleşme meydana gelmekteyken; malzeme ve bitki maliki bunlar üzerindeki mülkiyet hakkının kendisine sağladığı yetkileri kullanma imkanını kaybetmektedir. Bu olgu da arazi malikinin zenginleşmesinin haklı bir nedene dayanmadığının göstergesi olarak değerlendirilmektedir⁵⁷.

4. Öncelikle Haksız Yapı Hükümleri Olmak Üzere Sebepsiz Zenginleşme Hükümlerinin de Uygulama Alanı Bulabileceği Görüşü

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁵⁸, muhdesata ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde öncelikle haksız yapıya ilişkin hükümlerin uygulanması daha doğru bir yaklaşımdır. Zira kanun koyucu bazı konularda sebepsiz zenginleşme hükümlerine nispetle özel bir hüküm vazetmeye yetkilidir. Böyle bir durumda, özel hükmün genel hükümden önce gelmesi ilkesi gereğince sebepsiz zenginleşme kuralları yerine öncelikle bu kurallara başvurulmalıdır. Türk Medenî Kanunu’nun 722 ilâ 724’üncü maddeleri arasında düzenlenen hukuka aykırı yapı hükümleri, Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan sebepsiz zenginleşme kurallarına (TBK m. 77-82) nazaran özel hüküm niteliğindedir⁵⁹. Bu

Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, N. 667; Schmid/ Hürlimann-Kaup, N. 894; Berki, s. 34; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 801; Eren, *Mülkiyet*, s. 342-343; Aybay/ Hatemi, § 28, N. 11; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1755-1756; Esener/ Güven, s. 251; Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 130; Sirmen, s. 421; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 526; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku, C. II, Mülkiyet*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 367; Sirmen, s. 421, 442; Galip Esmer, *Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili*, Olgaç Matbaası, 1984, s. 116; İnal, s. 253; Akçaal, *Eşya*, s. 459; Belge, s. 85; Gürsel, *Nurettin*, s. 38.

⁵³Bkz. Rey/ Strebel, in: *BSK ZGB II*, Art. 671, N. 1, 7-8; Zelger, in: *KUKO ZGB*, Art. 671, N. 3; Meier-Hayoz, in: *BK ZGB*, Art. 671, N. 16; Haab/ Simonius/ Scherrer/ Zobl, in: *ZK ZGB*, Art. 671-673, N. 1; Schmid/ von Greffenried, in: *OFK ZGB*, Art. 671, N. 2-3; Sutter-Somm, N. 667; Eren, *Mülkiyet*, s. 342, 344; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 527; Sirmen, s. 421; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1169; Ayan, *Mülkiyet*, s. 42; İnal, s. 253; Akçaal, *Eşya*, s. 460; Akçaal, *Muhdesat*, s. 84, 101; Belge, s. 87-88.

⁵⁴Rona Serozan, “*Sebepsiz Zenginleşme, TBK m. 77-82*”, Rona Serozan/ Turgut Öz/ Faruk Acar/ Emre Gökyayla/ H. Murat Develioğlu (Ed.), İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. I, Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 2018, TBK m. 77, N. 152; Gümüş, s. 627; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 25. Baskı, Beta Yayıncılık, 2014, s. 275; Andreas Furrer/ Markus Müller-Chen/ Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, N. 1327; Pierre Tercier/ Pascal Pichonnaz/ H. Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, 2016, § 37, N. 1832.

⁵⁵Serozan, *Sebepsiz Zenginleşme, TBK m. 77*, N. 148, 167. Sebepsiz zenginleşmenin temelde “*edimden ötürü zenginleşme*” ve “*edim dışı zenginleşme*” olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Kazandırmada bulunanın belirli bir kişiye ve belirli bir amaca yönelik olarak bilinçli bir şekilde yaptığı edime dayanan zenginleşmelere edimden ötürü zenginleşme denilmektedir. Buna karşılık, edim dışı zenginleşmeler belirli bir kişiye ve belirli bir amaca yönelik bilinçli bir edime dayanmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, *Sebepsiz Zenginleşme, TBK m. 77*, N. 76-202; Gümüş, s. 605; Yıldırım, s. 239.

⁵⁶Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 572; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 527.

⁵⁷Uluslan, s. 83-84, dn. 69; Furrer/ Müller-Chen/ Çetiner, N. 1327.

⁵⁸M. Turgut Öz, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 74-75; Gürsel, *Mustafa*, s. 244; İnal, s. 255, dn. 29, 259; Gümüş, s. 626-627. İsviçre Federal Mahkemesi de haksız inşaattan kaynaklanan tazminat davalarında sebepsiz zenginleşme hükümlerinden tamamlayıcı olarak istifade edilebileceği görüşündedir. Bkz. BGE 95 II 221 (Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 730); ayrıca bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 810. İsviçre öğretisinde de aynı görüş ileri sürülmektedir. Bkz. Schmid/ von Greffenried, in: *OFK ZGB*, Art. 672, N. 1. YHGK. T.16.5.2018, E.2017/2264 K.2018/1101, “*Diğer taraftan koşulların gerçekleşmemesi nedeniyle tescil mümkün olmaması hâlinde arsa maliki tarafından yıkım talep edilmediği ya da aşırı zarar doğması sebebiyle yapı yıkılamadığı takdirde taşınmaz malikinin mamelekinde sebepsiz bir zenginleşme meydana geleceğinden, taşınmaz malikinin, malzeme malikine bir tazminat vermesi gerektiği ve tazminat miktarının malzeme malikinin iyi niyetli olup olmamasına göre belirleneceği hususu TMK’nın 723’üncü maddesinde düzenlenmiştir.*” (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

⁵⁹Öz, s. 62, 74-75; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1757, dn. 881; İnal, s. 255, dn. 29; Ayan, *Borçlar*, s. 415. *TMK m. 723’te düzenlenen tazminat isteme hakkının sebepsiz zenginleşmeden doğan bir istem hakkı olduğunu ifade eden yazarlar: Selâhattin Sulhi Tekinay, Eşya Hukuku, Kutulmuş Matbaası, 1970-71, s. 402-403; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 528.*

nedenle, muhdesatın mülkiyetinin bütünleyici parça ilkesi gereğince taşınmaz malikine geçmesi sonucunda bedel iadesine yönelik açılan davalar bakımından, hukuka aykırı yapı hükümlerine başvurulmalıdır⁶⁰. Öğretide muhdesatı meydana getiren kişinin tapu kütüğünün beyanlar hanesinde gösterilmesiyle, ileride Türk Medenî Kanunu'nun 724 (eMK m. 650) ve 729'uncu (eMK m. 655) maddelerinde düzenlenen taleplerin değerlendirilmesinde kolaylık sağlanmanın amaçlandığı ifade edilmiştir⁶¹. Mülga 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 40'inci maddesi de bu ihtiyacı karşılamak amacıyla hüküm altına alınmıştır⁶². Diğer bir deyişle, kanun koyucunun muhdesatın beyanlar hanesinde gösterilmesini⁶³ kabul etme nedeni, başkasına ait olan hakların güvence altına alınmasıdır⁶⁴. Özellikle Türk Medenî Kanunu'nda muhdesatı gerçekleştiren kişiye bazı şartların varlığı hâlinde taşınmazın adına tescilini talep etme hakkının tanınması (TMK m. 724) da bu düzenlemenin yapılmasında büyük etkiye sahiptir. Zira bu sayede muhdesatı meydana getiren kişinin ileride taşınmazın adına tescilini talep etmesi hâlinde kararını verirken hâkime kolaylık sağlan-

ması ve bu hakkın kaybının önlenmesi hedeflenmiştir⁶⁵. Öte yandan, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 16.4.1964 tarihli muktezasında da taşınmaz üzerinde başkasına ait olan muhdesat bakımından Türk Medenî Kanunu'nun 722-724 (MK m. 648-650) hükümleri uyarınca mahkemeye başvurulabileceği ifade edilmektedir⁶⁶.

5. Kendi Görüşümüz

TMK m. 723 hükmü mevcut iken, TBK m. 77-82 hükümlerine başvurulup başvurulamayacağı meselesi büyük bir önem taşımaktadır. Zira iade ve tazmine yönelik özel bir düzenlemenin bulunduğu durumlarda, kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamayacağı; sebepsiz zenginleşme hükümlerine ancak unsurlarının gerçekleşmiş olması ve söz konusu özel düzenlemeden yasaklayıcı bir anlam çıkarmaması şartıyla bu özel düzenlemenin kapsamı dışında kalan zenginleşmeler bakımından başvurulabileceği kabul edilmektedir⁶⁷. *Kanaatimizce* TMK m. 723 hükmünden yasaklayıcı bir anlam çıkmamaktadır. TMK m. 723 hükmünde “*tazminat*” kelimesinin kullanılmış olması, arazi sahibinin iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşme kurallarına dayanmadığı yönünde yorumlanmamalıdır. Hükümde her ne kadar tazminat kavramından söz edilmekte ise de aslında malzeme sahibinin bu talebi sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir istemdir⁶⁸. Peki, arazi sahibinin zenginleşmesi Türk Medenî Kanunu'nun 718'inci maddesinin ikinci fıkrasında arazi içinde

⁶⁰Oğuzman/ Öz, N. 964. *Serozan* da genel masraf zenginleşmesine ilişkin sebepsiz zenginleşme kurallarına kanunda yer alan pek çok özel kural karşısında pek hayat hakkı tanınmadığını belirtmiş ve akabinde TMK m. 722 ve 723 hükümlerine değinmiştir. Bkz. Serozan, *Sebepsiz Zenginleşme*, TBK m. 77, N. 160, 167.

⁶¹Kaşıkçı, *Tapulama*, s. 163; Kaşıkçı, *Kadastro*, s. 507; Ozanalp, s. 580. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, muhdesatı meydana getiren kişinin araştırılması ve tapuda gösterilmesi tapulamanın konusuna dahil olmamalıdır. Gerçekten, taşınmazın bütünleyici parçası niteliğindeki olan muhdesat, arsanın tapulama günündeki hukukî durumu üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir. Zira muhdesatın bir kişi tarafından meydana getirildiğinin tespit edilmesi, ona herhangi bir hak sağlamamaktadır. Zaten muhdesatı meydana getiren kişinin genel hükümlere göre de talepte bulunabileceği göz önünde bulundurulduğunda, mülga Tapulama Kanunu m. 40 hükmünde bu yönde bir düzenleme yapılması yerinde olmamıştır. Bu durum, ileride açılacak davalar üzerinde olumlu bir etkiyi bırakın aksine olumsuz bir etkiye sahiptir. Bkz. Ozanalp, s. 579. *Kanaatimizce* de Kadastro Kanunu m. 19/II hükmünde de muhdesatın tespitine yönelik hüküm konulması gereksiz olmuştur. Aynı yönde bkz. Özmen/ Şengül, s. 31.

⁶²Bilgin/ Kutay/ Özenen, s. 288.

⁶³Uygulamada yerinde olmayarak yapılan bu işlemi şerh olarak nitelendirenler de bulunmaktadır. Bkz. Gürsel, *Mustafa*, s. 244.

⁶⁴YİBK. T.22.12.1995, E.1994/1 K.1995/3 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Ozanalp, s. 580; Özmen/ Çorbalı, s. 668. Tapu kütüğünün beyanlar hanesine yapılan kaydın ne zamana kadar varlığını sürdüreceğine ilişkin olarak Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, muhdesat taşınmaz üzerinde varlığını sürdürdüğü sürece, diğer bir deyişle söz konusu fiilî durum devam ettiği sürece yapılan beyanın varlığı devam ettirmesi fikri kabul edilebilir. Bkz. Kaşıkçı, *Kadastro*, s. 508. Buna karşılık diğer bir görüşe göre, Medenî Kanun döneminde meydana getirilen muhdesat ortadan kalkmış olsa bile, tapu sicil müdürü bunu beyanlar hanesinden silmemelidir. Zira, muhdesat sahibinin bazı hakları ileri sürmesi mümkündür. Özmen/ Çorbalı, s. 674.

⁶⁵Ozanalp, s. 578.

⁶⁶Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 16.4.1964 tarihli muktezasında muhdesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesinin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: “*Mülkiyeti arz sahibine ait olmayan bina veya ağaçlar gibi muhdesatın kütüğün beyanlar hanesinde gösterilmesi, ilgi (1) deki yazınızda da belirtildiği gibi fiilî durumu aynen aksettirmek ve üçüncü şahsın itilama arzede bilmek maksadını taşıdığı ve indelhace Yargıca, Medenî Kanununun 648 ilâ 650. ci maddelerinin tatbikinde zemin hazırlanmasına vesile olur. Bu itibarla, Kadastroca, yapılan işlem yerindedir. Esasen bu husus, Tapulama Kanununun 40. cı maddesinde esasa bağlanmış bulunmaktadır*” Bkz. Algan/ Türkay, s. 229-230.

⁶⁷Öz, s. 74.

⁶⁸Serozan, *Sebepsiz Zenginleşme*, TBK m. 77, N. 168; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 838; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 528; Hatemi, s. 130; Esener/ Güven, s. 251; Erkan, *TMK m. 722-723-724*, s. 134. TMK m. 723 hükmünün kenar başlığının “*Tazminat*” şeklinde olması ve hükmün metninde de “*tazminat ödemekle yükümlüdür*” ifadesinin geçmesi, ilk bakışta haksız yapı (haksız bitki) durumunda malzeme (taşınır bitki) sahibinin söz konusu talebinin haksız fiil hükümlerine tâbi olduğunu akla getirmektedir. Ne var ki, her ne kadar hükmün lafzı buna işaret ediyor gibi gözükse de öğretide TMK m. 723'te düzenlenen tazminat talebinin haksız fiilden kaynaklanan bir talep olmadığı yönünde görüş birliği bulunmaktadır. Bkz. Ataay, s. 83; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Borçlar*, s. 730-731, 734-735; Erkan, *TMK m. 722-723-724*, s. 138.

yer alan yapıların (ve TMK m. 729 atfıyla bitkilerin) yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere arazinin bütünleyici parçası olacağı ve kendiliğinden arazinin mülkiyetine dahil olacağına ilişkin düzenlemeye dayanıyorsa, bu zenginleşme nasıl haklı bir sebebe dayanmamaktadır? Zira mülkiyet hakkının arazi malikine ait olacağını bizzat kanun koyucu emretmektedir. Benzer şekilde, başkasına ait bir eşyanın mülkiyetinin iyiniyetle derhâl veya kazandırıcı zamanlaşımıyla kazanılmasında da sebep kanun hükmüdür (TMK m. 1023, 712, 713). Ayrıca, iyiniyetle başkasının eşyası üzerinde mülkiyet hakkı kazanan kişiye karşı sebepsiz zenginleşme davasının kural olarak açılmayacağı ifade edilmektedir⁶⁹. Öğretide mülkiyet hakkını kanun gereği kazanan kişiye karşı sebepsiz zenginleşme davasının açılıp açılmayacağı hususunun temelinde yasal değer yargılarının bulunduğu ifade edildikten sonra, gerek hukukî taşıyır ve karıştırıp birleştirme yoluyla gerekse haksız yapının iktisap hâllerinde kazanılan değerlerin sebepsiz zenginleşme kuralları gereğince iade edileceği belirtilmektedir⁷⁰. O hâlde, arazi sahibinin muhdesat üzerindeki mülkiyet hakkının da sahibi olması her ne kadar bir kanun hükmüne dayanıyor olsa da, bu kanun hükmü onu elde ettiği değeri iade etmekten kurtarmamaktadır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu bir taraftan hukukî güvenlik ve istikrar uğruna birisine ait olan mülkiyet hakkını başka bir kişiye sunarken; diğer taraftan neden olduğu haksızlığı düzeltmek amacıyla sebepsiz zenginleşme kurallarına başvurulabilmesine kapı aralamaktadır.

TMK m. 723 hükmü, arazi malikinin müdahale yoluyla edindiği zenginleşmenin haklı bir sebebe dayandığı anlamına gelmemektedir⁷¹. Gerçekten, farklı kişilere ait olan malvarlığı değerleri arasında bir kayma olması, sebepsiz zenginleşme kurumuyla benzerlik taşımaktadır⁷². Buna ek olarak, TMK m. 723 hükmü, iki malın karışması ve birleşmesini düzenleyen TMK m. 776 (eMK m. 700) hükmüne yakın bir düzenlemedir. TMK m. 776/III'te tazminat ve sebepsiz zenginleşmeden doğan istem haklarının saklı tutulması, karışma ve birleşmenin ifa dışı sebepsiz zenginleşmenin yasal görünüm biçimleri olduğuna işaret etmektedir⁷³. TMK m. 723 hükmünde sadece iyiniyet durumuna göre tazminatın miktarına ilişkin bir düzenlemeyle yetinilmiş, bunun detay-

larına inilmemiştir. Öğretide⁷⁴, TMK m. 723 (eMK m. 649) hükmünde TMK 776/III (eMK m. 700/III) hükmüne benzer bir ibareye yer verilmemesinin ancak kanun koyucunun unutmamasının/ihmâlinin bir sonucu olabileceği ileri sürülmüştür. Bu nedenle TMK m. 723 hükmünde bulunan boşluğun, kıyasen TMK m. 700/III hükmünden faydalanılarak doldurulması fikri benimsenmiştir. Sonuç olarak, muhdesatı meydana getiren kişinin muhdesat bedelini tahsiline yönelik talebi bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulama alanı bulmalıdır.

Bu noktada akla şu soru gelmektedir: TMK m. 723'te yer alan boşluk, acaba TMK m. 776/III'te saklı tutulan her iki kurumla (haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme) mi, yoksa sadece sebepsiz zenginleşme kurumuyla mı doldurulmalıdır? Bir görüşe göre⁷⁵, TMK m. 723'te düzenlenen tazminat talebi yapılan istemin içeriğine göre farklı bir hukukî esasa dayanabilmektedir. Şayet davacı yapıdaki değer artışının karşılığını talep ederse, tazminat talebi sebepsiz zenginleşme kurumuna; buna karşılık, uğradığı zararı talep ederse, haksız fiil kurumuna dayanacaktır. Bir başka görüşe göre⁷⁶, TMK m. 723'te düzenlenen tazminat talebinin hukukî temelini sebepsiz zenginleşme kurumu oluşturmaktadır. Zira bir kimsenin kendi malzemesi veya bitkisi ile başkasının arazisinde muhdesat meydana getirmesi hâlinde talep edeceği tazminat talebi, haksız fiilden kaynaklanamayacağı aşikârdır. Haksız fiil kurumunda fiil davalıdan, yani kendisinden talepte bulunan kişi tarafından işlenmekte iken; burada fiili bizzat talepte bulunan davacı işlemiştir. O hâlde, muhdesatı meydana getiren kişinin bedel talebi bakımından sebepsiz zenginleşme kurumunun gündeme geleceği ifade edilebilir.

III. MUHDESAT BEDELİNİN TAHSİLİ DAVASI

A. Kavram

Başkasına ait bir taşınmaz üzerinde muhdesat meydana getiren kişinin bazı taleplerde bulunması mümkündür. Uygulamada buna yönelik sıklıkla dava açıldığı görülmektedir. Bu davalardan bir tanesi olan “*muhdesatın aidiyetinin tespiti davası*” veya “*muhdesatın tespiti davası*” davası, çalışmanın kapsamına girmemektedir. Muhdesatın aidiyetinin tespiti davasına yönelik

⁶⁹Serozan, *Sebepsiz Zenginleşme*, TBK m. 77, N. 20.

⁷⁰Serozan, *Sebepsiz Zenginleşme*, TBK m. 77, N. 20.

⁷¹Uluslan, s. 85.

⁷²Schmid/ von Graffenried, *in: OFK ZGB*, Art. 672, N. 1.

⁷³Uluslan, s. 84-85.

⁷⁴Ataay, s. 84. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinden kıyasen faydalanılabileceği görüşü için bkz. Schmid/ von Graffenried, *in: OFK ZGB*, Art. 672, N. 1.

⁷⁵Sirmen, s. 430.

⁷⁶Ataay, s. 83-84; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1796; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 528; Ayan, *Mülkiyet*, s. 376.

yargı organlarınca verilen birçok kararda⁷⁷, tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan bir eda davası açabileceğine işaret edilmektedir. İşte bu eda davasıyla muhdesat bedelinin tahsili talep edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan 2014/4191 nolu bireysel başvuruya ilişkin mahkemece 20.07.2017 tarihinde verilen kararda, “*muhdesatın aidiyetinin tespiti ve bedelinin tahsili davası*” şeklinde bir ifade kullanılmıştır⁷⁸. Görüldüğü üzere, bu kadarda gerek muhdesatın aidiyetinin tespitine yönelik tespit davası gerek sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığı ifade edilen eda davası bir tamlama içerisinde kullanılmıştır. Bu karardan yola çıkarak, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığı ifade edilen davayı, “*muhdesat bedelinin tahsili davası*” olarak isimlendirmeyi uygun bulmaktayız.

B. Muhdesatın Tespiti Davasından Farkı

Muhdesatın tespiti davası, muhdesatın kim tarafından meydana getirildiğinin belirlenmesi amacıyla açılan bir davadır⁷⁹. Hatta bu dava uygulamada isabetsiz bir şekilde “*muhdesatın aidiyetinin tespiti davası*” olarak da isimlendirilmektedir⁸⁰. Bu duruma KK m. 19/II hükmünün kaleme alınış biçiminin neden olduğu ifade edilebilir. Zira hükme göre, muhdesatın taşınmaz malikinden başka bir kimseye veya paydaşlardan birine ait olması mümkün gibi gözükmemektedir. Ne var ki, muhdesatın kural olarak kapsamı içerisinde bulunduğu araziden bağımsız ayrı bir mülkiyet hakkına konu teşkil etmesi mümkün değildir⁸¹. Diğer bir deyişle, arazinin sahibi içeriğinde bulunan muhdesatın da sahibidir. O hâlde, arazi kapsamında bulunan muhdesatın mülkiyetinin arazi malikinden başkasına ait olduğu yönünde karar verilemez. Bu nedenle, anılan davalarda muhdesat üzerindeki mülkiyet hakkının kime ait olduğu (aidiyeti) değil; bilakis muhdesatın kim tarafından meydana getirildiği tespit edilmektedir.

Muhdesat bedelinin tahsili davasından farklı olarak, muhdesatın tespiti davası hukukî niteliği itibarıyla tespit davasıdır. Bu davanın açılmasındaki amaç, muhdesatı meydana getiren kişinin/kişilerin tespit edilmesidir. Tespit davası sonucunda verilen kararın icra ve infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. Bu sebeple, tespit davalarının uygulama alanı sınırlıdır. 6100 sayılı HMK m. 106/II hükmü uyarınca tespit davalarının görülebilmesi için, güncel bir hukukî yararın bulunması ve dava sonuçlanıncaya kadar da güncelliğini kaybetmemesi gerekir. Zira davacının dava açmakta hukuki yararının bulunması, dava şartı niteliğindedir (HMK m. 114/I-h). Dava şartının mevcut olup olmadığı mahkeme tarafından davanın her aşamasında kendiliğinden araştırılmalıdır. Hatta tarafların da dava şartının noksanlığını her zaman ileri sürebilmesi mümkündür (HMK m. 115/I). Dava şartının bulunmadığı tespit edilirse, mahkemenin davanın usulden reddine karar vermesi gerekmektedir (HMK m. 115/II). Tespit davalarının eda davasının öncüsü olması nedeniyle, eda davalarının açılabilirdiği hâllerde tespit davasının açılmasında hukuki yararın olmadığı kabul edilmektedir⁸².

Yargıtay'a göre, muhdesatın tespitinin istenebilmesi için, “*derdest ortaklığın giderilmesi davası*”⁸³, “*kentsel dönüşüm uygulaması*”⁸⁴ ya da “*kamulaştırma işlemi*”⁸⁵ gibi istisnai bir durum söz konusu olmalıdır. Diğer bir deyişle, Yargıtay'a göre ancak bu gibi istisnai durumlarda muhdesatın tespiti davası

⁸²Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 298; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 567; İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay, *Medenî Usul Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015, N. 500; Yağcıoğlu, s. 441.

⁸³Y.8.HD. T.8.6.2020, E.2017/13564 K.2020/3080 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y.8.HD. T.13.1.2020, E.2016/10642 K.2020/53 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y.8.HD. T.3.3.2015, E.2014/18251 K.2015/5366, “*Muhdesat tespiti davaları kendine özgü davalardan olup taşınmaz üzerinde bulunan muhdesat yönünden derdest ortaklığın giderilmesi davası bulunmadığı takdirde muhdesat tespiti davasının görülmesinde hukuki yararın bulunduğundan söz edilemeyeceği açıktır. Hukuki yarar da dava koşulu olup davanın her aşamasında mevcut olmalıdır. Ancak bu durumda da taşınmazdaki muhdesat sebebiyle eda nitelikli sebepsiz zenginleşme davası açılabilirliği de kuşkusuzdur*” (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

⁸⁴Y.8.HD. T.13.1.2020, E.2016/10642 K.2020/53 (lexpera.com.tr, E.T.: 26.12.2022); Y.8.HD. T.8.12.2015, E.2015/15942 K.2015/22051 (lexpera.com.tr, E.T.: 26.12.2022); Y.8.HD. T.19.12.2017, E.2017/15466 K.2017/17121, (lexpera.com.tr, E.T.: 26.12.2022).

⁸⁵Y.5.HD. T.24.12.2015, E.2015/20037 K.2015/25435 (lexpera.com.tr, E.T.: 26.12.2022); Y.8.HD. T.13.1.2020, E.2016/10642 K.2020/53 (lexpera.com.tr, E.T.: 26.12.2022); Y.8.HD. T.8.12.2015, E.2015/15942 K.2015/22051 (lexpera.com.tr, E.T.: 26.12.2022).

⁷⁷Y.8.HD. T. 8.6.2020, E.2017/13564 K.2020/3080 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y.8.HD. T.3.3.2015, E.2014/18251 K.2015/5366 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

⁷⁸Bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4191> (Erişim Tarihi: 7.8.2022).

⁷⁹Muhdesatın tespiti davası ortaklığın giderilmesi davaları açısından büyük öneme sahiptir. Zira muhdesatın kim tarafından meydana getirildiği bu dava ile tespit edilebilirse, satış neticesinde elde edilecek meblağdan öncelikle muhdesatı meydana getiren paydaşa kıymeti ödenecek ve bundan sonra kalan meblağ paylaşılacaktır. Bkz. Kurşun, s. 27, dn. 86.

⁸⁰Y.14.HD. T.2.10.2014, E.2014/7186 K.2014/10893 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Karamerçan, s. 250; Akçaal, *Muhdesat*, s. 88.

⁸¹Bkz. Yağcıoğlu, s. 431; Akçaal, *Muhdesat*, s. 85, 88-89.

nın açılmasında hukukî yarar bulunmaktadır⁸⁶. Buna karşılık, Yargıtay⁸⁷, derdest ortaklığın giderilmesi davası olmasa bile, taşınmazda bulunan muhdesat sebebiyle eda davası niteliğinde olan sebepsiz zenginleşme davasının açılabilirliğini kabul etmektedir.

C. Şartları

1. Başkasının Taşınmazında Hukuka Aykırı Olarak Muhdesat Meydana Getirilmiş Olmalı

Muhdesat bedelinin tahsili davasının ilk şartı, başkasının taşınmazında hukuka aykırı olarak muhdesat meydana getirilmesidir. O hâlde, bu şartın gerçekleşebilmesi için öncelikle meydana getirilen şeyin muhdesatın unsurlarını taşıması gerekmektedir. Bu şartlara yukarıda değinildiğinden bu başlık altında tekrar açıklama yapılmayacaktır. Buna ek olarak, meydana getirilen muhdesatın hukuka aykırı olması da şarttır. Nitekim muhdesatı meydana getiren kişi ile arazi sahibi arasında meydana getirilen muhdesatın hukuka uygun olmasına imkan tanıyan geçerli bir hukukî ilişkinin bulunması hâlinde, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde haksız yapı hükümleri değil, bu hukukî ilişkiden kaynaklanan hak ve yükümlülükler uygulama alanı bulacaktır⁸⁸. Ne var ki muhdesatı meydana getiren kişiye bu yönde yetki veren hukukî ilişkinin geçersiz olması hâlinde, haksız yapı hükümlerine başvurulması gerekmektedir⁸⁹. Ayrıca arazi sahibinin muhdesatı meydana getiren kişiye bu yönde açık veya örtülü olarak muvafakat göstermesi, meydana getirilen muhdesatın hukuka

aykırı olmasına engel olmaz. Ancak bu muvafakat, arsa sahibi ile muhdesatı meydana getiren kişi arasında bir hukukî ilişkinin kurulmasına yol açmışsa, artık bu hukukî ilişkinin hükümlerine başvurulmalıdır⁹⁰.

Muhdesat bedelinin tahsili davasının kapsamına, teorik anlamda sadece muhdesatın hukuka aykırı olarak meydana getirildiği hâller girmektedir. Bu anlamda bir kişinin haklı bir sebep olmaksızın başkasının taşınmazında meydana getirdiği muhdesat, hukuka aykırı muhdesat sayılmaktadır. Elbette hukuka aykırı olarak meydana getirilen muhdesat bakımından da bütüncüci parça kuralı etkili olmakta ve arazinin maliki kendiliğinden muhdesatın da maliki hâline gelmektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, bu durumda taşınmaz malikinin malvarlığının muhdesatı meydana getiren malvarlığı aleyhine çoğalması söz konusudur⁹¹. O hâlde, tarafların malvarlıkları arasındaki bu kayma (muhdesatı meydana getiren tarafın fakirleşmesi, buna karşılık arazi sahibinin zenginleşmesi) sebepsiz zenginleşme kurumunun şartlarıyla da örtüşmektedir. Ne var ki, teorik olarak zenginleşmenin muhdesatın meydana getirildiği anda gerçekleşmekteyse de Yargıtay'a göre⁹² zenginleşme bu tarihte değil, kısaca muhdesatı meydana getiren kullanımının engellenmediği ve muhdesatın taşınmaz malikine ekonomik bir katkı sağladığı anda gerçekleşmektedir.

⁹⁰Ataay, s. 19; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 806, dn. 14d; Erkan, *TMK m. 724*, s. 452-453.

⁹¹Schmid/ von Graffenried, *in: OFK ZGB*, Art. 672, N. 1; Ernst/ Zogg, S. 11; Köprülü, s. 601; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 527, 528; Hatemi, s. 130; Ayan, *Mülkiyet*, s. 369, 374.

⁹²Paylı ve elbirliği mülkiyetinde paydaşlardan birisinin taşınmaz üzerinde yaptığı muhdesat nedeniyle diğer paydaşların zenginleşmesi, bu muhdesatın yapıldığı tarihte değil, ortaklığın giderilmesi yoluyla satış yapıldığı ve muhdesat dahil satış bedelinden tüm maliklerin payını aldığı tarihte gerçekleşmektedir. Bkz. YİBK. T.22.02.1991, E.1990/1 K.1991/1 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Aynı yönde bkz. Y8.HD. T.15.6.2020, E.2017/13565 K.2020/3423 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y8.HD. T.3.3.2015, E.2014/18251 K.2015/5366 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y8.HD. T.5.10.2020, E.2018/8383 K.2020/5777 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y3.HD. T.5.2.2019, E.2019/238 K.2019/703, "Sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için bir tarafın mal varlığının diğer tarafın malvarlığı aleyhine çoğalması gerekir. İade borcunun kapsamını belirlemede öncelikle fakirleşme ve zenginleşme zamanının tesbit edilmesi gerekir. Sebepsiz zenginleşme borçlusunun, muhdesatın yapıldığı anda ekonomik açıdan zenginleştiği, yapanın ise o anda fakirleştiği ileri sürülmez. Zira, vücuda getiren tarafından kullanılan muhdesatın, taşınmaz malikine herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Bu nedenle, ekonomik yönden zenginleşme ve fakirleşmenin, satış suretiyle taşınmazdaki ortaklığın giderildiği anda gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Daha açık deyişle, sebepsiz zenginleşme, satışın yapıp bedelinin ödendiği tarihte gerçekleşir" (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

⁸⁶Y8.HD. T.13.1.2020, E.2016/10642 K.2020/53 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

⁸⁷Y8.HD. T.8.6.2020, E.2017/13564 K.2020/3080 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

⁸⁸Rey/ Strebel, *in: BSK ZGB II*, Art. 672, N. 2; Zelger, *in: KUKO ZGB*, Art. 672, N. 1; Haab/ Simonius/ Scherrer/ Zobl, *in: ZK ZGB*, Art. 671-673, N. 2; Schmid/ von Graffenried, *in: OFK ZGB*, Art. 672, N. 3; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 851; Sutter-Somm, N. 667; Rey, N. 475, 488; Meier-Hayoz, *in: BK ZGB*, Art. 671, N. 15; Göksu, *in: CHK ZGB*, Art. 672, N. 2; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 842; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1756; Ayan, *Mülkiyet*, s. 365; Ertaş, N. 1627; Esener/ Güven, s. 251; İnal, s. 253; Akçaal, *Eşya*, s. 460; Sirmen, s. 421; Vehbi Umut Erkan, "Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63(3), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42402/510699>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 451; Akçaal, *Muhdesat*, s. 83; Belge, s. 91-92. Federal Mahkeme'nin de bu yönde verilmiş kararları mevcuttur. Bkz. BGE 99 II 131, BGE 105 II 92, Federal Mahkeme'nin kararlarına buradan erişilebilir: <<https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de>> Erişim Tarihi 31 Ekim 2022. Diğer bir deyişle, "yapının geçerli bir hukukî ilişkiye dayanmaksızın meydana getirilmiş olması" da haksız yapının unsurlarından birisidir. Bkz. İnal, s. 247; Yağcıoğlu, s. 440.

⁸⁹Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 843; İnal, s. 255; Erkan, *TMK m. 724*, s. 452.

2. Arazi Maliki Muhdesatın Sökülüp Kaldırılmasını Talep Etmemeli veya Bu Yöndeki Talep Mahkemece Reddedilmiş Olmalı

Taşınmazında hukuka aykırı olarak muhdesat meydana getirilmiş olan taşınmaz maliki, bunun meydana getiren kişi tarafından sökülüp kaldırılmasını isteyebilir (TMK m. 722/III). Muhdesatı meydana getiren kişi, taşınmaz malikinin bu talebini yerine getirirse herhangi bir problemle karşılaşmaz. Buna karşılık, muhdesatı meydana getiren kişi, bunu kendi isteğiyle söküp kaldırmaya yanaşmazsa, taşınmaz maliki tarafından buna yönelik bir dava açılması gerekir. Bu talebinin mahkemece kabul edilebilmesi için, taşınmaz malikin muhdesatın meydana getirilmesine açık veya örtülü olarak muvafakat etmemiş olması ve sökmünün aşırı bir zarara yol açmaması gerekmektedir (TMK m. 722/III). Hangi şekilde olursa olsun muhdesatın sökülüp kaldırılması hâlinde, onu meydana getiren kişinin muhdesat bedeli talebinde bulunmasına gerek kalmaz. Zira artık başkasının taşınmazında hukuka aykırı olarak meydana getirilen bir muhdesat bulunmamaktadır.

Muhdesat bedeli talebinde bulunabilmek için, başkasının taşınmazında hukuka aykırı olarak meydana getirilmiş bir muhdesatın mevcut olması şartı, arazi malikinin muhdesatın sökülüp kaldırılmasını talep etmemesini veya bu yöndeki talebinin mahkemece reddedilmiş olmasını gerektirmektedir⁹³.

D. Tarafları

Muhdesat bedelinin tahsili davasının davacısı, muhdesatı meydana getiren kişi veya onun mirasçısıdır. Şayet bu kişi muhdesatı bizzat veya kendisine bağlı olan kimseler aracılığıyla meydana getirmişse, herhangi bir sorunla karşılaşmaz⁹⁴. Ne var ki, muhdesatın bir eser sözleşmesi vesilesiyle yüklenici tarafından meydana getirilmesi hâlinde, malzeme sahibi sıfatının kime ait olduğu zihni kurcalayabilir. İlk olarak, doğrudan arsa sahibiyle yap-

tıkları ancak geçersiz olan bir eser sözleşmesine istinaden kendi malzemeleriyle muhdesat meydana getiren yüklenicinin TMK m. 723'te düzenlenen muhdesat bedelini talep edebileceği aşıkardır. Ancak yüklenicinin doğrudan arsa sahibi ile değil de arsa sahibi olmayan başka bir kişi ile yaptığı eser sözleşmesine istinaden muhdesat meydana getirmesi hâlinde muhdesat bedelini kimin talep edebileceği meselesi gündeme gelir. Bu durumda arsa sahibi olmayan yetkisiz iş sahibi malzemeleri kendisi tedarik etmişse, muhdesatı yüklenici vasıtasıyla meydana getirmiş olsa bile, muhdesat bedelini talep hakkı ona ait olacaktır. Buna karşılık, muhdesatı arsa sahibi dışında yetkisiz bir kişi ile yaptığı eser sözleşmesine istinaden meydana getiren yüklenici, malzemeleri de bizzat kendisi tedarik etmişse, muhdesat bedelini talep hakkının kime ait olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁹⁵, bu gibi durumlarda muhdesat bedelini talep hakkının kendisiyle yaptığı sözleşme çerçevesinde yükleniciyi yönlendiren iş sahibine ait olduğu sonucuna varılmalıdır. Diğer görüşe göre⁹⁶, bu durumda muhdesat bedelini talep etme hakkı, arazi sahibi olmayan yetkisiz iş sahibine değil, kendi malzemelerini kullanarak muhdesatı meydana getiren yükleniciye ait olmalıdır.

Bu davada davalı ise, muhdesat meydana getirilirken taşınmazın maliki olan kişi veya onun küllî halefleridir. Muhdesatı meydana getiren kişi, taşınmazı satın alan üçüncü kişiden böyle bir istemde bulunamaz⁹⁷.

E. Yetkili ve Görevli Mahkeme

HMK m. 6 hükmüne göre, genel yetkili mahkeme davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Kanun koyucu bazı davalar için özel yetki kuralları öngörerek bunun dışında bazı mahkeme veya mahkemeleri de yetkili kılmıştır. Muhdesat bedelinin tahsili davası, özünde sebepsiz zenginleşme talebine dayandığı için ne sözleşmeden doğan davalar bakımından özel yetki kuralı içeren HMK m. 10 hükmü ne de taşınmazın ayırından doğan davalara ilişkin HMK m. 12 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Zira HMK m. 10 hükmü sözleşmeden doğan davalar için öngörüldüğünden, se-

⁹³Rey, N. 488; Meier-Hayoz, in: *BK ZGB*, Art. 672, N. 2; Rey/ Strebel, in: *BSK ZGB II*, Art. 672, N. 5; Zelger, in: *KUKO ZGB*, Art. 672, N. 2; Göksu, in: *CHK ZGB*, Art. 672, N. 1; Haab/ Simonius/ Scherrer/ Zobl, in: *ZK ZGB*, Art. 671-673, N. 25; Hrubesch-Millauer/ Graham-Siegenthaler/ Roberto, N. 06.46; Schmid/ von Greffenried, in: *OFK ZGB*, Art. 672, N. 2; Sutter-Somm, N. 667; Ayiter, s. 125; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 832; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1792; Sirmen, s. 429; Akçaal, *Eşya*, s. 463; Erkan, *TMK m. 722-723-724*, s. 135; Yağcıoğlu, s. 439.

⁹⁴Paul Piotet, "İsviçre Medeni Kanunu'nun (İMK) 671-673. Maddeleri Anlamında Başkasının Arsası Üzerindeki Haksız İnşaatla Kullanılan Malzemelerin Sahibi Kimdir?", Mehmet Ünal (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34(1), 1977, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/630612>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 241; Erkan, *TMK m. 724*, s. 453; Yağcıoğlu, s. 437.

⁹⁵Piotet/Ünal, s. 241; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 821-822; Yağcıoğlu, s. 437-438.

⁹⁶Erkan, *TMK m. 724*, s. 455-456.

⁹⁷Rey/ Strebel, in: *BSK ZGB II*, Art. 672, N. 7; Zelger, in: *KUKO ZGB*, Art. 672, N. 2; Meier-Hayoz, in: *BK ZGB*, Art. 672, N. 8; Göksu, in: *CHK ZGB*, Art. 672, N. 8; Rey, N. 490; Schmid/ Hürlimann-Kaup, N. 895a; Ernst/ Zogg, s. 11; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 638; Ertaş, N. 1630; Akçaal, *Muhdesat*, s. 102-103; Yağcıoğlu, s. 447.

bepsiz zenginleşme temelli talepler bakımından uygulanamaz⁹⁸. HMK m. 12 hükmünün uygulanabilmesi için de davanın taşınmazın aynından doğması gerekmektedir. Hükümde, taşınmaz üzerindeki aynı hakka ilişkin veya aynı hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davaların bu nitelikte olduğu belirtilmiştir. Hâl böyle olunca, taşınmazları konu edinen kişisel haklara ilişkin davalar HMK m. 12 hükmünün kapsamı dışında kalmaktadır⁹⁹. Bu nedenle, muhdesat bedelinin tahsili davasında davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu ifade edilebilir.

Muhdesat bedelinin tahsili davaları, konusu para ile ölçülebilen ve malvarlığı hukukundan doğan davalardır. HMK m. 2/I hükmünde dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle, muhdesat bedelinin tahsili davalarında, ticarî bir dava söz konusu olmadığı müddetçe, asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu ifade edilebilir.

F. Süre

Muhdesat bedeli talebinin hangi sürede zamanaşımına uğrayacağı konusunda TMK m. 723'te herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere¹⁰⁰, bu konuda sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımını süresinin (TBK m. 82; OR Art. 67) uygulanması gerekmektedir. O hâlde, muhdesat bedeli talebi hak sahibinin bu hakkının olduğunu öğrendiği tarihten itibaren iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.

Yargıtay'a göre¹⁰¹, ortaklığın giderilmesi hâlinde zenginleşme muhdesa-

tın meydana getirildiği anda değil, taşınmazın satışının yapılarak hak sahibinin ondan el çektirildiği ve satış bedelinin taşınmaz malikine ödendiği anda gerçekleşmektedir. Ne var ki, Yargıtay'ın bu yaklaşımı somut olay adaletini sağlamakta ise de teorik olarak isabetli değildir¹⁰². Zira zenginleşmenin malvarlığın çoğaldığı veya azalmasının engellendiği anda gerçekleşmesi, mantık kuralarının bir gereğidir. Bütünleyici parça ilkesinin bir sonucu olarak muhdesatın meydana getirildiği (tamamlandığı) anda zenginleşme hukuken meydana gelmiştir¹⁰³.

G. Hükümü

Muhdesat bedelinin tahsili davasının kabulü hâlinde, arazi sahibinin muhdesatı meydana getiren kişiye bir bedel ödemesine hükmedilmektedir. Hâkim tarafından muhdesat bedelinin ödenmesine karar verilebilmesi için, bunun talep edilmiş olması gerekir. Şayet muhdesatı meydana getiren kişi böyle bir talepte bulunmamışsa, hâkim re'sen bedel ödenmesine karar veremez¹⁰⁴.

Y.8.HD. T.3.3.2015, E.2014/18251 K.2015/5366 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y.8.HD. T.5.10.2020, E.2018/8383 K.2020/5777 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y.3.HD. T.5.2.2019, E.2019/238 K.2019/703, "Sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için bir tarafın mal varlığının diğer tarafın malvarlığı aleyhine çoğalması gerekir. İade borcunun kapsamını belirlemede öncelikle fakirleşme ve zenginleşme zamanının tesbit edilmesi gerekir. Sebepsiz zenginleşme borçlusunun, muhdesatın yapıldığı anda ekonomik açıdan zenginleştiği, yapanın ise o anda fakirleştiği ileri sürülmez. Zira, vücuda getiren tarafından kullanılan muhdesatın, taşınmaz malikine herhangi bir katkısı bulunmamaktadır. Bu nedenle, ekonomik yönden zenginleşme ve fakirleşmenin, satış suretiyle taşınmazdaki ortaklığın giderildiği anda gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Daha açık deyişle, sebepsiz zenginleşme, satışın yapılarak bedelinin ödendiği tarihte gerçekleşir" (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022). Yargıtay tarafından verilen bir kararda da (Y.3.HD. T.28.6.2012, E.2012/10762 K.2012/16399, lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022), ortaklığın giderilmesi davasında aynen taksim kararı verilmiş ve bu karar üzerinde dava konusu parseller davalı adına tescil edilmiştir. Daha sonra davacılar tarafından davalı adına tescil edilen parselde davacılar tarafından tesis edilen pek çok tesis ve yetiştirilen ağaç bulunduğundan bahisle bunların bedeli talep edilmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından açılan davanın sebepsiz zenginleşme davası niteliğinde olduğu ve zamanaşımını süresinin dolduğundan bahisle dava reddedilmiştir. Ne var ki, Yargıtay, muhdesat bedeli talep edilen bu taşınmazların dava tarihinde fiilen kimin kullanımında olduğu dosya kapsamından anlaşılmasından ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

¹⁰²Aynı yönde bkz. Akçaal, *Muhdesat*, s. 106. Zamanaşımının başlangıç anına ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler için bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 838-840.

¹⁰³Aynı yönde bkz. Schmid/ von Greffenried, *in: OFK ZGB*, Art. 672, N. 7.

¹⁰⁴Ataay, s. 82; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 832; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1798; Sirmen, s. 430; Ayan, *Mülkiyet*, s. 376.

⁹⁸Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 220; Mine Akkan, *Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I*, Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz (Ed.), 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 285-286; Postacıoğlu/ Altay, N. 264.

⁹⁹Tanrıver, s. 233; Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 222; Akkan, *Pekcanitez Usûl*, s. 295; Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 189.

¹⁰⁰Rey, N. 499; Schmid/ von Greffenried, *in: OFK ZGB*, Art. 672, N. 7; Ataay, s. 84; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 838-839; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1796; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 528; Ayan, *Mülkiyet*, s. 376; Yağcıoğlu, s. 455-456; Belge, s. 135; krs. Sirmen, s. 430.

¹⁰¹YİBK. T.22.02.1991, E.1990/1 K.1991/1 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Aynı yönde bkz. Y.8.HD. T.15.6.2020, E.2017/13565 K.2020/3423 (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022);

Ödenecek bu bedelin miktarı konusunda TMK m. 723/III hükmünde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, muhdesatı meydana getiren kişinin iyiniyetli olup olmaması, ödenecek bedelin miktarı bakımından belirleyici bir rol oynamaktadır. Muhdesatı meydana getiren kişi *iyiniyetli ise*, arazi malikinin uygun bir bedel¹⁰⁵ ödemesi gerekir (TMK m. 723/I). Bu bağlamda arazi üzerinde muhdesatı meydana getirme yetkisinin olmadığını bilmiyor ve somut olayın özelliklerine göre de bilmesi gerekmiyorsa, muhdesatı meydana getiren kişi iyiniyetlidir¹⁰⁶. Ödenecek bedelin miktarı ve hakkaniyete uygunluğu konusunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır.

Buna karşılık, muhdesatı meydana getiren kişi *kötüniyetli ise*¹⁰⁷, ödenmesi gereken bedel, “*bu malzemenin (veya bitkilerin) arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçemeyebilir*” (TMK m. 723/III). TMK m. 723/III hükmünde malzemenin değerinden söz edilmesine karşılık, ZGB Art. 672 Abs. 3 hükmünde inşaatın (yapının) değerinden (... , was **der Bau für den Grundeigentümer allermindestens wert ist**) söz edilmektedir. Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere¹⁰⁸, TMK m. 723/III hükmünde geçen “*malzemenin*” ifadesini, ZGB Art. 672 Abs. 3 hükmüne uygun olarak “*inşaatın (yapının)*” şeklinde anlamak gerekmektedir. O hâlde, muhdesatı meydana getiren kişinin kötüniyetli olması hâlinde kendisine ödenmesi gereken bedel, muhdesatın arazi maliki için taşıdığı en az değerdir. Diğer bir deyişle, muhdesatın arazi maliki için arz ettiği subjektif değer, ödenecek bedel miktarının tespitinde belirleyici olacaktır¹⁰⁹.

¹⁰⁵İsviçre öğretisine göre, uygun bedel kural olarak malzemenin yanı sıra, emeği de kapsamaktadır. Bundan dolayı uygun bedel, muhdesatı meydana getirenin emeğini ve muhdesat nedeniyle taşınmazın değerinde meydana gelen değer artışı da içermelidir. Bu konuda bkz. Zelger, in: KUKO ZGB, Art. 672, N. 3; Rey/ Strebel, in: BSK ZGB II, Art. 672, N. 7; Schmid/ von Greffenried, in: OFK ZGB, Art. 672, N. 9; Sutter-Somm, N. 668; Meier-Hayoz, in: BK ZGB, Art. 672, N. 9, 20; Tuor/ Schnyder/ Schmid/ Rumo-Jungo, s. 850; Göksu, in: CHK ZGB, Art. 672, N. 3.

¹⁰⁶Bkz. Rey, N. 492; Meier-Hayoz, in: BK ZGB, Art. 672, N. 6; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1794; Akipek/ Akıntürk/ Ateş, s. 528; Arık, s. 985; Ertaş, N. 1660; Talih Uyar, “Paylı Gayrimenkule Bir Paydaş Tarafından Yapılan Faydalı Giderlerin, Uygulamada Yarattığı İhtilaf”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 1970, s. 550; Erkan, *TMK m. 722-723-724*, s. 142-143; Yağcıoğlu, s. 447; Belge, s. 99.

¹⁰⁷Müşterek veya iştirak halinde mülkiyet konusu olan arsada birlikte malik olanlardan birisinin tek başına yetkisi olmaksızın muhdesat meydana getirmesi hâlinde, bu kişi kural olarak kötüniyetli olarak değerlendirilir. Bkz. Ataay, s. 96; Berki, s. 35; Ertaş, N. 1664; Uyar, s. 550; Yağcıoğlu, s. 448.

¹⁰⁸Köprülü, s. 602; Ayan, *Mülkiyet*, s. 375, dn. 721; Ataay, s. 100; Gürsel, *Mustafa*, s. 58; Erkan, *TMK m. 722-723-724*, s. 152; Yağcıoğlu, s. 451.

¹⁰⁹Bkz. Rey, N. 494; Rey/ Strebel, in: BSK ZGB II, Art. 672, N. 9; Zelger, in: KUKO ZGB, Art. 672, N. 3; Schmid/ von Greffenried, in: OFK ZGB, Art. 672, N. 14; Haab/ Simonius/ Scherrer/

Öte yandan, muhdesatı meydana getiren kişinin talebinin aslında sebep-siz zenginleşmeye dayanan bir talep olduğu düşünüldüğünde, TBK m. 79-80 hükümlerinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu hükümlerde, TMK m. 723 hükmünden farklı olarak muhdesatı meydana getiren kişinin iyiniyetli veya kötüniyetli olması değil, zenginleşen kişinin iyiniyetli olup olmamasından bahsedilmektedir. Kanaatimizce muhdesat bedelinin tahsili davalarında hem TMK m. 723 hem de TBK m. 79-80 hüküm dikkate alınmalıdır¹¹⁰. Ne var ki, ortaklığın satış yoluyla giderilmesine dair verilen kararın kesinleşmesi ve dava konusu parselin satışının yapılmasından sonra açılan muhdesat bedelinin tahsili davalarına ilişkin verilen Yargıtay kararlarında¹¹¹ hükmedilecek mikta-

Zobl, in: ZK ZGB, Art. 671-673, N. 25; Meier-Hayoz, in: BK ZGB, Art. 672, N. 18; Göksu, in: CHK ZGB, Art. 672, N. 6; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1797; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 836; Ayan, *Mülkiyet*, s. 375, dn. 722; Erkan, *TMK m. 722-723-724*, s. 153-154; Yağcıoğlu, s. 451; Belge, s. 132. Muhdesatı meydana getiren kişiye muhdesatın arazi maliki için taşıdığı subjektif değerden ödenmesi nedeniyle, İsviçre öğretisinde kötüniyetli malzeme sahibinin bedel talebi, kural olarak sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Rey, N. 495.

¹¹⁰Mesela, öğretide tazminat talep edildiği zaman bina yanmışsa ve bunda iyiniyetli arsa sahibinin kusuru bulunmamakta ise, arsa sahibinin herhangi bir ödeme yükümlülüğü altında olmadığı ifade edilmektedir. Bu sonuca varılırken arsa sahibinin başkasının malvarlığına el uzatmamış olmasına rağmen; malzeme sahibinin haksız inşaat yapmış olması gerekçe gösterilmekte ve iyiniyetli arsa sahibinin tazminat ödemesinin hakkaniyete aykırı olduğu belirtilmektedir. Buna karşılık, arsa sahibinin kötü niyetli olması hâlinde, kanunun bu konuda özel bir açıklama yapmadığı belirtildikten sonra, eMK m. 649/I-c.2 (TMK m. 723/II) hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle arsa sahibinin bütün zararları tazminle mükellef olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 835. Görüldüğü üzere, öğretilerde tazminat (iade) yükümlüsü arsa sahibinin iyiniyetli veya kötüniyetli olmasına göre bir ayırım yapılması ve buna göre ödenecek bedelin belirlenmesi hakkaniyete uygun görülmektedir. Kanaatimizce bu durum, sebepsiz zenginleşmede geri vermenin kapsamına ilişkin TBK m. 78-80 hükümlerinin göz ardı edilmemesini gerektirmektedir. Ayrıca bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, *Eşya*, s. 810-812; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay-Özdemir, N. 1795, 1797.

¹¹¹Y.8.HD. T.15.6.2020, E.2017/13565 K.2020/3423, “Hal böyle olunca, Mahkemece yapılması gereken iş; dava konusu taşınmazın satışına ilişkin olarak ... Sulh Hukuk Mahkemesinin 2012/6 numaralı satış dosyası ayrıntılı incelenmek suretiyle taşınmazın, davacıların murisi tarafından yapıldığı bildirilen muhdesatlarla birlikte ihale tarihindeki gerçek değeri ile muhdesatlar dikkate alınmaksızın çıplak gerçek sürüm değerinin, uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile belirlenmesi, bu şekilde elde edilecek değerler arasında bir fark meydana geldiğinde bunların birbirine oranlanması, bu oranın ihale ile yapılan satış bedeline uygulanarak, davacıların yaptığı belirtilen muhdesatın ihale bedeline yansımaya miktarının belirlenmesi, bulunacak bu miktardan, davacıların dava konusu taşınmazda hissedar olduğu da gözetilerek, davalıların payına isabet eden miktara hükmedilmesidir” (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022); Y.3.HD. T.5.2.2019, E.2019/238 K.2019/703, “Bu durumda, sebepsiz zenginleşme sebebiyle hükmedilecek miktar, muhdesatların satış tarihinde taşınmazın değerinde meydana getirdiği artış oranında olmalıdır. Diğer bir anlatımla, taşınmazın davacılar için muhdesatlar yapılmamış olsa idi kaç liraya satılabileceği, muhdesatlar ile birlikte kaç liraya satılabileceği bilirkişiye tesbit ettirilmeli, taşınmazın muhdesatlar hariç belirlenen satış değeriyle muhde-

rın muhdesatın satış tarihinde taşınmazın değerinde meydana getirdiği artış oranı olduğu belirtilmekte ve muhdesatı meydana getiren kişinin iyiniyetli olup olmadığına değinilmemektedir. Gerçekten masraftan ötürü zenginleşmeye dayalı istemlerde en önemli problem, kişiye hiç düşünmediği ve istemediği bir değişikliğin dayatılmasına ne şekilde engel olunabileceği meselesidir. Öğretide¹¹² bu sorunun iade borcunun kapsamının objektif piyasa değeri yerine, zenginleşmenin sadece zenginleşen bakımından taşıdığı bireysel ve sübjektif yarara göre belirlenerek çözülebileceği ileri sürülmektedir. Bu konuda açık bir hüküm bulunmayan müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşme hâllerinde dahi, bu sonuca ulaşılması gerekli görülüyorsa; muhdesatı meydana getirenin kötüniyetli olması durumunda aynı sonuca ulaşan TMK m. 723/III hükmünün bu sonuca ulaşmayı kolaylaştırdığı ifade edilebilir¹¹³. Sonuç olarak, Yargıtay'ın muhdesat bedelinin tahsili davalarını klasik bir sebepsiz zenginleşme davası olarak nitelendirmesi ve TMK m. 723 hükmünü göz ardı ederek salt TBK m. 79-80 hükümlerine göre iade borcunu belirlemesi eleştire açıktır.

IV. SONUÇ

Türk Medenî Kanunu'nda muhdesat kavramına yer verilmemesine rağmen, Kadastro Kanunu başta olmak üzere mevzuatta ve uygulamada bu kavramın kullanıldığını görmek mümkündür. Kelime anlamı itibarıyla “*sonradan oluşturulmuş şeyler*” anlamına gelen muhdesat kavramının hukukî açıdan neyi ifade ettiği Kadastro Kanunu'nda açıklanmamıştır. Yargıtay'ın 22.12.1995 tarihli ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre meydana getirilen yeniliğin muhdesat olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda amaca göre yorum yapılması gerekmektedir. Kanaatimizce muhdesat kavramının taşınmazın malikinden başkası veya bu konuda yetkisi olmayan müşterek veya iştirak hâlinde maliklerden birisi tarafından sürekli kalmak maksadıyla meydana getirilen yapı ve/veya bitkilerdir şeklinde tanımlanması mümkündür. Buna göre, bir şeyin muhdesat olarak nitelendirilebilmesi için, “*yapı veya bitki biçiminde olma*”, “*sonradan meydana getirilme*”, “*sürekli kalmak maksadıyla meydana getirilme*”, “*özel mülkiyete tâbi olmayan bir*

taşınmaz üzerinde meydana getirilme” ve “*taşınmazın maliki dışında bir kişi tarafından meydana getirilme*” şeklindeki unsurlara sahip olması gerekmektedir.

Türk Hukuku'nda eski hukuktan farklı olarak ikili mülkiyet sistemi kabul edilmemiştir. Diğer bir deyişle, taşınmazın bir kişiye ve bu taşınmazın üzerinde bulunan muhdesatın başka bir kişiye ait olması kural olarak mümkün değildir. Türk Medenî Kanunu'nda kabul edilen bütüncü parça ilkesi sebebiyle (TMK m. 718) taşınmaza malik olan kimse onun üstünde veya altında meydana getirilen muhdesata (yapı ve/veya bitkilere) da malik olmaktadır. Malikin kendi arsasında kanunda öngörülen sınırlamalara uyarak yapı yapması ve/veya bitki dikmesi, hukukî bir soruna yol açmamaktadır. Yine, bir kişinin başkasının arsasında sözleşmesel bir ilişkiye ya da sınırlı aynî hakka istinaden yapı yapması ve/veya bitki dikmesi hâlinde, ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde sözleşme veya özel kanun hükümleri göz önünde bulundurulmaktadır.

Başkasına ait taşınmaz üzerinde haklı bir sebebe dayanılmaksızın yapı yapılması veya bitki dikilmesi hâlinde ise, muhdesatı meydana getiren kişinin arsanın malikinden muhdesat bedelini talep etme hakkının yasal dayanağına ilişkin öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler, “*zilyetliğin korunmasına ilişkin hükümlere başvurulabileceği*”, “*haksız yapı hükümlerinin uygulanması gerektiği*”, “*doğrudan sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulabileceği*” ve “*öncelikle haksız yapı hükümleri olmak üzere sebepsiz zenginleşme hükümlerinin de uygulama alanı bulabileceği*” şeklindedir. Kanaatimizce, iade ve tazmine yönelik özel hükümlerin mevcut olduğu durumlarda sebepsiz zenginleşme hükümlerine kural olarak başvurulamaz. Bu özel düzenleme yanında sebepsiz zenginleşme hükümlerine de başvurulabilmesi için, öncelikle sebepsiz zenginleşmenin unsurlarının somut olayda gerçekleşmiş olması ve söz konusu özel düzenlemeden yasaklayıcı bir anlam çıkmaması gerekmektedir. TMK m. 723 hükmünden sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamayacağı şeklinde yasaklayıcı bir anlam çıkmamaktadır. Ayrıca anılan hükümde “*tazminat*” kelimesinin kullanılması da sebepsiz zenginleşme kurallarına başvurulmasına engel teşkil etmemektedir. Burada üzerinde durulması gereken diğer mesele ise, arazi sahibinin zenginleşmesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığıdır. Zira arazi sahibinin zenginleşmesi, bütüncü parça kuralına ve dolayısıyla kanuna (TMK m. 718/II) dayanmaktadır. Diğer bir deyişle, arazi malikinin zenginleşmesinin hukukî sebebi bir kanun hükmüdür. Öğretide de kabul edildiği üzere, mülkiyet hakkını kanun gereği kazanan kişiye karşı sebepsiz zenginleşme davasının açılıp açılmayacağı hususunun temelinde yasal değer yargıları bulunmaktadır. Bu değer yargılarına

satlar dahil belirlenen satış değeri birbirine oranlanmalı, bu oranın taşınmazın üçüncü kişiye satış bedeline uygulanması suretiyle elde edilecek fark bedel kadar davalıların muhdesatlar nedeniyle zenginleştiği kabul edilmelidir. Başka bir deyişle, davacıya ait muhdesatların satış bedelinden davalılara ödenmiş olan paradan yukarıda açıklanan orantı ile bulunacak kısım kadar davalılar sebepsiz zenginleşmiş sayılır. Aynı şekilde, satış sonucu davacının yaptırdığı muhdesatların elinden çıkması ile mamelekinde bir azalma olacağı da kesindir” (lexpera.com.tr, E.T.: 18.09.2022).

¹¹²Serozan, *Sebepsiz Zenginleşme*, TBK m. 77, N. 170.

¹¹³Aynı görüşte bkz. Gümüş, s. 627.

göre, arazi sahibinin muhdesata malik olması her ne kadar bir kanun hükmüne dayanıyor olsa da bu hüküm, onu elde ettiği değeri iade etmekten kurtarmamalıdır. Bu nedenle, muhdesat bedelini tahsiline yönelik talep bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerine de başvurulabilmelidir.

Başkasına ait bir taşınmaz üzerinde muhdesat meydana getiren kişinin bazı taleplerde bulunması mümkündür. Bu amaçla açılan davalardan birisi, “muhdesatın tespiti davası” olarak adlandırılmaktadır. Bu davanın bazı yargı kararlarında “muhdesatın aidiyetinin tespiti davası” olarak isimlendirilmesi, eşya hukukunun ilkeleriyle örtüşmemektedir. Zira arsa üzerinde meydana getirilen muhdesatın bütünleyici parça ilkesi nedeniyle taşınmaz malikinden başka bir kişiye ait olması ya da bunun tespit edilmesi mümkün değildir. Muhdesatın tespiti davası, muhdesatın kim tarafından meydana getirildiğinin belirlenmesi amacıyla açılan bir tespit davasıdır. Bu nedenle Yargıtay’a göre, muhdesatın tespitinin istenebilmesi için, “derdest ortaklığın giderilmesi davası”, “kentsel dönüşüm uygulaması” ya da “kamulaştırma işlemi” gibi istisnai bir durum söz konusu olmalıdır.

Buna karşılık, derdest ortaklığın giderilmesi davası gibi istisnai bir durum söz konusu olmasa bile, taşınmazda bulunan muhdesat sebebiyle muhdesat bedelinin tahsili davasını açmak mümkündür. Muhdesat bedelinin tahsili davasının açılabilmesi için, “başkasının taşınmazında hukuka aykırı olarak muhdesat meydana getirilmesi” ve “arazi malikinin muhdesatın sökülüp kaldırılmasını talep etmemesi veya bu yöndeki talebin mahkemece reddedilmiş olması” gerekmektedir. Bu dava, muhdesatı meydana getiren kişi veya onun mirasçıları tarafından muhdesat meydana getirilirken taşınmazın maliki olan kişi veya onun küllî haleflerine karşı açılmalıdır. Davanın görülmesi bakımından davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesi, yetkili ve görevlidir. Muhdesat bedeli talebinin hangi sürede zamanaşımına uğrayacağına ilişkin TMK m. 723’te herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresinin (TBK m. 82) bu dava bakımından da uygulanması mümkündür. Yargıtay tarafından zenginleşmenin muhdesatın meydana getirildiği anda değil, taşınmazın satışının yapılarak hak sahibinin ondan el çektiği ve satış bedelinin taşınmaz malikine ödendiği anda gerçekleştiği ve bu nedenle zamanaşımı süresinin de bu andan itibaren başlayacağına hükmedilmesi somut olay adaletini sağlama bakımından olumlu olsa da, teorik olarak isabetli değildir. Zira zenginleşme, muhdesatın meydana getirildiği (tamamlandığı) anda bütünleyici parça ilkesinin bir sonucu olarak hukukten gerçekleşmiştir.

KAYNAKÇA

- Akçaal M, “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Işığında Muhdesat”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 12(51), 2022, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/71085/1139352>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 77-112 (Muhdesat).
- Akçaal M, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022 (Eşya).
- Akıncı Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 12. Baskı, Sayram, 2021.
- Akipek J/ Akıntürk T/ Ateş D, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2018.
- Akman G S, *Taşkın İnşaat*, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Algan M R/ Türkay Y, *Yeni Hükümleri ile 766 Sayılı Tapulama Kanunu ve Uygulaması*, Özyayın Matbaacılık, 1966.
- Arık F, “Başkasının Arsası Üzerinde İnşaat ve Hüsnüniyet Meselesi”, *Adliye Dergisi*, 35(12), 1944, <<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adliye-dergisi/1944/s12-aralik-1944-sene35-sayfa176-cilt2.pdf>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 981-987.
- Arsebük E, “Bir İçtihat Birleştirme Kararı Münasebetiyle”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(1-2), 1951, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42943/519708>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 760-764.
- Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ataay, A M: *Kendi Malzemesiyle Başkasının Gayrimenkulünde Haksız İnşaat*, Baha Matbaası, 1959.
- Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Ayan M, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020 (Borçlar).
- Ayan M, *Eşya Hukuku, C. II, Mülkiyet*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020 (Mülkiyet).
- Aybay A/ Hatemi H, *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2014.

- Ayiter N, *Eşya Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1977.
- Belge A M, *Arazi Mülkiyetinin Maddi Kapsamı*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Berki Ş, *Aynı Haklar*, Yargıçoğlu Matbaası, 1965.
- Bilgin İ/ Kutay İ/ Özenen B, *Tapulama Kanunu Şerhi*, Güven Matbaası, 1966.
- Breitschmid P/ Jungo A (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016 (Bearbeiter, in: CHK ZGB, Art. N.).
- Büchler A/ Jakob D (Hrsg.), *Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018 (Bearbeiter, in: KUKO ZGB, Art. N.).
- Büyükcay Y, “Kendi Malzemesi ile Başkasının Arazisi Üzerine Yapılan Haksız İnşaa İlişkin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 17.09.2004 Tarih ve 8282 E./ 8506 K. No’lu Kararı Üzerine”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan*, 10(3-4), 2006, s. 419-432.
- Çağlar N/ Yılmaz N F, *3402 Sayılı Kadastro Yasası ve Uygulaması*, Ekspres Gazetecilik ve Matbaacılık, 1988.
- Doğan M/ Şahan G/ Atamulu İ, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Ders Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Dural M, *Eşya Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, 1981.
- Eren F, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 2021 (Borçlar).
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021 (Mülkiyet).
- Erkan V U, “Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63(3), 2014, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42402/510699>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 449-478 (TMK m. 724).
- Erkan V U, *Türk Medeni Kanunu’nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi (TMK m. 722-723-724)*, Yetkin Yayınları, 2013 (TMK m. 722-723-724).
- Ernst W/ Zog S, *Sachenrecht*, 3. Auflage, Dike Verlag, 2020.
- Ertuş Ş, *Eşya Hukuku*, 16. Baskı, Barış Yayınları, 2021.
- Esener T/ Güven K, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2015.
- Esmer G, *Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili*, Olgaç Matbaası, 1984.
- Feyzioğlu F N, *Zilyetlikte İadenin Mevzuu ve Şümulü*, 2. Baskı, Baha Matbaası, 1961.
- Furrer A/ Müller-Chen M/ Çetiner B, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Geiser T/ Stephan W (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019 (Bearbeiter, in: BSK ZGB II, Art. N.).
- Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Gürsel M, *2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu, Açıklamalı – Uygulamalı*, Bilim Matbaası, 1978 (Mustafa).
- Gürsel N, *Gayrimenkul Mülkiyetine Tecavüz Ederek Kendi Levazımile Başkasının Arsasına veya Başkasının Levazımile Kendi Arsasına İnşaat Yapmak ve Komşu Arsasına Tecavüz Eden İnşaat*, İstiklâl Matbaacılık, 1953 (Nurettin).
- Gürsoy K T/ Eren F/ Cansel E, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1978.
- Haab R/ Simonius A/ Scherrer W/ Zobl D, *Zürcher Kommentar, Band/Nr. IV/1, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB*, 2. Auflage, Schulthess, 1977 (Bearbeiter, in: ZK ZGB, Art. N.).
- Hatemi H, *Eşya Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Hatemi H/ Serozan R/ Arpacı A, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 1991.
- Hrubesch-Millauer S/ Graham-Siegenthaler B/ Roberto V, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017.
- İnal E, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, *İstanbul Üni-*

- versitesi *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 70(1), 2012, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9186/115108>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 245-276.
- Jolanta Kren Kostkiewicz/ Stephan Wolf/ Marc Amstutz/ Roland Frankhauser (Hrsg.), *Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2021 (Bearbeiter, in: OFK ZGB, Art. N.).
- Karamercan F, “Arsa Üzerinde Başkasına Ait Taşınmaz (Muhdesat)”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 87(6), 2013, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/Yayinlar/Dergi/doc/ibd201306.pdf>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 249-256.
- Kaşıkcı M, *Uygulamada Kadastro Kanunu*, Fatih Gençlik Vakfı Matbaası, 1988 (Kadastro).
- Kaşıkcı M, *Uygulamada Tapulama Kanunu, Açıklamalar – Örnekler ve İçti-hatlar*, Kazancı Matbaacılık, 1984 (Tapulama).
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, 2021.
- Köprülü B, “Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 10/4/1951 Tarihli ve 950/8661 Esas ve 1918 Sayılı Kararı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 18(1-2), 1952, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9110>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 598-603.
- Kurşun A S, *El Atmanın Önlenmesi Davası*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kutay İ, “Çözümlememiş Bir Sorun Haksız İşgal Tazminatı-Ecrimisil”, *Ankara Barosu Dergisi*, (5), 1976, s. 855-869.
- Meier-Hayoz A, *Berner Kommentar, Band IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 2. Teilband, Das Grundeigentum I, Art. 655-679 ZGB*, Stämpfli Verlag, 1974.
- Oğuzman M K/ Öz, M T, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 2*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Oğuzman M K/ Selici Ö/ Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020.
- Ozanalp A. N, *Tapulama Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Ünal Matbaası, 1976.
- Öz M T, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.
- Özmen E S/ Şengül M, *Kentsel Dönüşümde Kat Mülkiyeti Uygulamaları ile Sınırlı Aynı Haklar ve Şerhler*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Özmen İ/ Çorbacı H, *3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi*, Feryal Matbaacılık, 1988.
- Pekcanitez H/ Özekes M/ Akkan M/ Taş Korkmaz H (Edit.), *Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017 (Paragraf Yazarının Soyadı, Pekcanitez Usûl, İlgili Sayfa).
- Piotet P, “İsviçre Medeni Kanunu’nun (İMK) 671-673. Maddeleri Anlamında Başkasının Arsası Üzerindeki Haksız İnşaatta Kullanılan Malzemele-rin Sahibi Kimdir?”, Mehmet Ünal (Çev.), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 34(1), 1977, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/630612>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 233-252.
- Postacıoğlu İ E, “Suiniyet Sahibi Zilyetlerin Ecri Misille Mükellef Olup Olmadığı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 17(1-2), 1951, s. 414-436.
- Postacıoğlu İ E/ Altay S, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 25. Baskı, Beta Yayıncılık, 2014.
- Rey H, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I*, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, 2007.
- Schmid J/ Hürlimann-Kaup B, *Sachenrecht*, 5. Auflage, Schulthess Verlag, 2017.
- Serozan R, “Nisbi Hakların Güçlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 40(1-4), 1974, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuhfm/issue/9112/114017>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 459-479 (Nisbî Haklar).
- Serozan R, “Sebepsiz Zenginleşme, TBK m. 77-82”, Serozan, Rona/ Öz, Turgut/ Acar, Faruk/ Gökyayla, Emre/ Develioğlu, H. Murat (Ed.), İstanbul

- Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, C. I, Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 2018 (Sebepsiz Zenginleşme).
- Sirmen A L, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Sutter-Somm T (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht, Fünfter Band, Sachenrecht, Erster Teilband, Eigentum und Besitz*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Şenol H, *Kendi Malzemesiyle Başkasının Arazisinde İnşa Edilen Haksız Yapı*, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Tekinay S S, *Eşya Hukuku*, Kutulmuş Matbaası, 1970-71.
- Tekinay S S/ Akman S/ Burcuoğlu H/ Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 1993 (Borçlar).
- Tekinay S S/ Akman S/ Burcuoğlu H/ Altop A, *Tekinay Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili, Mülkiyet*, Filiz Kitabevi, 1989 (Eşya).
- Tercier P/ Pichonnaz P/ Develioğlu H M, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Tuor P/ Schnyder B/ Schmid J/ Rumo-Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Auflage, Schulthess Verlag, 2002.
- Tüzün O/ Ekinci B, *Gerekçeli – Açıklamalı – En Yeni İçtihatlarla Tapulama Kanunu*, Gürsoy Basımevi, 1967.
- Uluslan İ, *İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu (BK. md. 63/1)*, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.
- Uyar T, “Paylı Gayrimenkule Bir Paydaş Tarafından Yapılan Faydalı Giderlerin, Uygulamada Yarattığı İhtilaf”, *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 1970, s. 544-550.
- Ülgen H/ Helvacı M/ Kaya A/ Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Yağcıoğlu B, “Türk Medeni Kanunu m. 722 vd. ile Kadastro Kanunu m. 19/ II Hükümleri Çerçevesinde Muhdesat Kavramı ve Muhdesatı Oluştur-

ran Kişinin Hukuki Talepleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 8(15), 2020, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/issue/55178/757614>>, Erişim Tarihi 26 Ocak 2023, s. 423-481.

Yardım O, *3402 Sayılı Kadastro Kanunu Şerhi*, Alfa Basım Yayım, 1996.

Yıldırım A, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

İHALENİN FESHİ TALEBİNDE CEZA, HARÇ VE TEMİNAT KONULARINDA 7343 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERİN BİLGİNİ HAK ARAAMA HÜRRİYETİ VE ADALETE ERİŞİM BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE LAW NUMBER 7343 AMENDMENTS ON
MONETARY FINE, COURT FEE AND SECURITY IN REQUEST
FOR INVALIDATION OF AUCTION PARTICULARLY IN TERMS OF
FREEDOM TO CLAIM RIGHTS AND ACCESS TO JUSTICE

Mustafa GÖKSU*  

Özet

[10.34246/ahbvuhfd.1207832](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1207832) 

İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiş olan ihalenin feshi kurumu, ihale kesinleşinceye kadar paraların ödenmesini ve ihale konusu malın tescil ve teslimini engellediği için, uygulamada önemli bazı sıkıntılara yol açmaktadır. Kanun koyucu bu kurumun kötüye kullanımını engellemek için, kurumu düzenleyen İİK m. 134 hükmünde zaman zaman değişikliklere gitmiş ve bu kötüye kullanımları önlemeye çalışmıştır. Bu konuda 1988 yılında yapılan değişiklikle ihalenin feshini isteyebilecek kişilerin sınırlı sayı ilkesi ile belirlenmesi ve talebin reddi halinde para cezası öngörülmesi yeterli görülmediği için, 2021 yılında kabul edilen 7343 sayılı Kanunla ihalenin feshini isteyebilecek kişiler arasında bir sınıflandırma yapılmış ve bunlardan bir kısmı bakımından para cezasına ek olarak teminat gösterme ve harç ödeme yükümlülükleri getirilmiştir. Bu durum bir taraftan hak arama hürriyeti ve adalete erişim hakkı ilkesine aykırılık oluşturmakta, diğer taraftan eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Bu çalışmada, İcra ve İflas Kanunu'nda 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler getirilen değişiklikler ile öngörülen yaptırımlar ve bunların hak arama hürriyeti ve adalete erişim hakkı ile

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı / ANKARA e-posta: mustafa.goksu@hbv.edu.tr
ORCID: 0000-0003-3414-1699 DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1207832

* **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.

olan ilişkisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İhalelin Feshi • Hak Arama Hürriyeti • Adalete Erişim • Yargı Harçları • Para Cezası, Teminat.

Abstract

Since the request for invalidation of auction regulated in the Enforcement and Bankruptcy Law prevents the payment of money and the delivery and registration of the items in question until the auction is finalized, it causes various important problems in practice. In order to prevent the abuse of this institution, the Legislator, had amended the relevant provision, i.e. İİK art. 134, from time to time with the aim to prevent such abuses. In this regard, on account of the fact that limiting the persons who may request invalidation and imposing a fine in case of rejection of the request in 1988 was not considered sufficient, with Law no. 7343, a classification among the persons who may request the invalidation was introduced and some of these persons were subjected to obligation to provide security and pay court fees. This new provision, on the one hand, violates the principle of access to justice and freedom to claim rights, and on the other hand, the principle of equality. In this article, the sanctions brought by the amendments and their relationship with the principle of access to justice and freedom to claim rights are examined.

Keywords: Invalidation of Auction • Freedom to Claim Rights • Access to Justice • Court Fees • Monetary Fine • Security.

EXTENDED ABSTRACT

Since the request for invalidation of auction regulated in the Enforcement and Bankruptcy Law prevents the payment of money and the delivery and registration of the items in question until the auction is finalized, it causes various important problems in practice. In order to prevent the abuse of this institution, the Legislator, had amended the relevant provision, i.e. article 134 of the Enforcement and Bankruptcy Code, from time to time with the aim to prevent such abuses. One can easily see that the provision exploded more than ten-fold through these amendments. First major amendment regarding the matter, was the introduction of a duty for the potential requester. With this amendment brought in 1965, the requester was obliged to prove that their interests were disrupted. In 1988, the Legislator enacted a more extensive amendment and limited the persons who may request invalidation. Therefore, the ability to request for invalidation was severely restricted only to those who were designated in the provision. The amendment also introduced a fine to be imposed in case of rejection of the request. Since all these aforementioned amendments were not considered sufficient, with Law no. 7343, a classification among the persons who may request the invalidation was also introduced and some major security and court fee obligations are designated for some groups within these persons.

Request for invalidation of auctions is a somewhat curious procedure in Turkish enforcement law. It is generally accepted that this procedure is not a lawsuit but a unique legal redress governed by the rules in enforcement law. This is also the case for complaint procedure which is also a special redress in enforcement law. This ambiguity causes problems from time to time. These problems usually arise from the lack of provisions to be applied to such instances of redress. Recently, the opinions of the Constitutional Court blurred the boundaries between such instances of special redress and lawsuits within the context of the freedom to claim rights and the right to a fair trial. Therefore, even if the request for invalidation is not a lawsuit per se, it must be regarded as such through the eyes of the Constitution and the fundamental rights of persons regarding the judiciary.

First major problem regarding the issue is the limitation of the persons who are able to make a request for invalidation. This, at least in our opinion, seriously violates the freedom to claim rights, which is a constitutional fundamental right. Since this limitation exists, even if a person's interests and rights were fringed upon by the auction in question, they are not allowed to make a request for invalidation unless that person is designated by the provision. On a positive note, however, with the Law no. 7343, the Legislator has somewhat expanded the list of persons that may make the request.

As per the current provision, there are three types of deterrents for any potential abusers. The historically first instance of these deterrents is monetary fine. Even though fines were first introduced in 1988, the latest amendment changed the structure. It classified the potential requesters to three groups and designated different requisites for fine convictions. On another positive note, the amendment brought a discretionary power to the judge. Now the judge may impose a fine up to ten percent of the value of the asset as opposed to the previous fixed ten-percent fine. However, the criteria to be taken into consideration in such determination are not designated in the provision. Another major problem regarding the provision is the basis of the fine. The fine is determined based on the value of the asset. Therefore, if for instance the receivable of the creditor is way less than the value of the asset in the auction, their incentive to make a request would be severely curbed.

The second deterrent is the obligation for court fees. The legislator deviated from the general principles regarding this matter in some aspects. Firstly, some requestors are obliged to pay proportional upfront court fees as opposed to fixed. The amount to be paid is also more and more importantly, as opposed to the general principle, if their request is denied by the court, they are obliged to pay the remainder of the court fees. This is the only instance of such sanction in Turkish law.

The third and final deterrent in the provision is the obligation to provide security. Providing security is not the norm in civil procedure. In order to impose such obligation, it must be designated in the law. On an interesting note, while the Legislator was drafting the 1988 amendment, instead of monetary fine, providing security had been

proposed. However, this was quickly abandoned with the notion that it violated the freedom to claim rights.

In summary, along with limiting the persons that may request the invalidation of auctions, the current iteration of article 134, features three separate and sometimes concurrently imposable deterrents for potential abusers. Therefore, even if a person is allowed to bring the request, such as the buyer, requests invalidation from the court; if the conditions are met, they may be obliged to provide security, pay proportional upfront court fees and convicted to pay monetary fine should their request is denied. We believe all these restrictions and deterrents severely violate the constitutionally determined freedom to claim rights.

GİRİŞ

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) ihalenin neticesi ile birlikte feshini de düzenleyen 134'üncü maddesi hükmü, Kanunun yaklaşık doksan yıllık tarihi gelişiminin küçük bir modelini temsil etmektedir. 134'üncü madde hükmü, Kanunun yürürlüğe girdiği 1932 yılından bu yana beş defa değiştirilmiş ve her değişiklikte, büyük ölçüde kötünietli uygulamaların önüne geçmeyi amaçlar nitelikte genişletilmiştir. Maddenin orijinal hali altmış kelime ve dört fıkradan ibaretken, en son 7343 sayılı ve 2021 tarihli Kanunla yapılan değişiklik sonrasında madde, yedi yüz on iki kelime ve on iki fıkradan oluşan bir hüküm haline gelmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun kendisi de yine 1932 tarihinden itibaren bu makalenin yazıldığı tarihe kadar, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları hariç olmak üzere, otuz beş defa değişikliğe uğramıştır. Kanunun orijinal hali yaklaşık yirmi beş bin kelimedenden ibaretken, bugün Kanundaki kelime sayısı elli bini geçmiştir. Kanunda yapılan değişikliklerde en çok öne çıkan amaçlardan birisinin, tıpkı 134'üncü maddede yapılan değişikliklerde olduğu gibi, uygulamadaki kötünietli işlemlerin önüne geçmek olduğunun, söz konusu değişikliklerin Hükümet gerekçelerinde ve bu değişikliklerle dair yazılmış olan bilimsel eserlerde ifade edildiği görülmektedir.

İİK'nın 134'üncü maddesi hükmünün, Kanunun bütünüyle gösterdiği benzerlik elbette sadece her ikisinin de çok defa değiştirilmiş ve genişletilmiş olması ile sınırlı değildir. Hükümde iptal veya bozma yerine fesih kavramının kullanılmış olması; ihalenin sonucunda mülkiyetin geçmesinden, feshine; tescil için yapılacak tebligata kadar pek çok konunun karmaşık ve sistematiklikten uzak şekilde aynı hüküm içinde düzenlenmiş olması gibi hususlar da ruhu eskimiş ve ihtiyaçlara cevap vermekte zorlanan İcra ve İflas Kanunumuzu özetler niteliktedir.

İşaret ettiğimiz çerçevede İcra ve İflas Kanunu'nun eleştiriye açık birçok hükmü olmakla birlikte, bu çalışmanın amacı, Kanunu ve 134'üncü madde hükmünü bir bütün olarak eleştirmek değil, bahsi geçen hükümde ihalenin feshi talebi ile ilgili olarak düzenlenmiş olan para cezası ile 7343 sayılı Kanunla hükme eklenmiş olan yargılama harçları ve teminat yükümlülüğü ile ilgili düzenlemelerin değerlendirilmesi ve eleştirisidir. Zira yukarıda bahsettiğimiz karmaşıklık, sistematiklikten uzaklık, hukuki kavram ve kurumların hatalı kullanımı gibi sorunlarla, bu makalenin konusunu oluşturan hususlarda da karşılaşılmaktadır. İhalenin feshi talebi ile ilgili olarak İcra ve İflas Kanunu'nun 134'üncü madde hükmünde düzenlenmiş olan para cezası, harç ve teminat gibi unsurların genel olarak hak arama hürriyeti ve adalete erişim gibi temel haklar bakımından; bu unsurların uygulanmasında ihalenin feshini isteyebilecek kişiler arasında bir sınıflandırma yapılmış olmasının ise eşitlik ilkesi bakımından değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır.

I. GENEL OLARAK İHALENİN FESHİ DÜZENLEMESİ (İİK m. 134)

A. İİK m. 134 Hükmünün Konumuz Bakımından (Kısa) Tarihçesi

2004 sayılı ve 1932 tarihli İcra ve İflas Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 1424 sayılı ve 1929 tarihli mülga İcra ve İflas Kanunu'nda ihalenin feshi bağlamında bir hüküm bulunmuyordu. Bu kurum ilk olarak, 2004 sayılı Kanunun 134'üncü maddesi olarak düzenlenmiştir. Maddenin ilk düzenlemesinde ihalenin feshi, inceleme sonunda verilecek kararın temyizine ilişkin üçüncü fıkra hükmü sayılmazsa aslında sadece ikinci fıkradan ve bir cümleden oluşmaktaydı: "İhalenin feshi yalnız tetkik merciinden şikâyet yolile istenebilir, ihale tarihi şikâyet için muayyen müddete başlangıç sayılır." Kanunun gerekçesinde genel geçer olarak kullanılanlar dışında düzenlemenin amacına yönelik herhangi bir ifade bulunmamaktadır. İhalenin feshi konusundaki bu ilk düzenlemeden itibaren kavram sıkıntısının doğduğu görülebilmektedir. Kanun koyucu, 133'üncü maddede ihale bedelinin ödenmemesi halinde olduğu gibi burada da fesih kavramını kullanmıştır. Oysaki öğretilerde fikir birliği olduğu üzere 134'üncü maddede düzenlenmiş olan husus fesih değil, iptal veya bozmadır¹.

¹ Ramazan Arslan, *İcra - İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 72; Ömer Çon, *İhalenin Feshi (İcra ve İflas Kanunu Madde 134)*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 7.

İİK'nın 134'üncü maddesi hükmündeki ilk önemli değişiklik 1965 tarihinde 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun bazı maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair 538 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Bahsi geçen düzenleme ile ihalelerin feshine başvuru süresi bakımından yapılan değişiklikler dışında maddeye şu fıkra eklenmiştir: "İhalelerin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgili, vâki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur." Maddenin Hükümet gerekçesinde de ifade edildiği üzere, "*Bundan başka ihalelerin feshini talep edecek alakalı, vaki yolsuzluktan dolayı kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu isbata mecbur tutulmuştur. Mesela rağbeti artırmaya matuf bir kanun hükmünün ihlalinde borçlu için şikayette menfaat varsa da alıcı için böyle bir hal yoktur.*" Yani Kanun koyucu aslında zaten tüm hukuki koruma taleplerinin (kanunda açıkça aksi düzenlenmedikçe) olmazsa olmazı olan hukuki yararın varlığı şartını² bu değişiklik ile ayrıca zikretmiştir. Bu husus aşağıda değerlendirileceği için burada sadece ifade etmekle yetiniyoruz.

İİK'nın 134'üncü maddesi hükmünde konumuzla bağlantılı olarak yapılan ikinci ve belki de en önemli değişiklik, 1988 yılında 3494 sayılı 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, 3182 Sayılı Bankalar Kanununun İki Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun ile gerçekleştirilmiştir. Bahsi geçen düzenleme ile 134'üncü maddenin ikinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: "İhalelerin feshini, Borçlar Kanununun 226 ncı maddesinde yazılı sebepler de dahil olmak üzere yalnız satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler tetkik merciinden şikâyet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde isteyebilirler. ... Talebin reddine karar verilmesi halinde tetkik mercii davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkûm eder." Görüldüğü üzere Kanun koyucu öncelikle, ihalelerin feshi kurumunun tâbi olduğu şikâyet prosedüründeki genel kuraldan (İİK m. 16/I) ayrılarak, ihalelerin feshini şikâyet yoluyla isteyebilecek kişileri sayma usulüne geçmiş ve daha önce 538 sayılı Kanunla getirilmiş olan, "talepte hukuki menfaatin muhtel olduğunun ispatı"nı, ihalelerin feshini isteyebilmek bakımından kendi başına yeterli olmaktan çıkarmıştır. 3494 sayılı Kanunla yapılmış olan ikinci önemli değişiklik ise ihalelerin feshi talebinin reddi üzerine para cezası getirilmiş olmasıdır. Her iki değişiklik de bu çalışmanın

² Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar- Ayvaz / Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 320 vd; Ali Cem Budak / Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 162 vd; Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 319 vd.

konusu bağlamında çok büyük önem taşımaktadır ve çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıca değerlendirilecektir.

İİK'nın 134'üncü maddesi hükmünde yer alan para cezası hakkındaki hüküm, 2003 yılında 4949 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla yapılan değişiklik ile açıklığa kavuşturulmuş ve işin esasına girilmemesi nedeniyle ihalelerin feshi talebinin reddi hâlinde para cezasına hükmolunamayacağı düzenlenmiştir. 4949 sayılı Kanunun Hükümet gerekçesinde de ifade edildiği üzere değişiklik, 1988 yılında 3494 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerin yürürlüğe girmesinden sonra verilen ve yerleşik hale gelen Yargıtay içtihatlarının yansımalarıdır.

2007 yılında 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile hükme, hükümde düzenlenmiş olan para cezasının 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinle temin edilmiş alacaklarının takibi bakımından yüzde yirmi oranında uygulanacağı yönünde bir fıkra eklenmiştir; yani ceza miktarı bazı haller bakımından artırılmıştır.

İhalelerin feshini düzenleyen İİK m. 134 hükmündeki son önemli değişiklikler ise 24/11/2021 tarihli ve 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile gerçekleştirilmiştir³. Bahsi geçen Kanunun 27'nci maddesi ile daha önce 3494 sayılı Kanunla getirilmiş olan "tapu sicilindeki ilgililer" ibaresi "mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri" şeklinde genişletilmiş; yine aynı kanunla getirilmiş olan sayma esaslı bir adım öteye taşınarak fesih isteyebilecek kişiler arasında bir sınıflandırma yaratılmış ve bunlardan bir kısmına farklı harç yatırma ve teminat gösterme yükümlülükleri getirilmiş ve nihayet para cezası başvuran kişinin sıfatına göre karmaşık olarak ifade edebileceğimiz bir biçimde yeniden düzenlenmiştir.

³ 7343 sayılı Kanun, 30.11.2021 tarihli ve 31675 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olmakla birlikte, Kanunun yürürlük maddeleri daha önce rastlamadığımız nispette bir karmaşıklık içermektedir. Sadece ihalelerin feshine ilişkin farklı hususların bile farklı tarihlerde yürürlüğe girmesi (veya girecek olması) öngörülmüştür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez / Mine Akkan, "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", *TBB Dergisi*, (160), 2022, s. 282 vd.

B. İhaleinin Feshi Yargılamasının Hukuki Niteliği

İcra ve İflas Kanunu'na göre artırma usulü ile gerçekleştirilmiş olan satışlar sonucunda verilen ihale kararının ortadan kaldırılması⁴, icra mahkemesinden şikâyet yolu ile istenir. Yani Kanun koyucu, ihaleinin feshine has bazı özel usul hükümler ayrık olmak üzere, ihaleinin feshi kurumunu doğrudan doğruya şikâyet kurumu (İİK m. 16 vd.) ile ilişkilendirmiştir. Bu sebeple öncelikle şikâyet kurumunun hukuki niteliğini değerlendirmek daha doğru olacaktır.

Şikâyet, Kanundaki tanımdan hareketle, icra ve iflas dairelerinin (ve iflastaki özel organların) yaptığı işlemlerin kanuna muhalif olması veya hadiseye uygun olmamasından⁵ dolayı ilgililere mahkemeye başvuru hakkının tanındığı, icra ve iflas hukukuna has bir çare olarak tanımlanabilir. Şikâyet kurumu aslında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu emreden T.C. Anayasasının m. 125/I hükmünün bir gereğidir. İcra ve iflas daireleri her ne kadar çoğu zaman adli nitelikte bir faaliyet yürütseler de birer yargı mercii olmamaları, yani yürütmeye dâhil olmaları sebebiyle, işlemlerinin yargı yoluna açık olması Anayasasının bir gereği ve emridir. Kanun koyucu icra ve iflas dairelerinin işlemlerinin özellik arz etmesi sebebiyle, bu bağlamda kural olarak görevli olan idari yargıdan ayrılmış ve bu görevi İcra ve İflas Kanunu ile kurulmuş olan icra mahkemelerine vermiştir. Nitekim meselenin 1424 sayılı mülga İcra ve İflas Kanunu'nun 18'inci madde hükmü ile birlikte mehaz İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu'nun 18 vd. madde hükümlerinde de benzer şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir⁶.

Şikâyet kurumu Kanunda bir dava şeklinde düzenlenmiş olmadığı için, şikâyetin hukuki niteliği de tartışıla gelmiştir. Bu tartışmalara⁷ konumuzun sınırları sebebiyle çok ayrıntılı şekilde girmeyecek olsak da günümüz

öğretisinde şikâyetin hukuki niteliği hakkında hâkim olan görüşler bağlamında bir değerlendirme yapmamız kolaylık göstermektedir. Zira bu konuda yazılmış olan hemen hemen tüm bilimsel eserlerde, şikâyetin medeni usul hukuku anlamında bir dava olmadığı kabul edilmekte ve icra ve iflas hukukuna has bir hukuki çare⁸ yahut bir kanun yolu⁹ olduğunun ifade edildiği görülmektedir. Gerçekten de hem klasik hem çağdaş dava teorileri incelendiğinde, çekişmeli yargı – çekişmesiz yargı ayrımı bağlamında çekişmeli yargı ile çoğu zaman eş anlamda kullanılan dava kavramı hakkında yapılan tanımlarda genellikle sübjektif hak ihlali, kesin koruma istenmesi, taraflar arasında uyuşmazlık olması gibi unsurların ön planda olduğu görülmektedir¹⁰. Oysaki şikâyet kurumunda durum çok farklıdır. İcra ve iflas daireleri bir kişinin hakkını gerçekleştirmek için yaptıkları işlemlerle başka kişilerin (ki bunlar takibin diğer tarafı olabileceği gibi üçüncü kişiler de olabilir) hakları ile ilgili bazı sonuçlar doğurabilmektedirler¹¹. Bu bağlamda ortaya çıkabilecek “uyuşmazlıklar” bir alacaklının ileri sürdüğü talebin icra dairesi tarafından reddedilmiş olması gibi nispeten basit bir ihtimal ile ihaleinin feshi gibi çok karmaşık ve çok sayıda ilgilinin hukuki durumunu etkileyen bir ihtimal arasında çok geniş bir barende yer alır. Bu çerçevede şikâyet genel dava teorisi içine sokulamadığı için yukarıda da ifade ettiğimiz üzere icra ve iflas hukukuna has bir hukuki çare olarak tanımlanmaktadır.

Şikâyet kurumunun bir dava olarak kabul edilmeyip icra ve iflas hukukuna has bir hukuki çare olarak tanımlanması medeni usul hukuku

⁸ Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar- Ayvaz / Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 88; Murat Atalı / İbrahim Ermenek / Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 52-53; İbrahim Aşık / Yakup Oruç / Ozan Tok / Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflas Hukuku*, Seçkin, 2022, s. 65; Şanal Görgün / Levent Börü / Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 63.

⁹ Burada ifade etmek gerekir ki, hukuki çare ve kanun yolu ifadeleri arasında bir çelişki olmadığı kanaatindeyiz. “Kanun yolu” kavramını, kavramın günümüz Türk hukukunda aldığı mahkeme kararlarına karşı başvuru istinaf veya temyiz gibi yolları ifade eden teknik anlamından bağımsız olarak, Anayasamızın m. 125/I hükmünde ifade edilen “yargı yolu” olarak değerlendirmek gerekmektedir. Zira kanunlarda açıkça tanımlanmamış olan bazı hukuki kavramlar zaman zaman birbirinin yerine kullanılabilir. Yoksa “kanun yolu” denmesiyle öğretilen icra ve iflas dairelerinin bir yargı mercii, yaptıklarının da bir yargısal faaliyet olduğu yönünde bir yaklaşım bulunmamaktadır. Bahsi geçen tanımlardaki “kanun yolu” kavramı “yargı yolu” olarak değerlendirilirse diğer tanımlardaki “hukuki çare” kavramından özü itibarıyla farklı olmadığı görülecektir. (Aynı yönde Atalı / Ermenek / Erdoğan, *İcra*, s. 52-53).

¹⁰ Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, 2009, s. 61 vd.

¹¹ Ansay, s. 29.

⁴ Pazarlık yoluyla satışların da ihaleinin feshi yoluna tabi olup olmadığı tartışması hakkında bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, Beşinci Bası, İstiklal Matbaası, 1960, s. 161-162.

⁵ Belirtmek gerekir ki işlemin hadiseye uygun olmaması her zaman bir şikâyet sebebi yapılamaz. Örneğin iflasta ikinci alacaklılar toplantısının takdirine kural olarak mahkeme tarafından müdahale edilemez; meğerki bu kararlar hukuka aykırı veya hakkın kötüye kullanılması şeklinde olsun (İlhan E. Postacıoğlu, *İflas Hukuku İlkeleri*, Cilt I. İflas, Sulhi Garan Matbaası, 1978, s. 85-86).

⁶ A. von Overbeck, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Esasları*, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, 1929, s. 26-28.

⁷ Hakan Pekcanitez / Cemil Simil, *İcra – İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 12 vd; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, Adalet Yayınevi, 2014, s. 51 vd.

bakımından en azından teori bağlamında doğru olmakla birlikte, uygulamada karşılaşılan sorunların ve yargılama ile ilgili kişilerin haklarının korunması bağlamında yetersiz kalabilmektedir. Anayasa, meseleye, kişilere yürütmenin işlemlerine karşı yargı denetimine başvurabilme veya hak arama hürriyeti ya da adil yargılanma hakkını bahşederken bir medeni usul hukukçusu gözünden teknik olarak değil, hakların bahşedilmesi şeklinde genel olarak bakmaktadır. Örneğin biraz önce bahsettiğimiz m. 125/I hükmünde Anayasa koyucu idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu ifade etmekle yetinmekte; bu çerçevede tanınacak olan hukuki çarenin ne olduğuna (haklı olarak) girmemektedir. Zira hakkı herhangi bir şekilde ihlal edilmiş olan bir kişinin, bu hakkının yargı mercilerince ne şekilde yerine getirileceği, bu kişinin öncelikleri arasında yer almaz. Makalenin son kısmında değineceğimiz üzere bu ödev, adalete (mahkemeye) erişim, hak arama hürriyeti ve etkin hukuki korumanın sağlanması gibi ilkeler çerçevesinde Devlete aittir.

Burada özellikle değinilmesi gereken bir konu, bir üstteki paragrafta ifade ettiğimiz meseleye Anayasa Mahkemesinin son yıllarda gösterdiği yaklaşımdır. Anayasa Mahkemesi şikâyet kurumu ile ilgili olarak verdiği bireysel başvuru kararlarında, yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere teorik hukuki nitelendirmelerin dışına çıkmakta¹²; Anayasanın 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” şeklinde ifade edilmiş olan hak arama hürriyet (ve adil yargılanma) hakkını geniş şekilde, yani teknik olarak dava olmayan prosedürler hakkında da katı şekilde uygulamaktadır. Bu konuda en önemli kararlardan bir tanesi olan Medeni Alpkaya kararında Anayasa Mahkemesi şu ifadelerle yer vermiştir¹³:

“*Şikâyet müessesesi, icra dairesinin somut işlemine karşı bir denetim işlevi yerine getirir ve şikâyet olunan, aslen icra dairesidir. Ancak dava sonucu işlemin iptali veya düzeltilmesi kararı verilmesi halinde şikâyet konusu işlem lehine olan kimsenin hukuksal durumu doğrudan etkileneneğinden bu kişilerin de zorunlu olarak davalı konumda bulunması gerekmektedir. Nitekim, yerleşik yargısal uygulamalarda olduğu gibi, başvuru konusu olayda da takip alacaklısı sıfatıyla başvuru, Mahkeme kararında davalı olarak gösterilmiştir.*

Şikâyet konusu işlem temelde icra dairesi işlemi olmakla birlikte şikâyet sonucu verilen karar takibin taraflarının haklarını önemli ölçüde etkilemektedir. Takibin sonuçsuz kalması, haciz veya satış işleminin yapılamaması, takip hukukundan doğan bir hakkın var olup olmadığına yönelik tespitler, tarafların haklarını doğrudan etkilemektedir. O nedenle kategorik bir şekilde şikâyetin, takibin diğer taraflarını ilgilendirip ilgilendirmediği hususundan ziyade somut olay koşullarında ilgilinin hakkının etkilenip etkilenmediğini değerlendirmenin doğru olacağı açıktır.”

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, şikâyet bakımından kanaatimizce hatalı bir hukuki nitelik değerlendirmesi yapmamış; bilakis şikâyetin hukuki niteliğine de atıf yaparak, kişilerin haklarının yerine getirilmesi bağlamında bir davadan farklı olmadığı sonucuna varmıştır. Bu yaklaşıma katıldığımızı ifade etmek isteriz. Kişilerin haklarının yerine getirilmesinde ve bu bağlamda uygulanacak ilkelerin belirlenmesinde, “dava” kavramı gibi klasik kalıplara sıkışmaktan kaçınmanın gerekli olduğunu düşünüyoruz. Usul elbette ki önemlidir, ancak esasa mukaddem olacak şekilde katı uygulanması, hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı, adalete erişim, etkin hukuki koruma gibi modern, evrensel ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasamız tarafından güvence altına alınmış olan ilkelerin ihlali anlamına da gelebilecektir.

Bu yaptığımız açıklamalar ışığında, ihalenin feshi kurumunun da Kanundaki açık “şikâyet yolu” atfı sebebiyle teknik anlamda bir dava değil, icra ve iflas hukukuna has bir hukuki çare olduğu söylenebilecektir¹⁴. Öğretide de bu görüş hâkim olmakla birlikte, ihalenin feshi talebi hakkında verilen hükmün maddi anlamda kesin hüküm oluşturacağı hususunun ayrıca ve özellikle zikredildiği de görülmektedir¹⁵. Yukarıda hak arama hürriyeti, adil yargılanma hakkı, adalete erişim, etkin hukuki koruma gibi ilkeler ile ilişkisi bakımından ihalenin feshi yargılaması da şikâyet yargılamasından farklı değildir. Bu prosedürün teknik olarak bir dava olmaması, ilgililerin bahsi geçen bu haklarının ihlal edilebileceği anlamına gelmez. Nitekim Anayasa Mahkemesinin aşağıda para cezası hususunda değineceğimiz Yıldız Eker

¹⁴Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 722; Çon, s. 16 vd.

¹⁵Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013, s. 822; Atalı / Ermenek / Erdoğan, *İcra*, s. 328; Aşık / Oruç / Tok / Satar, s. 324; Bu durumla bağlantılı olarak ihalenin feshi usulünde icra mahkemesinin her türlü delile başvurabileceği de öğretide genelde ifade edilmekle birlikte bu husus diğer şikâyet halleri için de kural olarak geçerlidir. İcra mahkemesinin başvurabileceği delillerde sınırlama olması halî, itirazın kesin kaldırılması (İİK m. 68) veya icranın geri bırakılması (İİK m. 33) gibi bazı usuller bakımından söz konusudur.

¹² Süleyman Burak Gündoğdu, “Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukukî Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9(18), 2021, s. 102 vd.

¹³T.C. Anayasa Mahkemesi Medeni Alpkaya Başvurusu (2013/3078), 21.01.2016, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3078>> Erişim tarihi: 10.11.2022.

kararında olduğu gibi çok sayıda örnekte de “ihalelerin feshi davası” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir¹⁶.

C. İhalelerin Feshini İsteyebilecek Kişilerin Sınırlanmış ve Sınıflandırılmış Olması

Yukarıda tarihçe kısmında ifade ettiğimiz üzere, İİK m. 134 hükmünde 1988 yılında 3494 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce ihalelerin feshini talep edebilecek kişiler bakımından bir sayma esası benimsenmemiştir. Hatta “İhalelerin feshini şikâyet yolu ile talep eden ilgili, vâki yolsuzluk neticesinde kendi menfaatlerinin muhtel olduğunu ispata mecburdur.” şeklindeki sınırlama da 1965 yılında 538 sayılı Kanunla getirilmiştir. Yani bu değişikliklerden önce, genel yol olan şikâyet yolundaki prensipler uygulanmaktaydı. Buna göre satışta menfaati olan her ilgili satışın feshini isteyebilirdi. Bu ilgililer ANSAY tarafından bilhassa borçlu, takipte bulunan alacaklı ve müşteri olarak ifade edilmiştir¹⁷. 1965 yılında hükme eklenen ifade ile hukuki menfaat meselesi ön plana çıkarılmış ve ilk sınırlama bu şekilde gerçekleşmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, öğretide de ifade edildiği üzere bu ek cümle aslında, menfaatin ihlal edilmiş olması gerekliliğini ifade etmektedir¹⁸ ki bu durum tüm hukuki korumalar için zaten aranan bir şarttır¹⁹. Değişikliğin hükümet gerekçesinde verilen “...*Mesela rağbeti artırmaya matuf bir kanun hükmünün ihlalinde borçlu için şikâyette menfaat varsa da alıcı için böyle bir hal yoktur*” örneğinden de anlaşılacağı üzere Kanun koyucu bu konudaki tercihini, ihalelerin feshini isteyebilecek kişiler bakımından genellemelerden kaçınılması ve menfaat ihlali çerçevesinde değerlendirme yapılması yönünde kullanmıştır. Bu dönemde genellikle ihalelerin feshini isteyebilenler borçlu, alacaklı, alıcı, (tartışmalar olmakla birlikte) pey süren, rehin hakkı sahibi ve ihale konusu taşınmaz malın tapu sicilinde kayıtlı bulunan kişiler olarak zikredilmiştir²⁰.

538 sayılı Kanunla yapılmış olan değişikliğin ihalelerin feshi kurumunun kötüye kullanımını yeterince önleyememiş olduğu gerekçesiyle, İİK m.134

hükmünde 1988 yılında 3494 sayılı Kanunla yapılan yeni bir değişiklik ile ihalelerin feshini isteyebilecekler bakımından sayma esası getirilmiştir. Buna göre ihalelerin feshini isteyebilecek olan kişiler satış isteyen alacaklı, borçlu, tapu sicilindeki ilgililer ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler ile sınırlanmıştır²¹. Bu bağlamda alıcı dışındaki pey sürenlerin açıkça zikredilmesi uygun olmuştur zira daha önce bunların ihalelerin feshini isteyip isteyemeyecekleri hususunda bazı tartışmalar bulunmaktaydı²².

Hemen belirtmek gerekir ki Kanun koyucu ihalelerin feshine başvurabilecek kişiler bakımından yukarıda ifade ettiğimiz değişikliği yaparken, menfaatin muhtel olduğunu ispat yükümlülüğünü kaldırmamış; o düzenlemeye ek olarak bu değişikliği getirmiştir. Bu sebeple, ihalelerin feshinin istenebilmesi bakımından ikili bir sınırlama ortaya çıkmıştır ve bu durum öğretide de haklı olarak eleştirilmiştir²³. Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki, bu tür saymalarda bazı kişi veya grupların zikredilmemiş olması beraberinde büyük tartışma ve problemleri de getirebilmektedir. Nitekim bu tarz bir sayma yapılmış olduğu için, Yargıtay içtihatlarında örneğin satış istememiş olan alacaklıların²⁴, istihkak iddiasında bulunan kişilerin²⁵, kefillerin²⁶, tapuya şerh edilmiş olsa bile kira sözleşmesindeki hak sahiplerinin²⁷ (menfaatleri gerçekten de muhtel olmuşsa bile) ihalelerin feshini isteyemeyecekleri kabul edilmiş; buna karşılık örneğin masanın menfaatine olan ve zararını önleyecek her türlü tedbirleri almak iflâs idaresinin görevinde olduğu, alacaklının menfaatine uygun gördüğü tedbirleri almak yetkisinin içine, ihalelerin feshini istemek de girdiği gerekçesiyle hükümde açıkça zikredilmemiş olsa bile iflas idaresinin ihalelerin

¹⁶ Öğretide Arslan bu değişikliğin önemli bir yenilik sayılmayacağını zira ihalelerin feshinin kural olarak bu kişilerce istenebileceğinin daha önce de doktrin ve uygulamada kabul edildiğini ifade etmiştir. (Ramazan Arslan, “İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1989/1, s. 144-145.

¹⁷ Postacıoğlu, *İcra*, s. 523; Üstündağ s. 348.

¹⁸ Bilgehan Yeşilova, “İcra ve İflas Kanunu’na Göre Taşınırın Açık Artırma Yoluyla Satışında İhalelerin Feshinin Ancak Kimlerce Talep Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Emel Hanağası, Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, 2015, s. 1820 vd.; Güray Erdönmez, “İcra ve İflas Hukukunda İhalelerin Feshini İsteyebilecek Kişiler”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, (10), 2008, s. 361, 405.

¹⁹ Aksi yönde: Kuru, *İcra Hukuku*, s. 712.

²⁰ 12.HD. 22.10.2013, 23447/32896.

²¹ Arslan, *İhale*, s. 167; Erdönmez, s. 390; 12.HD. 04.07.2013, 18990/25333.

²² 12.HD. 02.07.2013, 17789 /24789.

¹⁶ T.C. Anayasa Mahkemesi Yıldız Eker Başvurusu (2015/18872), 22.11.2018, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/18872>> Erişim tarihi: 10.11.2022; Ayrıca bkz. Gündoğdu s. 102 vd.

¹⁷ Ansay, s. 163

¹⁸ İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, Dördüncü Bası, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 523

¹⁹ Arslan / Yılmaz / Taşpınar- Ayvaz / Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, s. 320 vd.; Budak / Karaaslan, s. 162 vd.; Atalı / Ermenek / Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 319 vd.

²⁰ Arslan, *İhale*, s. 163-167.

feshini isteyebileceği sonucuna varılmıştır²⁸.

Bu konuda Kanun koyucu 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle iyi yönde bir gelişme olarak ihalelerin feshini isteyebilecek olan kişileri genişletmiştir. Buna göre “tapu sicilindeki ilgililer” ibaresi “mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak yukarıda ifade edilen istihkak iddiası sahibi veya kefil gibi kişiler yine sayma dışında bırakılmıştır. Ayrıca yapılan değişikliğe rağmen en önemli ihalelerin sebeplerinden birisi olan malın esaslı vasıflarında hataya düşürülmüş olmanın²⁹ münhasıran mağduru olan ihale alıcısının hükümde yapılan değişikliğe rağmen yine açıkça ismen zikredilmemiş olması da ayrı bir sorundur. Alıcı her ne kadar pey sürerek artırmaya iştirak eden sıfatını kullanarak ihalelerin feshini isteyebiliyor olsa da ileride anlatacağımız üzere, yine 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle getirilen ihalelerin feshini isteyebilecekler arasındaki sınıflandırma bağlamında harç ve teminat yükümlülükleri bakımından adaletsiz bir durumla karşı karşıya kalmaktadır.

İhalelerin feshini isteyebilecek kişilerin bu şekilde sınırlandırılmış olması kanaatimizce de Anayasada düzenlenmiş olan hak arama hürriyetinin ihlali anlamına gelmektedir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Anayasanın m. 125/I hükmüne göre idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı yoluna tabi olması kuralı emredicidir. İhalelerin feshinde ise icra ve iflas hukukundaki şikâyet kurumundan ve idari yargıdaki iptal davasındaki genel prensipten³⁰ farklılaşarak menfaat ihlali yeterli sayılmamış; belli bir sıfatı haiz olmak da zorunlu kılınmıştır. Bu durum kanaatimizce hak arama hürriyetinin ihlali olduğu gibi; satış istemiş olan ve henüz satış isteyememiş olan alacaklılar arasındaki ilişki bağlamında eşitlik ilkesinin de ihlali anlamına gelmektedir³¹. Dava hakkına sınır getirilebilmesi için, bu sınırlamanın meşru bir amaca hizmet etmesi, hakkın özüne zarar vermemesi ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir³². Eldeki düzenlemede ise bu şartların (kümülatif olarak) gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek zordur.

²⁸ Pekcanitez / Simil, s. 241, Erdönmez, s. 397-398; Yakup Oruç, *İflas İdaresi*, Seçkin, 2019, s. 267.

²⁹ Arslan, *İhale*, s. 147; Üstündağ, s. 344.

³⁰ Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019, s. 86-88.

³¹ Yeşilova, s. 1815 vd.

³² Muhammet Özkes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, 2009, s. 205; Yeşilova, s. 1799.

İhalelerin feshini isteyebilecek olan kişilerin sınırlandırılmış olmasına ek olarak, 7343 sayılı Kanunla madde hükmünde yapılan değişiklikle bu kişiler ayrıca sınıflandırılmış; bu kişiler arasında harç ödeme ile teminat gösterme yükümlülükleri ve ayrıca ihalelerin feshi talebi ile ilgili olarak öngörülen para cezasının şartları bakımından bazı farklılıklar yaratılmıştır. Bu bağlamda satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahiplerinin iyiniyetli; pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerin ise (ki az önce ifade ettiğimiz üzere ihale alıcısı da bu gruptadır) kötüniyetli olmaları asılmış gibi bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden aşağıda ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

II. İHALENİN FESHİ TALEBİ BAKIMINDAN PARA CEZASI, HARÇ, TEMİNAT HÜKÜMLERİ VE BU HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Para Cezası

Para cezaları, bir meblağın Devlet hazinesine ödenmesini içeren cezalar olarak tanımlanmaktadır³³. Medeni usul hukuku para cezasına uzak bir alan değildir. Kanun koyucu medeni yargılama ile ilgili pek çok konuda ilgili kişilerin davaya bakan mahkeme tarafından para cezasına mahkûm edileceğini öngörmüştür. Bu cezalar genellikle kötüniyetli bir davranışın cezalandırılması ve tarafları kendilerine tanınan hakları kullanmada daha dikkatli olmaya yönlendirme amaçlarını taşırlar³⁴. Bu konudaki düzenlemelere Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) hâkimin reddi ile ilgili olarak 42’nci, hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı devlete karşı açılan tazminat davaları ile ilgili olarak 49’uncu, kötüniyetli ıslahla ilgili olarak 182’nci, tanıklığa çağırılan kişinin geçerli mazereti olmadan gelmemesine ilişkin olarak 245’inci maddeleri örnek gösterilebilir. Hatta HMK’da genel bir düzenleme olarak, davaya kötüniyetle cevap veren davalı ve hiçbir hakkı olmadığı halde dava açmış olan davacı hakkında para cezası verilmesini düzenleyen 329’uncu madde hükmü de bulunmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu dışında, İcra ve İflas Kanununda da para cezasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak imza inkârı bakımından getirilmiş olan 68, 68/a, 169/a, 170, 269/b ve 275’inci madde hükümleri gösterilebilir.

³³ Erem, F, *Türk Ceza Hukuku*, Cilt II, Genel Hükümler, Onikinci Baskı, Seçkin Kitabevi, 1985, s. 216.

³⁴ Ejder Yılmaz, “Hukuk Yargılama Yöntemleri Yasasındaki Para Cezalarının 12.6.1979 Gün ve 2248 Sayılı Yasa Karşısındaki Durumu”, *Makaleler*, 1. Cilt, Yetkin Yayınları, 2014, s. 253

İhalenin feshi talebi ile ilgili olarak da İİK m. 134/V hükmünde bir para cezası öngörülmüştür. İhalenin feshi talebinde para cezası ilk olarak 1988 yılında 3494 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile hükme girmiştir. Bu düzenlemeye göre talebin reddine karar verilmesi halinde tetkik mercinin davacıyı feshi istenilen ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasına mahkûm etmesi öngörülmekteydi. Düzenlemede reddin esastan olması gerektiği şeklinde bir ibare olmadığı gibi, öngörülen ceza her halde ihale bedelinin yüzde onu olarak belirlenmişti ve ceza verilip verilmeyeceği yahut ne kadar ceza verileceği hususlarında mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmamıştı. Bu değişiklik, hak arama hürriyetini kısıtladığı gerekçesiyle öğretide haklı şekilde eleştiri almıştır³⁵. Burada çok ilginç bir husus dikkati çekmektedir: 3494 sayılı Kanunun tasarı halinde para cezası değil, teminat gösterme yükümlülüğü öngörülmüşken, Adalet Komisyonu “*ihalenin feshini borçlu talep ettiğinde kendisinden kendi malı için teminat alınmasının adil olmadığını ve teminat yatırmanın dava hakkını zedeleyici nitelikte olduğu*” gerekçesiyle teminat yerine para cezası esasını kabul etmiştir³⁶. Ancak Kanun koyucu bu düşüncesinden daha sonra vazgeçmiş olacak ki 7343 sayılı Kanunla para cezasına ek olarak teminat yükümlülüğü de harç konusundaki yükümlülükler ile birlikte ayrıca getirilmiştir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 3494 sayılı Kanunla değişik 134'üncü madde hükmünde her ne kadar davanın ne şekilde reddi halinde para cezasına hükümlenacağı düzenlenmemiş olsa da 4949 sayılı Kanunun Hükümet gerekçesinde de ifade edildiği üzere Yargıtay, ihalenin feshi talebinin usule ilişkin nedenlerle feshi halinde para cezasına hükümlenmemesi gerektiği ilkesini benimsemişti. Bu durumun açıklığa kavuşturulması için 4949 sayılı Kanunla İİK m. 134 hükmü yeniden değiştirilmiş ve metne “Ancak işin esasına girilmemesi nedeniyle talebin reddi hâlinde para cezasına hükümlenemez.” fıkrası eklenmiştir.

Para cezası ile ilgili olarak 2007 yılında 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklikle gelen “2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinle temin edilmiş

alacaklarının takibinde, beşinci fıkrada yer alan oran yüzde yirmi olarak uygulanır” hükmünün de değerlendirilmesi gerekir. Halen varlığını sürdüren bu hüküm ile ipotekli konut finansmanlarına ilişkin alacakların takibine ilişkin olarak ceza oranı yüzde yirmi olarak belirlenmiştir. Maddenin tamamen genel geçer ifadelerle yazılmış olan gerekçesinden, bu tür alacakların ihalenin feshi bakımından neden ayrıcalıklı bir konumda olduğu anlaşılamamaktadır³⁷.

İİK m. 134 hükmünde para cezasına ilişkin olarak yapılan en önemli değişiklik 2021 yılında 7343 sayılı Kanunla meydana getirilmiştir. Bahsi geçen Kanunun 27'nci maddesi ile İİK m. 134/V hükmü şu şekilde değiştirilmiştir:

“İcra mahkemesi;

1. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri ile pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler dışında kalan kişilerce talep edilmesi nedeniyle,

2. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişiler bakımından feragat nedeniyle,

3. İşin esasına girerek,

talebin reddine karar verirse ihalenin feshini talep edeni feshi istenen ihale bedelinin yüzde onuna kadar para cezasına mahkûm eder.”

Hükmün yeni haline göre öncelikle, ihalenin feshi başvurusunda bulunan kişinin sıfatına göre bir sınıflandırma yapıldığı görülmektedir. Bu çerçevede birinci bent, aslında ihalenin feshini isteme hakkı olmadığı halde ihalenin feshini isteyen kişileri doğrudan kötüniyetli olarak kabul ederek, talebin usulden reddi halinde dahi (ki bu kişilerin talebi zaten hukuki yarar yokluğundan dolayı usulden reddedilmelidir) para cezası öngörülmektedir. İkinci kategori olan satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri dışında kalan kişiler ibaresiyle kastedilen ise (ihale alıcısı da dâhil olmak üzere) pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerdir. Bu kişiler, ihalenin feshi taleplerinden feragat ederlerse ki uygulamada bazı kötüniyetli kişilerin pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak

³⁵ Ejder Yılmaz, “İcra ve İflas Kanunumuz Yine Değişti”, 1984/2, *Makaleler, 1. Cilt*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 652, Arslan, *Değişiklikler*, s. 145.

³⁶ Gökçe Nazar Uzar, *İcra ve İflas Kanunu'nun Tarihsel Gelişimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2001, s. 118.

³⁷ “Ülkemiz koşullarında ihalenin feshi talepleri, bu taleplerin görüşüldüğü mahkeme sürecinin uzun olması nedeniyle ipoteklerin paraya çevrilme sürecini uzatmakta ve alacaklıların zarara uğramasına neden olmaktadır. Bu nedenle ihalenin feshi taleplerinde geçerli olan para cezası oranı artırılarak, bu tür taleplerin kötü niyetli olarak kullanılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır.” Maddenin Hükümet Gerekçesi.

etikten sonra alıcı veya alacaklılar tarafından kendilerine para verilmesi halinde talepten feragat etmek üzere ihalenin feshini bir kazanç kapısı ve şantaj unsuru olarak kullandıkları da bilinmekteydi³⁸, yine kötüniyetli addedilerek para cezası ile karşılaşacaklardır. Üçüncü ve son kategori ise ihalenin feshini isteyebilecek tüm kişileri kapsamaktadır ve eskiden de uygulandığı şekilde talebin esastan reddi halinde para cezası öngörülmektedir.

7343 sayılı Kanunla getirilmiş olan diğer bir değişiklik de daha önce çok eleştiri almış olan maktu yüzde onluk cezanın oranının, yine yüzde ona kadar olmak koşuluyla mahkemenin takdirine bırakılmış olmasıdır³⁹. Bu değişikliğin faydalı olduğu kanaatinde olmakla birlikte, bu konuda mahkemenin hangi hususları bir kıstas olarak kullanabileceği hakkında herhangi bir ibareye yer verilmemiş olmasının sorunlu bir durum olduğu düşüncesindeyiz. Örneğin sadece kötüniyetin varlığı veya birinci bentteki halde her hâlükârda mı üst sınırdan ceza verilecektir? Bu esneklik, Kanunda herhangi bir şart vs. belirlenmediği için farklı uygulamalara yol açabilir niteliktedir. Kaldı ki Kanun koyucu ceza verilip verilmemesi konusunda değil, cezanın oranı konusunda mahkemeye böyle bir takdir yetkisi tanımıştır. Yani mahkeme bu fıkradaki şekli şartların gerçekleşmesi halinde eskiden olduğu gibi yine her hâlükârda ceza vermek zorunda olacaktır.

Para cezası konusunda üzerinde tartışılması gereken diğer bir husus, 7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte para cezasının hesaplanmasında, ihale bedelinin esas alınması usulünün devam ettirilmiş olmasıdır. Bu husus özellikle alacaklılar veya resmi sicildeki ilgililer ya da sınırlı aynı hak sahipleri gibi kişiler bakımından önem taşımaktadır. Bu kişilerin alacağı veya hakkı, feshi istenen ihaleye konu olan malın değerinden çok daha düşük olabilir. Bu halde bu kişiler, ihalenin feshi talepleri reddedilirse, belki de alacaklarından veya haklarından daha yüksek bir miktarda para cezası ödemek zorunda kalabilirler ve bu da çok ciddi bir adaletsizliğe yol açar⁴⁰. Bu konuda maalesef bir değişiklik yapılmadığı görülmektedir. Mahkemeye tanınmış olan takdir yetkisi özellikle bu halde mutlaka dikkate alınmalı ve mahkeme ceza miktarını (oranı) belirlerken, hakkaniyet ilkesi çerçevesinde bu kişilerin alacak veya haklarının miktarını da göznetmelidir.

Bu konuda önemli olan diğer bir husus ise yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ihale alıcısının hükümde yine ayrı bir sıfat olarak zikredilmemiş olmasıdır. Bu durum, ihale alıcısının pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler arasında sayılmasına ve onlarla aynı ceza hükümlerine tabi olmasına yol açmaktadır. Oysaki ihale alıcısının kötüniyetli olma ihtimali pey sürmek suretiyle iştirak eden kişiler kategorisine oranla daha düşüktür; zira alıcıların ihalenin feshi talepleri daha ziyade malın esaslı unsurlarında hataya düşürülmüş olmaları sebebinden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple ihale alıcısının da hükümde ayrıca zikredilmesi ve satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri ile aynı hükümlere tabi olması kanaatimizce daha uygun olacaktır. Ayrıca iflas idaresi gibi maddede açıkça zikredilmemekle birlikte uygulamada ihalenin feshini talep etme yetkisi verilenler bakımından hangi hükümlerin uygulanacağı da muğlaktır; iflas idaresi ne borçlu ne de alacaklı olduğuna göre hangi sınıfa dâhil olacaktır sorusu cevapsız kalmaktadır.

İİK m. 134 hükmü 7343 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce Anayasa Mahkemesi, 2015 yılında aile konutu niteliğindeki taşınmazın icra vasıtasıyla satışı nedeniyle aile hayatına saygı hakkının; açılan ihalenin feshi davasının reddedilmesi ve ihale bedelinin yüzde onu oranında para cezasının Hazineye irat kaydına karar verilmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bir bireysel başvuruda, hükümde öngörülen para cezasını kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük yönünden ele almış; “*yapılan ihalenin hukuki sonuçlarını bir an önce doğurmasını temin etmek ve buna engel teşkil edebilecek gereksiz başvuruların önüne geçmek bakımından ihalenin feshi davasının reddi kararıyla birlikte ihalenin feshini isteyen tarafa ek bir mali yükümlülük getirilmesinin kural olarak mahkemeye erişim hakkına engel teşkil etmeyeceği, ancak maddi külfetin getirilmesindeki amaç ile başvurucunun menfaatleri arasında adil bir denge kurulması ve ihalenin feshi isteğinde bulunan kişilerin bu aşama öncesinde haciz ve satış işlemine müdahale etme imkanının bulunup bulunmadığının gözetilmesi gerektiği; bu değerlendirmeleri yapacak yargı mercilerine somut durumun koşullarına göre takdir yetkisi tanıyan bir esneklik sağlanmasının zorunlu olduğu*” yönünde karar vermiştir⁴¹.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi para cezasının varlığını kendi başına bir ihlal olarak değerlendirmemiş; cezanın düzenlenme şeklinin hatalı

³⁸ Erdönmez, s. 360.

³⁹ Cengiz Topel Çelikoğlu, “7343 Sayılı Kanunla İİK’da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshi’ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı”, *Adalet Dergisi*, 2022/1, (68), s. s. 444.

⁴⁰ Bilge Umar, “Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII, 24-25 Ekim 2008*, Türkiye Barolar Birliği 2009, s. 261.

⁴¹ T.C. Anayasa Mahkemesi Yıldız Eker Başvurusu (2015/18872), 22.11.2018, s. 12, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/18872>>, Erişim tarihi: 10.11.2022.

olduğu sonucuna varmıştır. Bu bağlamda hükme 7343 sayılı Kanunla “yüzde ona kadar” ibaresi getirilip cezanın miktarı bakımından mahkemeye takdir yetkisi bırakılması; Anayasa Mahkemesinin yorumlarıyla uyuşur niteliktedir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere mahkemeye tanınan takdir yetkisi, verilecek cezanın oranı hususu ile sınırlıdır; Kanunda yazılı şekli şartların gerçekleşmiş olması halinde mahkeme ceza vermek zorundadır.

Para cezası hususu, aşağıda inceleyeceğimiz harç ve teminat unsurlarına oranla eşitlik ilkesine daha uygundur. Zira para cezası hükmü, yukarıda saydığımız hallerden üçüncüsü, yani işin esasına girilerek ret kararı verilmiş olması hali bakımından tüm başvuruçular yönünden aynıdır. Yani başvuruçucu örneğin pey sürmek suretiyle ihaleye katılan da olsa, ilk grupta bulunan borçlu veya satış isteyen alacaklı da olsa, talep üzerine işin esasına girilerek ret kararı verilmişse mahkeme başvuruçuyu para cezasına mahkûm etmek zorundadır. Para cezası bakımından başvuruçular arasında farklılık sadece pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerin feragat hali ve hiç hakkı olmadığı halde ihalenin feshini talep eden kişiler bakımından öngörülmüştür.

B. Harç Ödeme Yükümlülüğü

İİK m. 134 hükmünde 7343 sayılı Kanunla getirilen en önemli değişikliklerden bir tanesi ihalenin feshi talebinde bulunulması halinde nasıl bir harç yatırma yükümlülüğüne tabi olunacağı hakkında yapılmıştır. Değişiklik ile maddeye, “Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihalenin feshi talebi, ihale bedeli üzerinden nispi harca tabidir. Bu harcın yarısı talepte bulunulurken peşin olarak yatırılmak zorundadır. Talebin kabulü hâlinde bu harç başka bir kimseye yüklenmez ve istem hâlinde iade edilir. Talebin reddi hâlinde ise alınan bu harç iade edilmez ve harcın kalan kısmı ihalenin feshini isteyen tahsil edilir.” fıkrası eklenmiştir⁴².

Öncelikle hemen belirtmek gerekir ki fıkrada her ne kadar sadece “harç” ifadesi kullanılmış olsa da kastedilenin “karar ve ilam harcı” olduğu açıktır. Yukarıda İhalenin Feshi Yargılamasının Hukuki Niteliği başlığında ifade ettiğimiz üzere, ihalenin feshi yargılaması teknik olarak bir dava olmadığından

bu talepler için genel kural, şikâyette olduğu gibi, karar ve ilam harcının maktu şekilde alınmasıdır⁴³. Maddede yapılan değişiklik ile ihalenin feshini isteyecek olan kişiler arasında ceza yükümlülüğü hakkında yapılmış olan ve bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz sınıflandırma, harçlar bakımından da söz konusu olmuştur.

7343 sayılı Kanunla yapılan değişiklik çerçevesinde, satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri bakımından eski uygulama, yani harcın maktu şekilde alınması uygulaması devam etmektedir. Bu kişilerin ihalenin feshini talep etmeleri halinde maktu karar ve ilam harcı alınması söz konusu olacaktır. Buna karşılık, yapılan düzenleme ile bu kişiler dışında kalan kişilerin ihalenin feshini istemeleri halinde üç konuda çok önemli değişiklik yapıldığı görülmektedir. Hemen ifade etmek gerekir ki, yeni düzenlemeden etkilenecek olan asıl grup, ihale alıcısı da dâhil olmak üzere, pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerdir. Bunlara ek olarak, aslında ihalenin feshini isteme yetkisi olmadığı halde ihalenin feshini istemiş olan diğer kişiler bakımından da aşağıda bahsedeceğimiz yükümlülüklerin uygulanması söz konusu olacaktır. Düzenlemenin yeni haline göre, satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerin ihalenin feshini talep etmiş olmaları halinde:

(1) Karar ve ilam harcının, şikâyet yargılamasındaki genel kuralın aksine, nispi şekilde alınması esası getirilmiştir. Bu çerçevede harca esas alınacak tutar bakımından yine para cezasında olduğu gibi ihale bedeli esas alınmıştır.

(2) Nispi olarak hesaplanan karar ve ilam harcının yarısının talepte bulunulurken peşin olarak yatırılması öngörülmüştür. Oysaki kanunda aksine bir hüküm olmadıkça karar ve ilam harcının nispi olarak alındığı hallerde, Harçlar Kanununun m. 28/1/a hükmü uyarınca harcın dörtte birinin alınması esastır. Yani İİK m. 134 hükmünde yapılan değişiklik ile Harçlar Kanunu’ndaki hükme, talepte bulunan kişinin durumunu ağırlaştıran bir istisna getirilmiş olmaktadır.

(3) Yine Harçlar Kanununa göre davanın reddi halinde karar ve ilam harcının maktuya dönmesi esas olduğu halde⁴⁴, yapılan düzenleme ile davanın reddi halinde karar ve ilam harcının nispi olarak kalmaya devam edeceği

⁴² Değişikliğin Hükümet gerekçesi, daha önceki değişikliklerdeki genel geçer ifadelerden çok farklı değildir: “...Uygulamada ihalenin kesinleşmesine engel olmak amacıyla haksız ve kötüniyetli olarak ihalenin feshinin talep edildiği müşahede edilmektedir. Hak arama hürriyetine engel olmaksızın bu tür haksız ve kötüniyetli taleplerin önlenmesi amacıyla düzenleme yapılmaktadır...”. Bu şekildeki ağır bir harç yükümlülüğünün hak arama hürriyetine nasıl engel olmadığı ise gerekçe metninden anlaşılacaktır.

⁴³ Pekantez / Simil, s. 409; Arslan / Yılmaz / Taşpınar- Ayvaz / Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 105.

⁴⁴ Bu halde peşin alınan harç maktu harçtan az ise aradaki fark tamamlanır; fazla ise talep üzerine iade edilir (Atalı / Ermenek / Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 683).

ve geri kalan yarısının da yine talepte bulunan kişiden tahsil edileceği esası getirilmiştir.

Yapılan bu düzenlemenin son derece sakıncalı olduğu kanaatindeyiz. Yargı harçları, harçların bir türünü oluşturmaktadır. Bir kamu geliri olarak harçlar, Devletin yürüttüğü bazı hizmetler için gerekli olan mali kaynağın kısmen de olsa karşılanması amacıyla, o hizmetten faydalanan kişiye yükletilen bir kamu alacağı türüdür⁴⁵. Harçların alınma amaçlarının, kamu harcamalarına kaynak oluşturulması, hizmetten faydalanan kimsenin maliyetlere kısmen de olsa katılımı sağlanarak toplumsal adaletin sağlanması ve Devletin sunduğu hizmetin kötüye kullanılmasının önlenmesi olduğu ifade edilmiştir⁴⁶. Yargı harçları da buna benzer şekilde Devletin yargı hizmetleri için tahsil edilen ve 492 sayılı Harçlar Kanununun Birinci Kısımında ve (1) Sayılı Tarifede düzenlenmiş olan harçlardır. Yargı harçlarının en önemli iki türü mahkeme harçları ve icra – iflas harçlarıdır. İİK m. 134'teki değişikliğe konu olan karar ve ilam harçları, mahkeme harçlarının en önemlisi olarak kabul edilebilir. Zira karar ve harcının nispi olarak alındığı hallerde bu harç, yargılama giderleri bakımından en önemli kalemlerden birisini oluşturmaktadır.

Kötüye kullanmanın önlenmesi, mahkeme harçları bakımından da diğer harçlarda olduğu gibi önemli bir amaçtır; bu yolla dava iş yüküyle mücadele edilebilmektedir⁴⁷. Zira bir hukuki çareye başvurmak tamamen ücretsiz kılınır veya çok cüzi bir ücrete (harca) bağlanırsa, bilhassa başka bir yaptırımın da öngörülmemiş olması halinde, bu yolun kötüye kullanılmasını önlemek zor olur. Ancak hak arama hürriyeti ve adalete erişimin hakkının önündeki her engel gibi, harçların da hassas bir denge korunarak getirilmesi çok büyük önem taşımaktadır⁴⁸. Harçların bu bağlamda çok büyük önem taşıması sebebiyle, Kanun koyucu yargı harçlarının hiç alınmamasına veya hafifletilmesine ilişkin bazı hükümler de getirmiştir. Harçlar Kanunu'nda bulunan harçtan istisna ve muaflik halleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73. maddesinde getirilmiş olan istisna, hatta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda

düzenlenmiş olan adli yardım (m. 334 vd.) hükümleri bunlara örnek olarak gösterilebilir⁴⁹. Zira yargılama harçları ile adalete erişim arasındaki ilişki, sosyal devlet ilkesi ile de doğrudan bağlantılıdır⁵⁰.

Yargı harçlarının adalete erişim bakımından bu denli önemli olması sebebiyle, yargı harçları konusu çok defa Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne de gelmiştir. Her iki mahkemenin de bu iki konu arasındaki hassas dengenin sağlanabilmesi bakımından getirdiği ilkeler bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmelerinde özetle, yargı harçlarının bir ceza yaptırımı olmadığını ve harç miktarının makul ve orantılı olması gerektiğini belirtmiştir⁵¹. Keza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı maddesi çerçevesinde, bir mahkemeye veya yargı yerine başvurma hakkına getirilecek kısıtlamaların meşru amaç izlemesi ve kullanılan amaç ile gerçekleştirilmek istenen meşru amaç arasında makul bir orantılılık olması gerektiğini ortaya koymuştur; aksi durum bir hak ihlali oluşturacaktır⁵².

Yukarıda ifade ettiklerimiz ve Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamaları ışığında, yargı harçlarının kötüye kullanımları caydırıcı nitelikte olma amacı ile harçların bir ceza aracı olarak kullanılmaması ilkeleri arasındaki çizginin yeni düzenleme ile aşıldığı kolaylıkla görülebilmektedir. Düzenlemede bulunan üç ayrıksı durum, yani karar ve ilam harcının diğer şikâyet hallerinden farklı olarak nispi şekilde hesaplanması, hesaplanan harcın dörtte birinin değil yüzde ellisinin peşin olarak alınması ve bilhassa da talebin reddi halinde harcın maktuya dönüşmeyip geriye kalan yarısının da başvurucaudan tahsil edilmesi; getirilen hükmün caydırıcılıktan ziyade bir ceza verme amaçlı olduğunu göstermektedir. Her üç ayrıksı durumda da satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri grubu ile bunlar dışında kalan başvurucaudan arasında çok net bir eşitsizlik yaratılmıştır. Burada belki daha da önemlisi bu hüküm bağlamında mahkemeye bir takdir yetkisi de tanınmamış olmasıdır.

⁴⁵ Burak Pınar, *Yargı ve İcra Harçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2009, s. 1-4.

⁴⁶ İbrahim Ermenek, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Makul Giderle Yargılanma Hakkına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi", Emel Hanağası, Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, Cilt I, Yetkin Yayınları, 2015, s. 781; Pınar, s. 15-18.

⁴⁷ Çelikoğlu, s. 443.

⁴⁸ Yaşar Demircioğlu, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, Yetkin Yayınları, 2007, s. 270.

⁴⁹ Ejder Yılmaz, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", *Makaleler*, 1. Cilt, Yetkin Yayınları, 2014, s. 392-393.

⁵⁰ Burak Pınar / Nedim Meriç, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi", *TBB Dergisi*, (84), 2009, s. 190.

⁵¹ İbrahim Barış Sayar, *Adalete Erişim Bağlamında Yargı Harçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s. 143-144.

⁵² Pınar / Meriç, s. 190.

Mahkemeye, şekli şartlar gerçekleşmiş olsa bile, duruma göre karar ve ilam harcının maktu şekilde alınmasına karar verme yetkisi tanınmış olsaydı belki en azından hak arama hürriyeti bakımından bir denge sağlanabilecekti.

Burada özellikle zikretmek isteriz ki, tarafların kötünietli olduğunu bir varsayım olarak kabul edip buna göre kanun hazırlanması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bir ülkenin kendi süljelerine potansiyel kötünietli kişiler olarak bakması, toplumsal adaletin gerçekleşmesi amacına hizmet edemez. Tarafların kötünietli olması haline ilişkin olarak elbette ki Kanun koyucu bazı yaptırımlar getirebilir; nitekim tarafların doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevi, medeni yargılama hukukuna hâkim olan temel ilkelerden bir tanesidir⁵³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bulunan m. 42 (hâkimin kötünietle reddi), m. 182 (kötünietli ıslah), m. 213 (sahtelik iddiasında kötüniet), m. 329 (kötünietle veya haksız dava açılması), m. 351 ve 368 (kötünietle istinaf ve temyiz) ve İcra ve İflas Kanununda bulunan m. 67, 68/a, 72, 97 hükümleri kötünietle doğrudan yaptırım bağlanan hallere örnek olarak gösterilebilir. Ancak tüm bu hallerde kötünietin varlığının tespit ve ispatı gerekir. Zira yukarıda ifade ettiğimiz üzere kötünietin varlığı değil, yokluğu asıldır. İhalenin feshine başvurabilecek kişiler bakımından bu şekilde bir ayırım yapılması ve birinci gruba (yani satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri) kötünietli olsalar bile harçlar bakımından genel kuraldan herhangi bir ayrıkısı durum yaratılmayıp, pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerin ihalenin feshi taleplerinde her halde kötünietli olacakları varsayımıyla daha ağır yaptırımlara maruz bırakılması kanaatimizce Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık oluşturur⁵⁴. Kaldı ki yine yukarıda ifade ettiğimiz üzere ihale alıcısının birinci grup içinde açıkça sayılmamış olması sebebiyle bu harç yükümlülüğüne maruz bırakılması daha da vahimdir. Alıcı ihale konusu malın esaslı unsurlarında hataya düşürüldüğünü düşünüyor olabilir; sonuçta hukuk hiçbir zaman siyah-beyaz değildir. Böyle bir durumda alıcı tamamen haklı olarak ihalenin feshi talebinde bulunduğu anda peşin nispi harç ödemek zorunda kalacak ve hatta mahkeme yapacağı değerlendirme sonunda hasbelkader alıcı aleyhine karar verirse, hiçbir kötünietli olmadığı halde harcın tamamını ödemek zorunda kalacaktır. Böyle bir olasılığın, adalete erişim hakkını ihlali edeceği düşüncesindeyiz. Benzer bir değerlendirme örneğın pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak eden ama ihaleye fesat karıştırılması sebebiyle ihaleyi

alamayan kişiler bakımından da yapılabilir.

C. Teminat Gösterme Yükümlülüğü

İhalenin feshi talebiyle bağlantılı olarak İİK m. 134 hükmünde 7343 sayılı Kanunla getirilen diğer önemli bir husus da teminat gösterme yükümlülüğüdür. Yeni düzenlemeye göre, "Satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan kişilerce yapılan ihalenin feshi talebinde, talepte bulunulurken, ilgili kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat gösterilmesi şarttır. Talebin reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içinde genel hükümlere göre tazminat davasının açılmaması hâlinde hükmedilen para cezasının 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca tahsili için durum mahkemece tahsil dairesine bildirilir. Tahsil dairesi alınan teminattan, bildirim yapıldığı tarihten itibaren üç ay içinde para cezasını tahsil etmezse talep hâlinde teminat ilgisine iade edilir." Görüldüğü üzere Kanun koyucu teminat yükümlülüğü konusunda yine başvurucular arasında bir ayırma gitmiş ve harç konusunda olduğu gibi burada da birinci grubu oluşturan satış isteyen alacaklı, borçlu, resmî sicilde kayıtlı ilgililer ile sınırlı aynı hak sahiplerini bu hükme göre teminattan muaf kılmıştır. Bunlar dışında kalan kişiler ise ki yine bu grubu asıl olarak pey sürmek suretiyle ihaleye katılanlar (ve ihale alıcısı) oluşturacaktır, teminat ödeme yükümlülüğü altında olacaklardır. Aslında ihalenin feshini talep etme hakkı olmadığı halde fesih talep eden kimselerin bu teminatı yatırıp yatırmayacakları ise açık değildir. Zira böyle bir durumda mahkemenin zaten hukuki yarar yokluğundan (diğer bir dava şartı) davayı reddetmesi gerekeceği için, teminat gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmiş olup olmadığının bir önemi de kalmayacaktır.

Kanun koyucu, teminat gösterilmesi yükümlülüğü bakımından da ihale bedelini esas almış ve bunun yüzde beşi oranında bir teminat yükümlülüğü öngörmüştür. İhale bedelinin esas alınması konusundaki çekince ve eleştirilerimizi yukarıda anlattığımız için burada tekrar etme ihtiyacı görmeyip, hatırlatmakla yetiniyoruz.

Bir yargılama ile ilgili olarak teminat gösterilmesi Türk hukuk yargılamasına yabancı bir durum değildir. Bir dava açılırken teminat yatırılmasının zorunlu olmaması genel kural olmakla birlikte⁵⁵, Kanun koyucu

⁵³ Ramazan Arslan, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, S Yayınları, 1989, s. 47 vd;

⁵⁴ Benzer yönde: Çelikoğlu, s. 443.

⁵⁵ Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II*, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1243.

bazı durumlarda yargılama ile ilgili diğer kişilerin ki bunların başında diğer taraf gelmektedir, uğrayabileceği muhtemel zararların en baştan güvence altına alınmasının sağlanması amacıyla, mahkemeden hukuki koruma isteyen kimselere teminat gösterme zorunluluğu öngörülmüştür⁵⁶. Bu konudaki temel düzenlemeler HMK m. 84-89'da ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 48'de bulunmaktadır. Bu hükümlerde yazılı olan hallerde mahkemeden (veya icra dairesinden) hukuki koruma isteyen kişi, teminat yatırmakla yükümlü olacaktır. HMK düzenlemesinde teminat bağlamında yargılama giderleri esas alınmışken, MÖHUK'ta yargılama ve takip giderlerine ek olarak genel zarar ve ziyan da hükme dâhil etmiştir. Dava bakımından teminat bir dava şartı olmakla birlikte (HMK m. 114/1/ğ), diğer bazı hukuki çareler bakımından da teminat gösterme yükümlülüğü ayrıca düzenlenmiştir. Eski hale getirme (HMK m. 99), ıslah (HMK m. 178), yargılamanın iadesi (HMK m. 378, 381), ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz⁵⁷ (HMK m. 392, İİK m. 259), icranın geri bırakılması (İİK m. 36) bunlara örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca borçtan kurtulma davası (İİK m. 69) gibi bazı davalar bakımından Kanun koyucu ayrıca teminat gösterme şartı düzenlemiştir.

İhalenin feshini düzenleyen İİK m. 134 hükmünde 7343 sayılı Kanunla değişiklik yapılan kadar ihalenin feshinde teminat gösterilmesine ilişkin bir yükümlülük bulunmamaktaydı. Hatta yukarıda da aktardığımız üzere 3494 sayılı Kanunun tasarısı halinde para cezası değil, teminat öngörülmüşken, Adalet Komisyonu "*ihalenin feshini borçlu talep ettiğinde kendisinden kendi malı için teminat alınmasının adil olmadığını ve teminat yatırmanın dava hakkını zedeleyici nitelikte olduğu*" gerekçesiyle teminat yerine para cezası esasını kabul etmiştir⁵⁸. Kanun koyucunun teminat ve para cezası

arasında böyle bir ayırım yapmış olması normal kabul edilebilir. Zira dava hakkının kötüye kullanılmasını önleme amacı taşımakta benzer olan bu iki araç, zamansal bakımdan birbirinden farklıdır. Para cezası yargılama sonunda hükmolunacağı için dava hakkının kullanılmasında ilk planda ve doğrudan bir önleyicilik sonucunu doğurmaz. Teminat gösterilmesi ise davanın başında yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olduğu için dava hakkının kullanılıp kullanılmayacağı yönündeki karar evresinde doğrudan etkileyici olacaktır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, teminat gösterme yükümlülüğü, adli yardım kurumu ile yumuşatılmıştır. HMK m. 85 hükmüne göre, başvuru bu yönde bir adli yardım kararı almışsa teminat göstermekten muaf olacaktır⁵⁹. Fakat yine yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Kanun koyucunun daha önce dava hakkını zedeleyecek nitelikte gördüğü için getirmekten imtina ettiği teminat yükümlülüğünün bu sefer para cezası ve harç yükümlülüklerine ek olarak getirilmiş olması son derece kaygı vericidir. Zira 3494 sayılı Kanunun hazırlık süreci olan 1980'li yıllardan bugüne hak arama hürriyeti ve adalete erişim konusundaki kaygı ve bu temel hakların korunması prensibi hakkında gösterilen hassasiyetin azalması değil; bilakis artması söz konusu olmuştur.

Burada değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da teminatın kapsamıdır. İİK m. 134 hükmünde "ilgili kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere" ifadesi bulunmaktadır. Yani maddenin lafzından, buradaki teminatın HMK'daki yargılama giderleri ile sınırlı olan kapsamdan ziyade MÖHUK düzenlemesine benzeyen bir genişlikte öngörüldüğü söylenebilir. Ancak teminat gösterilmesinde kapsamın bu denli genişletilmesi, mahkemeye erişim hakkının da kısıtlanması anlamına gelebilecektir⁶⁰.

Yapılan düzenleme ile ilgili son olarak ifade etmemiz gereken husus ise, gösterilen teminatın, süresinde tazminat davası açılmaması halinde, aynı maddenin beşinci fıkrasına göre mahkûm olunmuş olan para cezasının tahsiline özgülenmiş olmasıdır. Yani İİK m. 134/IV hükmüne göre gösterilecek olan

yatırmaları halinde tetkik merciinden şikayet yolu ile ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde isteyebilirler..." (Saim Üstündağ, *İcra ve İflas Kanunu'nun Dünü ve Bugünü*, Evrim Kitabevi, 1990, s. 74'den naklen). Görüldüğü üzere tasarısı metninde başvurucular arasında bir sınıflandırma yapılmış ve mevcut hükümden farklı olarak sadece taşınmazlar bakımından böyle bir yükümlülük öngörülmüştür.

⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de teminat ve adli yardım kurumları arasında bir ilişki kurmakta ve kararlarını bu temele oturtmaktadır. Musa Aygül / Elif Hande Altıntaş, "Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü", *Public and Private International Bulletin*, 40(2), 2020, s. 729.

⁶⁰ Atalı / Ermenek / Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, s. 371.

⁵⁶ Aziz Serkan Arslan, "HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, 2014, s. 944.

⁵⁷ Ancak hemen belirtmek gerekir ki ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizdeki teminat yükümlülüğü, kalıcı hukuki koruma taleplerindeki teminat yükümlülüğünden farklı şekilde değerlendirilmelidir. Geçici hukuki korumalarda karşı taraf dinlenmeden ve tam ispat aranmadan bir karara varıldığı için bu taleplerde teminat aranması menfaat dengesinin sağlanması bakımından son derece uygundur (Muhammet Özekes, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 243; Pınar Çiftçi *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, 2010, s. 349-350). Ancak geçici hukuki korumalarda dahi örneğin alacağın ilama bağlı olması halinde ihtiyati haciz için teminat aranmaması gibi bazı istisnalar bulunmaktadır (İİK m. 259/II).

⁵⁸ Tasarısı metni: "İhalenin feshini, Borçlar Kanununun 226 ncı maddesinde yazılı sebepler de dahil olmak üzere yalnız tapu siciline yazılı ilgililer ile alacaklı borçlu ve pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler ise gayrimenkulün satış değerinin yüzde onu nisbetinde teminat

teminat, sadece mutazarrırların uğradığı zararların tazminini değil, Devletin para cezası alacağını da temin etmektedir. İlgili kişilerin haklarının korunması için getirilmiş olan teminatın, müstakbel para cezasını da garanti altına alır bir niteliğe büründürülmüş olması kanaatimizce teminat kurumunun öz niteliği ile bağdaşmaz. Kaldı ki böyle bir durumda dava açıldığı anda işin sonunda para cezasının verileceği de varsayılmış kabul edilecek; para cezası adeta peşinen tahsil edilmiş olacaktır. Salt kendi başına bu hususun bile mahkemeye erişim hakkının orantısız şekilde sınırlanması anlamına geleceği kanaatindeyiz.

D. İhalelin Feshi Talebinde Para Cezası, Harç Yükümlülüğü ve Teminat Gösterme Hükümlerinin Hak Arama Hürriyeti ve Adalete Erişim İlkeleri ile Olan İlişkinin Değerlendirilmesi

Tüm modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukukunda da sülhelerin yargılama ile olan ilişkisi bağlamında üç temel kavram çok büyük önem taşımaktadır. Bunlar hak arama hürriyeti, adalete erişim ve etkin hukuki koruma kavramlarıdır. Devletin en temel görevlerinden birisi olan yargı erki bağlamında Anayasanın 36'ncı maddesinde de açık şekilde ifade edildiği üzere herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa bu çerçevede hak arama hürriyetinin özünü ifade etmek ve adil yargılanma hakkı ile ilişkilendirmiş; diğer hususlarda doğrudan bir düzenleme yapmamıştır. Ancak Anayasada var olan hukuk devleti ve sosyal devlet⁶¹ gibi temel ilkeler bu konuda Devletin ödevli olduğunu ortaya koymaktadır. Bu çerçevede temel bir hak olan hak arama hürriyeti sülheler hakkını mahkemeler önünde arama hakkı tanırken, gerçek hukuki korumanın sağlanabilmesi⁶² için adalete erişimin etkin şekilde sağlanması ödevi de Devlete yüklenmektedir⁶³.

Hak arama hürriyetinin tanınması tek başına yeterli olamayacağı için, adalete erişim kavramının önemi de her geçen gün daha çok artmaktadır⁶⁴. Zaman zaman mahkemeye erişim hakkı olarak da ifade edilen bu hak, özellikle

Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde geçtiğimiz yıllarda yapılan çok sayıda yargı reformuna da temel oluşturmuştur⁶⁵. Bu hukuk sistemlerinde medeni yargı yerine medeni adalete (*civil justice*) kavramının da sıklıkla kullanılmaya başladığı görülmektedir. Adalete erişim kavramı elbette Türk hukukuna yabancı bir kavram değildir. Adil yargılanma hakkının bir parçasını oluşturan usul ekonomisi ilkesi (AnY m. 141/son; HMK m. 30) de aslında aynı amaca hizmet eden bir kurumdur⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine adalete erişim ve hak arama hürriyeti bağlamında yapılan başvuruların ve bu mahkemelerin bahsi geçen konuyla ilgili değerlendirmelerinin giderek arttığı yadsınamaz bir gerçektir. Bu bağlamda özellikle mahkemelere erişimin yargılama giderleri bağlamında sınırlandırılması en önemli tartışma konularından birisini oluşturmaktadır. Konumuz bakımından da ihalelin feshini isteyebilecek kişilerin sınırlandırılmış olması bir tarafa bırakılacak olursa, hak arama hürriyeti ve adalete erişim bağlamında para cezası, yargı harçları ve teminat yükümlülüğü çerçevesinde mali anlamda engellerle karşılaşıldığı görülmektedir. Aslında burada endişe verici olan, bu engellerin son kanuni düzenleme ile daha da arttırılmış olmasıdır.

Dava finansmanı bağlamında dava ile ilgili olmak kaydıyla dava açılmadan, dava süresince ve davanın sonunda yapılan giderler geniş anlamda yargılama giderlerini oluşturmaktadır⁶⁷. Bu giderlerle ilgili olarak getirilen yükümlülükler zaman zaman sülheleri dava hakkını suiistimal etmekten caydırma amacıyla da kullanılabilir. Bu durum özellikle yargı harçları ve para cezaları bakımından ön plandadır. Bu iki kalem dışında elbette bir de teminat gösterilmesi veya gider ya da delil avansı gösterilmesi gibi daha pratik amaçları olan yükümlülükler de söz konusu olmaktadır. Tüm bu kalemler birlikte düşünüldüğünde kişilerin hakkını mahkeme önünde araması bazen imkânsız dahi olabilmektedir. Mali yükümlülüklerin azaltılması ve taraf ile taraf ile devlet arasında bir denge kurulması bağlamında farklı hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar olduğu görülmektedir. Bizim Kanun koyucumuzun bu konuda özellikle adli yardım, alternatif uyuşmazlık çözüm

⁶¹ YILMAZ, her iki kavramı birlikte değerlendirerek sosyal hukuk devleti ilkesinden bahsetmiştir (Yılmaz, *Yargılama Giderleri*, s. 403).

⁶² Hakan Pekcanitez, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", *Makaleler, Cilt 1*, On iki levha, 2016, s. 386

⁶³ Özekes, *Temel Haklar*, s. 124; Mustafa Özbek, *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, Yetkin Yayınları, 2013, s. 33.

⁶⁴ Özekes, *Temel Haklar*, s. 124.

⁶⁵ Mustafa Özbek, "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, (4), 2006, s. 909 vd.

⁶⁶ Cumhuriyet Rüzgaresen, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 62 vd; İrem Özdemir, *Medeni Yargılama Hukukunda Adalete Erişim*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 12.

⁶⁷ Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası, On iki levha, 2017, s. 2385 vd.

yolları ve bazı grupların (örneğin tüketiciler) harçtan muafiyetleri gibi yolları ön plana çıkardığı görülmektedir. Bu bağlamda dünyadaki yaklaşımlara ise küçük talepler usulleri, sınıf davaları, başarıya bağlı avukatlık ücretleri, kademeli mahkeme harçları gibi örnekler verilebilir⁶⁸. Tüm bu yollarla süljelerin haklarını arayabilmeleri ve mahkemeye erişimin dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılması arasında bir denge yakalanmaya çalışılmaktadır.

Bizim konumuzu oluşturan ihalenin feshi talepleri bakımından kötünietli başvuruların engellenmesi ile ilgili olarak 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler yürürlüğe girmeden önce, sadece para cezası kurumu öngörölmüştü. Para cezası da 1988 yılında 3494 sayılı Kanunla getirilmiştir. İhalenin feshini özel kılan temel durum, ihalenin feshi talebinin bütün takip sürecini kilitlemesidir. Şikâyet ve genel olarak davalar bakımından genel kural, yapılan talebin veya açılan davanın takibi veya iptali istenen işlemin yerine getirilmesini kendiliğinden durdurulmaması olduğu halde, İİK m. 134 hükmü gereğince ihale kesinleşmedikçe alacaklılara ödeme yapılamaz ve ihale konusu malın tescil ve teslimi de söz konusu olmaz. Bu sebeple yukarıda tarihçe kısmında da ifade ettiğimiz üzere, ihalenin feshi kurumunun kötüye kullanıldığı ve bu taleplerin bir kazanç kapısı haline getirildiği dahi içtihatlarda, öğretide⁶⁹ ve kanun değişikliklerinin Hükümet gerekçelerinde ifade edilmiştir.

İhalenin feshi talebinin kendiliğinden sistemi tıkayan bir sonuç doğurması ve kurumun bu şekilde kötüye kullanılmış olması, Kanun koyucuyu bu konuda caydırıcı ve cezalandırıcı tedbirler almaya sevk etmiştir. Meri düzenlemede, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu unsurlardan üçü, yani para cezası, özel harç yükümlülüğü ve teminat gösterme yükümlülüğü aynı anda ve bir arada bulunmaktadır. Bu yükümlülükleri karşılaştırmak gerekirse:

(1) Peşin harç ve teminat yükümlülüğü talebin başında; harcın geri kalanından sorumluluk ve para cezası ise talebin aleyhe sonuçlanması üzerine söz konusu olur.

(2) Harç ve para cezası Hazineye kalırken, teminat, öncelikle talepten zarar gören kişinin zararının tazmini için alıkonulur; ancak yukarıda ifade ettiğimiz üzere teminatın para cezasının ödenmesini temin etmesi de söz

konusu olabilir.

(3) Her üç yükümlülük bakımından da mahkemenin bir takdir yetkisi yoktur. Şartların gerçekleşmesi halinde yükümlülükler Kanundan doğar. Sadece para cezasının oranı bakımından mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmıştır.

(4) Harç ve teminat yükümlülükleri münhasıran satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı aynı hak sahipleri dışında kalan başvuruçular hakkında düzenlenmişken, işin esasına girilerek ret kararı verilmiş olması halinde para cezası tüm başvuruçular bakımından geçerlidir. Dolayısıyla bu yaptırım, diğer yükümlülüklerle kıyasla eşitlik ilkesine daha uygundur.

(5) Başvuruçunun ekonomik durumunun uygun olmaması halinde harç ve teminat yükümlülükleri bakımından adli yardım kurumundan yararlanabilmesi mümkünken, para cezasında bu söz konusu olmaz.

(6) Harç ve para cezası yükümlülüklerinin tahsili 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun çerçevesinde bizzat alacaklı Devlet tarafından yerine getirilebilirken, ihalenin feshi talebinden zarar görmüş olan kimselerin teminatın kullanılabilmesi için genel hükümlere göre dava açması gerekir.

Göröldüğü üzere yukarıda ifade ettiğimiz her bir yükümlülüğün doğma zamanları, şartları ve sonuçları farklılık göstermektedir. Bu yükümlülüklerin herhangi birisinin düzenlenmiş olması, yukarıda ilgili başlıklar altında da ifade ettiğimiz üzere, ölçülülük şartını aşmadığı müddetçe kendi başına hak arama hürriyetini ihlal veya adalete erişimi engelleme sonucunu doğurmaz. Ancak ihalenin feshi ile ilgili olarak sorunlar, bu yükümlülüklerin hepsinin birlikte öngörölmüş olması; özellikle harç ve teminat gösterme yükümlülüğü bakımından bu kurumların amaç ve öz niteliklerinin dışına çıkılmış olması ve hiçbir kötüniet değerlendirilmesi yapılmaksızın ihalenin feshini isteyebilecek kişiler arasında ayrımcılık boyutuna varacak farklılıklar yaratılmış olmasıdır. Hükmün bu haliyle adalete erişim önünde bir engel oluşturduğu kanaatindeyiz⁷⁰.

Yukarıda bahsettiğimiz sıkıntıları bir örnekle açıklayacak olursak: Sırf alacaklıyla olan husumetinden dolayı (kötünietli) bir borçlunun ihalenin feshini istemesi halinde maktu harç yatırması ve bir teminat göstermesine

⁶⁸ Bu konudaki diğer ilginç bir örnek için bkz. Mustafa Göksu, "Tarafların Sulhe Teşvik Edilmesinde Etkili Bir Örnek: İngiliz Hukuk Yargılamasında Resmî Sulh Önerileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 115(6), 2014, s. 277-314.

⁶⁹ Erdönmez, s. 360.

⁷⁰ Aynı yönde Atalı / Ermenek / Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 326.

gerek olmaması söz konusu iken, iyiniyetli bir ihale alıcısının aldığı malın esaslı niteliklerinde hataya düşürülmüş olduğu iddiasıyla ihalenin feshini istemesi halinde, ihale bedeli üzerinden hesaplanacak nispi harcın yarısını peşin olarak yatırması ve ilgili kişilerin muhtemel zararına karşılık olmak üzere ihale bedelinin yüzde beşi oranında teminat göstermesi gerekecektir. Bu durumun hakkaniyet ve adalet duygusuyla bağdaşacak hiçbir yanı yoktur. İhale alıcısı bu talebinin reddi halinde ayrıca nispi harcın geri kalanını ödemek ve bir de üzerine mahkemenin tarafından yine ihale bedeli esas alınarak belirlenen para cezasını ödeme yükümlülüğü ile de karşı karşıya kalacaktır. Bu çerçevede zaten Kanunun m. 134/VIII hükmüne göre ihale bedelini peşin yatırmak zorunda kalmış olan ihale alıcısının cebinden, buna ek olarak ihale bedelinin toplam yüzde 21,8'ine kadar ilave para da çıkmış olacaktır.

Burada özellikle ifade etmek istediğimiz diğer bir husus da hükümde, mahkeme harçlarının amacından ayrık şekilde kullanılmış olmasıdır. Kanun koyucunun kurumların öz niteliklerine ve varoluş amaçlarına saygı göstermesi gerekir. Eğer kurumlar bu şekilde farklı amaçlara yönelik ve özellikleri haiz şekilde kullanılırsa, hukuki güvenlik ilkesi⁷¹ ve bununla bağlantılı olarak toplumsal barış da zedelenir. Harçlar Kanununa göre mahkeme harçlarının ne olduğu, hangi şekilde belirlendiği ve hangi şekilde tahsil edileceği bellidir. Sırf kötüniyetli uygulamaların önüne geçmek için ve hatta hiçbir kötüniyet incelemesi dahi yapmadan harçları adeta bir ceza haline getirmek ne harçlar hukuku ne ceza hukuku ne de medeni usul hukuku prensiplerine uygundur. Kanun koyucu kötüniyetli kimseleri cezalandırmak istiyorsa, bunun yolu, ismiyle de müsemma olmak üzere o kişiye ceza verilmesidir. Bu bağlamda aynı eylem için aynı türden (para) iki ayrı ceza verilmesinin ceza hukuku prensiplerine ne kadar uygun olduğu da ayrıca tartışılabilir niteliktedir. Kaldı ki burada mutlaka üzerinde durulması gereken diğer bir husus da bu iki cezanın da Devletin kasasına gidiyor olmasıdır. İhalenin feshi prosedüründen zarar gören kişiler varken ve bu kişiler zararlarını ancak genel hükümlere göre bir dava açarak tazmin edebiliyorken, Devletin bu durumdan böyle etkin ve otomatik bir şekilde faydalanmasının da hakkaniyet ve adalet duygusuyla bağdaşması mümkün değildir⁷².

İhalenin feshi talebinin kötüye kullanılabilirdiği doğrudur. Ancak unutulmamalıdır ki bütün hukuki koruma talepleri kötüye kullanılabilir. Burada izlenmesi gereken yöntem, bu yola başvurmak isteyen kişilerin

hak arama hürriyetlerini kısıtlayacak, benzer durumda olan kişiler arasında eşitsizlik yaratacak ve bu kişileri kötüniyetli olup olmadıklarını araştırmaksızın cezalandıracak yollara başvurmak değil; ihalenin feshi kurumunu ilgililere en az zarar verecek şekilde yeniden düzenlemektir. Bu bağlamda takibin devamının sağlanabilmesi, takip devam etse de etmese de talepten zarar gören kişilerin zararlarını aynı yargılama içinde talep edebilmeleri, öngörülen para cezasının mutlaka kötüniyete bağlanarak bu cezanın zarara uğrayan kişilerin zararına karşılık ve hatta bu kişiler zarara uğramamış olsalar bile bunlara bir medeni ceza olarak ödenmesi gibi çok sayıda ihtimalin değerlendirilmesi mümkündür. Ayrıca mahkeme harçlarını gerçek anlamından uzaklaştıran m. 134/III ve yine kanaatimizce eşitlik ilkesine aykırı olan, ipotekli konut finansmanlarına ilişkin alacakların takibine ilişkin olarak ceza oranını yüzde on yerine yüzde yirmi olarak belirleyen m. 134/VI fıkrası hükümleri de kaldırılmalıdır.

SONUÇ

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre gerçekleştirilen cebri icra satışlarının iptali için Kanunda öngörülmüş olan ihalenin feshi kurumunu düzenleyen m. 134 hükmü, çok defa değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin temelinde büyük ölçüde kurumun kötüye kullanıldığı gerekçesi yatmaktadır. Zira ihalenin feshinin talep edilmesi halinde ihale kesinleşinceye kadar, ihalenin feshi usulünde uygulanan şikâyet kurumundan farklı olarak her şey durmakta; ihale alıcısı satın aldığı mala, ihale alacaklısı da alacağına kavuşmamaktadır.

Bu bağlamda Kanun koyucu hükümde zaman içerisinde yaptığı değişikliklerle, önce başvurucunun hakkının muhtel olduğunu ispat zorunluluğu getirmiş, daha sonra da ihalenin feshini isteyebilecek kişiler bakımından *numerus clausus* ilkesini kabul etmiştir. Ancak ihalenin feshini isteyebilecek kişilerin bu şekilde sınırlandırılmış olması, beraberinde hak arama hürriyetinin ihlal edilip edilmediği tartışmalarını da getirmiştir.

İhalenin feshi kurumunun kötüye kullanılmasının önleyecek caydırıcı araçlar öngörülmesi bağlamında yapılan ilk değişiklik, 1988 yılında para cezası getirilmiş olmasıdır. Bu para cezasına ek olarak, 2021 yılında kabul edilen 7343 sayılı Kanunla, teminat gösterme ve genel kuraldan ayrık bir harç ödeme yükümlülüğü de getirilmiştir. Tüm bu haller bakımından Kanun koyucu ihalenin feshini isteyebilecek kişiler bakımından şekli bir sıfat ayırımına gitmiştir. Buna göre satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî

⁷¹ Mesut Köksoy, *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, 2018, s. 36.

⁷² Umar, s. 262.

sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahipleri; pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerden farklı tutulmuş ve sanki birinci gruptaki kişilerin iyiniyeti; pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenlerin ise kötüniyeti asıl olarak kabul edilerek bu kişiler farklı yükümlülüklerle tabi tutulmuştur. Satış isteyen alacaklı, borçlu, mahcuzun resmî sicilinde kayıtlı olan ilgililer ve sınırlı ayni hak sahiplerinin ihalenin feshini istemeleri durumunda herhangi bir teminat yatırma yükümlülükleri bulunmadığı gibi, maktu karar ve ilam harcı yatırarak bu talebi yapmaları mümkün olacaktır. Buna karşılık, ihale alıcısı da dâhil olmak üzere, pey sürmek suretiyle ihaleye iştirak edenler ise hem teminat göstermek hem de ihale bedeli üzerinden hesaplanacak bir peşin nispi harç yatırmak zorunda kalacaklardır. Bu kişilerin, tüm bunlara ek olarak talepleri esasa girilip reddedilirse ayrıca bir de para cezası ödemek durumunda kalacak olmalarının, hak arama hürriyeti ve adalete erişim gibi temel ilkelere bağdaşması mümkün değildir. Ayrıca bu şekilde bir ayırım yapılarak benzer durumdaki kişiler arasındaki eşitlik ilkesi de ihlal edilmektedir.

İhalenin feshi kurumunun kötüye kullanımının önlenmesi için bu şekilde hak arama hürriyetini zedeler nitelikte düzenlemeler yerine, kurumun kendisinin rehabilitasyonu daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Örneğin ihalenin feshi talebine rağmen takibin devamının sağlanabilmesi ve talepten zarar gören kişilerin zararlarını aynı yargılama içinde talep edebilmeleri imkânının sağlanması buna örnek olarak verilebilir. Ayrıca para cezası ve harçlar gibi Hazineye gidecek olan yaptırımlar yerine, talepten zarar görenlerin tazmin edilmesi de daha hakkaniyetli ve adaletli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019.
- Ansay S Ş, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, Beşinci Bası, İstiklal Matbaası, 1960.
- Arslan, A S, “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, 2014, s. 943-974.
- Arslan R / Yılmaz E / Taşpınar- Ayvaz S / Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Arslan R / Yılmaz E / Taşpınar- Ayvaz S / Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Arslan R, *İcra - İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Arslan R, “İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1989/1, s. 137-157.
- Arslan R, *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, S Yayınları, 1989.
- Aşık İ / Oruç Y / Tok O / Saçar Ö F, *İcra ve İflas Hukuku*, Seçkin, 2022.
- Atalay O, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası, On iki levha, 2017, s. 2385-2433.
- Atalı M / Ermenek İ / Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Atalı M / Ermenek İ / Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Aygül M / Altıntaş E H, “Sığınmacıların Teminat Yatırma Yükümlülüğü”, *Public and Private International Bulletin*, 40(2), 2020, s. 717-737.
- Budak A C / Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Çelikoğlu C T, “7343 Sayılı Kanunla İİK’da Yapılan Paraya Çevirme ve İhalenin Feshi’ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı”, *Adalet Dergisi*, 2022/1, (68), s. 409-450.

- Çiftçi P, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, 2010.
- Çon Ö, *İhalelin Feshi (İcra ve İflas Kanunu Madde 134)*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Demircioğlu Y, *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, Yetkin Yayınları, 2007.
- Erdönmez G, “İcra ve İflas Hukukunda İhalelin Feshini İsteyebilecek Kişiler”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, (10), 2008, s. 357-408.
- Erem, F, *Türk Ceza Hukuku*, Cilt II, Genel Hükümler, Onikinci Baskı, Seçkin Kitabevi, 1985.
- Ermenek İ, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Makul Giderle Yargılanma Hakkına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi”, Emel Hanağası, Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Cilt I*, Yetkin Yayınları, 2015, s. 767-801.
- Görgün Ş / Börü L / Kodakoğlu M, *İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Gündoğdu S B, “Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet Müessesesine Hukukî Dinlenilme Hakkı Açısından Yaklaşımı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9(18), 2021, s. 89-116.
- Hanağası E, *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, 2009.
- Köksoy M, *İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, 2018.
- Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013.
- Kuru B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II*, Yetkin Yayınları, 2020.
- Muşul T, *İcra ve İflas Hukukunda; Şikâyet*, Adalet Yayınevi, 2014.
- Oruç Y, *İflas İdaresi*, Seçkin, 2019.
- Özbek M, “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, (4), 2006, s. 907-927.
- Özbek M, *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, Yetkin Yayınları, 2013.
- Özdemir İ, *Medeni Yargılama Hukukunda Adalete Erişim*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010.

- Özekes M, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, 2009.
- Özekes M, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin Yayınevi, 1999.
- Pekcanitez H / Akkan M, “7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması”, *TBB Dergisi*, (160), 2022, s. 259-297.
- Pekcanitez H / Simil C, *İcra – İflas Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Pekcanitez H, “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *Makaleler, Cilt I*, On iki levha, 2016, s. 385-412.
- Pınar B / Meriç N, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi”, *TBB Dergisi*, (84), 2009, s. 188-211.
- Pınar B, *Yargı ve İcra Harçları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2009.
- Postacıoğlu İ E, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Altıncı Bası, Sulhi Garan Matbaası, 1975.
- Postacıoğlu İ E, *İcra Hukuku Esasları*, Dördüncü Bası, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Postacıoğlu İ E, *İflas Hukuku İlkeleri, Cilt I. İflas*, Sulhi Garan Matbaası, 1978.
- Rüzgaresen C, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*, Yetkin Yayınları, 2021.
- Sayar İ B, *Adalete Erişim Bağlamında Yargı Harçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Umar B, “Türk İcra Hukukuna Eleştirel Bir Bakış”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII, 24-25 Ekim 2008*, Türkiye Barolar Birliği 2009, s. 244-266.
- Uzar G N, *İcra ve İflas Kanunu’nun Tarihsel Gelişimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2001.
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II*, 6. Bası, Alfa, 1997.
- Üstündağ S, *İcra ve İflas Kanunu’nun Dünü ve Bugünü*, Evrim Kitabevi, 1990.
- von Overbeck A, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi Esasları*, İstanbul Cumhuriyet

Matbaası, 1929.

Yeşilova B, “İcra ve İflas Kanunu’na Göre Taşınırın Açık Artırma Yoluyla Satışında İhalenin Feshinin Ancak Kimlerce Talep Edilebileceğine İlişkin Bazı Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Emel Hanağası, Mustafa Göksu (Ed.), *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Cilt 2*, Yetkin Yayınları, 2015, s 1787-1828.

Yılmaz E, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, 2016.

Yılmaz E, “Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler”, *Makaleler, 1. Cilt*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 893-912.

Yılmaz E, “Hukuk Yargılama Yöntemleri Yasasındaki Para Cezalarının 12.6.1979 Gün ve 2248 Sayılı Yasa Karşısındaki Durumu”, *Makaleler, 1. Cilt*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 254-264.

Yılmaz E, “İcra ve İflas Kanunumuz Yine Değişti”, 1984/2, *Makaleler, 1. Cilt*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 637-661.

Yılmaz E, “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, *Makaleler, 1. Cilt*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 383-403.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

SİGORTACININ HALEFİYET HAKKINA DAYALI TAZMİNAT DAVASINDAN ÖNCE ARABULUCULUK YOLUNA BAŞVURUNUN DAVA ŞARTI OLUP OLMADIĞINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

EVALUATION ON WHETHER APPLICATION TO MEDIATION IS
A “CAUSE OF ACTION” BEFORE ACTION BASED ON INSURER’S
SUBROGATION OF RIGHTS

Nurdan ORBAY ORTAÇ* 

Özet

10.34246/ahbvuhfd.1178970 

İş Mahkemeleri Kanunu'nun 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren üçüncü maddesi ile bazı iş uyuşmazlıkları hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu kılınmasıyla dava şartı arabuluculuk hukukumuzda ilk kez düzenlenmiştir. Ardından Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinde konusu bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olan alacak ve tazminat talepleri hakkında, dava açılmazdan evvel arabulucuya başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Son olarak ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile tüketici mahkemesinde dava açılmadan önce arabuluculuk zorunlu kılınmıştır. Sigorta uyuşmazlıkları kapsamında özellikle sigortacının halefiyete dayalı olarak açacağı davadan önce Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi gereğince arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığı konusunda öğretilerde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Öğretilerde hâkim görüşün sağlanamaması uygulamaya da yansımış ve hali hazırda halefiyete dayalı taleplerde dava şartı arabuluculuğa ilişkin farklı uygulamalar ortaya çıkmıştır. Çalışmamızda sigortacının

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / KIRIKKALE e-posta: nurdanorbay@yahoo.com
ORCID: 0000-0002-4274-7087 DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1178970

** Bu çalışma 12-13 Mayıs 2022 tarihinde gerçekleşen “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 10. Yılında Ticaret Hukukunun Güncel Meseleleri Sempozyumu”nda sunulan “Sigortacının Halefiyet Hakkına Dayalı Uyuşmazlıkların Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığı Meselesi” konulu sunumun genişletilmiş halidir.

• **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.*



halefiyet hakkına dayalı tazminat davasından önce arabuluculuk yoluna başvurunun dava şartı olup olmadığı sorusunun cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk • Dava Şartı Arabuluculuk • Sigorta • Halefiyet • Tazminat Davası.

ABSTRACT

With the third article of the Labor Courts Act, which entered into force on 01.01.2018, the condition of litigation was regulated for the first time in our mediation law, with the obligatory application to mediation before filing a lawsuit about some labor disputes. Then, application to mediation before filing a law suit about compensation claims and claims related to the payment of a certain amount of money was regulated as a “cause of action” in 5th article Turkish Commercial Code. Finally, mediation was obliged before filing a suit in labour court with Law on the Protection of Consumers. Within the scope of insurance disputes, different views have been put forward in the doctrine about whether application to mediation is mandatory or not in accordance with 5th article of Turkish Commercial Code before action based on insurers subrogation of rights. Absence of prevailing visibility in the doctrine reflected to practice and this resulted in different practises about mandatory mediation in claims based on subrogation of right. In this study, I will try to find the answer to the question that whether application to mediation is a cause of action before action based on insurer’s subrogation of rights or not.

Keywords: Mediation • Mediation As Cause Of Action • Insurance • Subrogation • Claim For Damages.

EXTENDED ABSTRACT

The principle for the prohibition of enrichment is one of the basic principles of the insurance law. This principle is regulated under the title of “Indemnity Principle” within the Art. 1459 of Turkish Commercial Code. The utilization of insurance as an unjust enrichment tool by compensating more than the actual loss of the insured is avoided through the mentioned principle. The subrogation principle also arises from this principle.

The subrogation in insurance law is regulated by the Art. 1472 of Turkish Commercial Code for the property insurance as well as by Art. 1481 for the liability insurance. The Art. 1472 of Turkish Commercial Code states that: “(1) The insurer shall legally succeed the insured upon payment of the insurance indemnity. If the insured has the right to sue third parties liable for the loss occurred, this right shall pass on the insurer up to the amount it has paid. If legal action or enforcement proceedings had already been initiated against the parties liable, the insurer may continue these proceedings

as per the rule of subrogation without the Court’s or defendant’s consent provided that it proves the payment effected to the insured. (2) The insured shall be liable as against the insurer if it were in breach of the rights that have passed on to the insurer as per paragraph (1). If the insurer had partially indemnified the loss, the insured shall maintain its right to sue the persons liable for the remaining part of the loss.”.

Similar to Art. 1472, the Art. 1481 of Turkish Commercial Code which is entitled “Subrogation” emphasizes that: “(1) The insurer shall legally succeed the insured upon payment of the insurance indemnity. If the insured has the right to sue third parties liable for the loss occurred, this right shall pass on the insurer up to the amount it has paid. (2) If legal action or enforcement proceedings had already been initiated against the parties liable, the insurer may continue these proceedings as per the rule of subrogation without the Court’s or defendant’s consent provided that it proves the payment effected to the insured. (3) The insured or the victim shall be liable as against the insurer if it were in breach of the rights that have passed on to the insurer as per paragraph (1).”.

In practice, one of the most common issues is whether there is a legal condition for a law suit filed by the insurer based on subrogation . Along with the contravention of this issue in doctrine, in my opinion, the nature of the dispute initially shall be determined by the evaluation of the successor insurer as the subrogator. In case the dispute is between the insured and the one who is responsible for damage, then the successor insurer shall apply to mediation before filing a suit. The regulation of the Art. 1472 and 1481 of Turkish Commercial Code also support this opinion by saying that “If legal action or enforcement proceedings had already been initiated against the parties liable, the insurer may continue these proceedings as per the rule of subrogation without the Court’s or defendant’s consent provided that it proves the payment effected to the insured”. Since the subrogation of the insurer, after making a payment in scope of the insurance contract, does not gain a new right to claim. The right of the insurer is just the one which the insured has against the party who is responsible for the damage. As a result, the problem whether the suit filed by the insurer based on subrogation is subject to a legal condition for litigation shall be determined regarding the right owned by the insured against the part who is responsible for the damage. Therefore, if a mediation process is accepted as a legal condition for the lawsuit filed by the insured against the party who is responsible for the damage, the same condition will be applied to the insurer. On the other hand, if the mediation is not a compulsory condition for the lawsuit filed by the insured against the part who is responsible for the damage, the compulsory mediation process will not come up for the insurer either. Furthermore, if the insured initiates a voluntary or compulsory mediation before a legal action brought against the party who is responsible for the damage, the insurer could be seemed as a part of the mediation process.

GİRİŞ

Oldukça yakın sayılabilecek bir tarihte hukukumuza giren dava şartı arabiluculuk müessesesi, uygulamada karşılaşılan kimi sorunlar sebebi ile üzerinde sıklıkla tartışmaların yaşandığı bir kurumdur. Sigorta hukuku özelinde ise en sık karşılaşılan sorunlardan birisi, sigortacının kanuni halefiyete dayalı olarak açacağı tazminat davası öncesinde, dava şartı arabiluculuk kapsamında bir başvuruda bulunmasına gerek olup olmadığı meselesidir. Bu sorunun cevabına ilişkin olarak, hâlihazırda öğretilde ve uygulamada bir görüş birliği mevcut değildir. Ancak özellikle yargılama sürecinin uzun olması sebebi ile bu sorunun çözüme kavuşturulması oldukça önem arz eder. Zira dava şartı yargılamanın her aşamasında re'sen nazara alındığından (Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹ (HMK) m. 115) en başta gözden kaçırılmış bir dava şartı yokluğunun istinaf ve hatta temyiz aşamasında fark edilmesi sebebi ile yargılamanın oldukça uzaması ve bu sebeple ciddi hak kayıplarının doğması kaçınılmaz olacaktır. Bu bağlamda çalışmamızda bu soruna ilişkin görüşümüzü serdederek sorunun çözümüne yönelik önerilerimizi sunmaya gayret göstereceğiz.

I. KONUYA İLİŞKİN BAZI MÜESSESELER

A. HALEFİYET İLKESİ

Sözlük anlamıyla halef, “*Birinin ardından gelip onun makamına geçen kimse, ardıl, selef karşıtı*”² demektir. Bir kimsenin yerine geçilmesi anlamına gelen halefiyetin hukuki anlamı ise başka bir kimsenin hakkına sahip olarak onun yerine geçilmesidir³. Bunun sonucunda hakkın süjesi değişmektedir.

Halefiyet neticesinde, edada bulunan şahıs alacaklının yerine geçmekte dolayısıyla hakkın süjesi değişmekte ancak borcun niteliğinde, borçlunun şahsında ve yükümlülüklerinde herhangi bir değişiklik olmamaktadır⁴.

Hukukumuzda kanuni halefiyete ilişkin genel düzenlemenin yer aldığı Türk Borçlar Kanunu’nun⁵ (TBK) 127’nci maddesi hükmünün son fıkrasında

¹ 6100 sayılı bu Kanun 4.12.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

² <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi: 18.04.2022.

³ Haluk N. Nomer, “Halefiyet ile Rücu arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LV(3), 1997, s. 243.

⁴ Ahmet Kılıçoğlu, “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 1974, 31(1), s. 397.

⁵ 6098 sayılı bu Kanun 4.12.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

diğer halefiyet hallerine ilişkin kanun hükümleri saklı tutulmuştur. Sözü edilen düzenlemede saklı tutulan kanun hükümleri arasında Türk Ticaret Kanunu’nun⁶ (TTK) mal sigortalarında sigortacının halefiyet hakkına ilişkin 1472’nci maddesi ile sorumluluk sigortalarında sigortacının halefiyetin hakkına ilişkin 1481’inci maddesi hükümleri de yer almaktadır⁷. Sigortacının halefiyet hakkı kanunda düzenlendiğinden kanuni temlik mahiyetinde kabul edilmektedir⁸.

Sigorta hukukuna hâkim olan temel ilkelerden birisi olan halefiyet ilkesi gereğince sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra sigortalısının yerine geçer ve ona karşı zarardan sorumlu olanlar varsa, bu kişilere başvuru hakkı da ödenen sigorta tazminatı oranında sigortacıya intikal eder (TTK m. 1472; m. 1481). Eğer sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa; sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.

⁶ 6102 sayılı bu Kanun 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁷ Türk Ticaret Kanunu’nun 1486’nci maddesinde 1472’nci maddeye aykırı yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağı hükmüne yer verilerek halefiyete dair düzenlemenin emredici olduğu belirtilmiştir. Ancak sorumluluk sigortalarında halefiyetin düzenlendiği 1481’inci maddenin emredici niteliğine dair bir düzenlemeye Kanunda yer verilmemiştir. Bu sebeple sorumluluk sigortalarında halefiyete ilişkin düzenlemelerin aksinin kararlaştırılması mümkündür. Ancak bu farklı düzenlemenin bilinçli bir tercih olmadığı; kanun koyucunun sehven anılan maddeyi emredici kılmadığı görüşündeyiz. Bu görüşte olan *Damar*, 1486’nci maddede 1481’inci maddenin sayılması ile bu ikilemin sona erdirilmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir (Cahit Damar, *Sigortacının Kanuni Halefiyeti ve Rücu Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 132.). Esasen zarar sigortalarına ilişkin olarak genel hükümlerde sigortalıyı koruyacak şekilde emredici nitelik arz eden tek bir madde ile halefiyet düzenlenebilirdi. Öğretilde halefiyete ilişkin düzenlemeye aykırı hüküm içeren sigorta sözleşmesinin ilgili hükmünün geçersiz kılınması yerine sözleşmenin tamamının geçersiz kılınması haklı olarak eleştirilmektedir (Rauf Karasu, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, 2, Yıl 2015, s. 702; Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Sigorta Hukuku C. II, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, Birinci Bölüm, Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486)*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 512 (C. II); Şaban Kayıhan, “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti”, *Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, II. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, s. 1600.).

⁸ Merih Kemal Omağ, *Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti*, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 52; Haydar Arseven, *Sigorta Hukuku*, İkinci Bası, Beta Yayınları, 1991, s. 173; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2021, s. 305; Oğuzhan Taşdemir, *Sigorta Hukukunda Halefiyet ve Rücu*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 86; Erhan Bora, *Sigorta Hukuku*, Ankara, 2020, s. 571.

B. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda⁹ (HUAK) arabuluculuk “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır (m. 2/(1), b). Kanuni tanımdan da anlaşılacağı üzere arabuluculuk süreci kural olarak ihtiyaridir. Ancak anılan Kanun'un 18/A maddesi ve devamında istisnai nitelik taşıyan “*dava şartı arabuluculuk*” müessesesi düzenlenmiştir. Bu bağlamda ilgili Kanunlarda arabulucuya başvurulması dava şartı olarak düzenlenmişse dava açılmadan evvel arabuluculuk yolunun tüketilmiş olması gerekir. Bu süreç tüketilmeden açılan bir dava hakkında mahkemece, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden red yönünde bir karar verilir (HUAK m. 18/A/(2)).

Hâlihazırda mevzuatımızda üç ayrı Kanun'da dava şartı arabuluculuğa ilişkin düzenleme mevcuttur. İlk olarak bazı iş uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuğa dair bir düzenleme yapılmıştır. İlk olarak bazı iş uyuşmazlıkları bakımından dava şartı arabuluculuğa dair düzenleme yapılmıştır. İş Mahkemeleri Kanunu'nun¹⁰ (İMK) 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren 3'üncü maddesi uyarınca “*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*”. Anılan düzenleme ile iş uyuşmazlıklarının zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığı noktasında uyuşmazlığın iş mahkemelerinde görülüp görülmemesinden değil uyuşmazlık konusundan hareket edilmiş ve dava şartı arabuluculuğa ilişkin uyuşmazlıkların sınırı çizilmiştir. Akabinde Türk Ticaret Kanunu'na 19.12.2018 tarihli 7155 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun'un 20. maddesi ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen 5/A maddesinde ticari davalarda arabuluculuk düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü

maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. İş uyuşmazlıklarında olduğu gibi burada da hangi uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu belirlenirken uyuşmazlığın görüleceği mahkeme değil; uyuşmazlığın niteliği ve konusu esas alınmıştır.

Dava şartı arabuluculuğun öngörüldüğü son düzenleme ise Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹¹ (TKHK) ile getirilmiştir. 28 Temmuz 2020 tarihli ve 31199 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanun¹² ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 73/A maddesinde tüketici uyuşmazlıkları da zorunlu arabuluculuk uygulaması kapsamına alınmıştır. İş uyuşmazlıklarından ve ticari uyuşmazlıklardan farklı olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun dâhilinde öngörülen dava şartı arabuluculuğa tabi davaların tespitinde uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesi kriteri esas alınmıştır (TKHK m. 73/A/ (1), c. 1)¹³.

Uygulamada kimi zaman görevli mahkemeye göre arabuluculuğun zorunlu olup olmadığının tespitinin gerektiği yanılıgısına düşüldüğüne şahit oluyoruz. Bu yanılıgı sebebi ile eğer dava iş mahkemesinin, tüketici mahkemesinin ya da ticaret mahkemesinin yargılama alanına giriyorsa dava şartı arabuluculuk gündeme geleceği kanaati hâsıl olmaktadır. Oysa örneğin; ticari dava şartı arabuluculukta uyuşmazlığın hangi mahkemede görüldüğüne göre değil, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talebine ilişkin uyuşmazlığın ticari dava niteliği arz edip etmediğine göre arabuluculuğun zorunlu olup olmadığı tespit edilir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu m. 4/1 b. 4 uyarınca *fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta* öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılmaktadır. Fikri mülkiyet hukukundan doğan davalarda görevli mahkeme ise asliye ticaret mahkemesine nazaran

¹¹ 6502 sayılı bu Kanun 28.12.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹² Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

¹³ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da bazı tüketici uyuşmazlıkları dava şartı arabuluculuktan istisna tutulmuştur. Anılan Kanun'un 73/A maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca “*Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:*

- a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar
- b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar
- c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar
- ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar
- d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın ayınandan doğan uyuşmazlıklar”.

⁹ 6325 sayılı bu Kanun 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰ 7036 sayılı bu Kanun 25.10.2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

özel mahkeme niteliğinde olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir (Sınai Mülkiyet Kanunu¹⁴ (SMK) m. 156; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu¹⁵ (FSEK) m. 76). Fikri mülkiyet hukukundan doğan bir uyuşmazlık eğer konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında ise fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde dava açılmazdan evvel arabulucuya başvuru yapılmış ve sürecin tamamlanmış olması zorunludur. Keza her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili bir kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlık TTK m. 4/1 gereğince ticari dava sayılacağından kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda görevli olan sulh hukuk mahkemesinde dava açılmazdan önce de ticari dava şartı arabuluculuk yolunun tüketilmesi gereklidir¹⁶.

Ticari dava şartı arabuluculukta uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme kriter olarak alınmamasına karşın; az önce de belirttiğimiz üzere tüketici dava şartı arabuluculukta, istisnai bazı haller hariç¹⁷, tüketici mahkemesinde görülen uyuşmazlıkların tüketici dava şartı arabuluculuğuna tabi olduğu hükme bağlanmıştır (TKHK m. 73/A).

II. SİGORTA HUKUKUNDA HALEFİYETE İLİŞKİN ESASLAR

A. Sigortacının Halefîyetinin Şartları

Sigortacının sigortalısının haklarına halef olabilmesinin ön şartı, geçerli bir sigorta sözleşmesinin varlığıdır. Geçersiz bir sözleşmeye binaen yapılan ödeme, halefîyet hakkı bahşetmez¹⁸. Örneğin; taşınacak uyuşturucu mal için nakliyat sigorta sözleşmesi akdedilmesi halinde taşınan malın gecikmesi sebebi ile uğranılan zararı gideren sigortacı, ödeme yaptığı kişinin haklarına halef sıfatıyla taşıyıcıya karşı talepte bulunamaz. Zira sözleşme kanuna aykırı olması sebebi ile geçersizdir (TTK m. 1404; TBK m. 27). Yine örneğin, geçmişe etkili sözleşme yapılması halinde rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu, sözleşmenin yapılması sırasında, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla, sigortalı tarafından biliniyorsa sözleşme geçersiz olacağından (TTK m. 1458)

¹⁴ 6769 sayılı bu Kanun 10.01.2017 tarih ve 29994 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹⁵ 5846 sayılı Kanun 13.12.1951 tarih ve 7981 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹⁶ Kira sözleşmesinden kaynaklanan ticari davalarda asliye ticaret mahkemesinin görevli olması gerektiği konusunda görüş için bkz. Mehmet Arif Tuğ, “Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(3), 2021, s. 1897 vd.).

¹⁷ Bkz. dn. 13.

¹⁸ Omağ, s. 73; Işıl Ulaş, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2012, s. 227.

bu geçersiz sözleşme kapsamında ödeme yapan sigortacının, Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde halefîyet hakkından söz etmek mümkün değildir.

Sigortacının kanuni halefîyet hakkının doğumu için aranan bir diğer şart ise sigortacının sigorta sözleşmesi ile teminat verdiği kapsamda ödeme yapmış olmasıdır¹⁹. Uygulamada sıklıkla rastlanılan sigortacının teminat kapsamında olmayan ve lütf/hatır/*ex gratia* ödemesi olarak anılan ödemeleri sigortacıya Türk Ticaret Kanunu kapsamında halefîyet hakkı bahşetmez²⁰.

Türk Ticaret Kanunu’nun 1472’nci ve 1481’inci maddeleri uyarınca sigortacının kanuni halefîyet hakkının doğumu için aranan son şart ise sigortalının zarar sorumlusuna yönelik dava hakkının olması şeklinde ifade edilmiştir²¹. Esasen anılan Kanun’un 1472’nci maddesinin gerekçesinden de²²

¹⁹ Sigorta tazminatının ödenmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Haydar Yıldırım, *Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti*, Seçkin Yayıncılık, 2020.

²⁰ Omağ, s. 86; Ulaş, s. 228. Ancak uygulamada sigortacının yaptığı lütf ödemesi sonrasında sigortalı zarar sorumlusundan olan alacağını Türk Borçlar Kanunu’nun alacağın temliki (m. 183 vd.) hükümlerine göre sigortacıya devretmekte ve iradi halefîyet yaratılmaktadır.

²¹ Sigorta ettirenle sigortalının farklı kişiler olması halinde sigortacının sigortalıya karşı halefîyet ilkesi gereği talep veya dava hakkını kullanıp kullanamayacağı konusunda tartışmalar için bkz. Arseven, s. 178; Ünan, s. 241 (C. II); Kılıçoğlu, s. 409; Mehmet Emin Bilge, “Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefîyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*, Beta Yayıncılık, 2001, s. 72; Kayıhan, s. 1602; Bahar Kızılsümer, *Sigortacının Kanuni Halefîyetinin Şartları ve Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 108-109; Emine Yazıcıoğlu, “Mal Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefîyetine İlişkin Bazı Hususlar”, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 488; Emine Yazıcıoğlu /Zehra Şeker Öğüz, *Sigorta Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 201-202; Arseven, s. 177-178; Emine Yazıcıoğlu, “TTK’nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefîyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2-3), 2017, s. 359 (Mal Sigortası); Mertol Can, *Türk Özel Sigorta Hukuku*, C 1, Adalet Yayınevi, 2018, s. 50, 157; Barış Günay, *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 187-189; Kerim Atamer, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca ‘Zarar Sigortaları’na Giriş”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 27(1), 2011, s. 72; Nurdan Orbay Ortaç, “Sigortalanan Olaya Kusur İle Sebep Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVI(2), 2021, s. 94-95.

²² TTK m. 1472’nci madde gerekçesi şu şekilde kaleme alınmıştır “Zarara sebep olan kimseye karşı sigortalının haiz olduğu tazminat talep hakkı, ödediği oranda sigortacıya geçer. Sigorta hukukunda bütün dünya uygulamasında bu kurala rastlanılır. Amaç, hem sigortalının rizikonun gerçekleşmesi sonunda maruz kaldığı zarardan fazla bir tazminat alarak zenginleşmesine mani olmak hem de zarar görenin verdiği zarardan dolayı sorumluluğunu devam ettirebilmektir. Bu prensip, gerçek zararın karşılanması söz konusu olduğu tazminat sigortalarında geçerli iken, bu niteliği olmayan can sigortalarında geçersizdir. Halefîyet ilkesi gereği sigortacı, sigortalısının yerine geçerek zarara neden olan kişilere yaptığı ödemeyi rücu edeceğinden, sigortalı sigortacının bu yöndeki haklarını ihlal edici davranışlardan kaçınması, sigortacısının zararına neden olmaması gerekir. Aksi taktirde sigortalının sorumluluğu söz

de anlaşılacağı üzere sigortacının halefiyetten doğan hakkı, dava hakkı ile sınırlı değildir; bu hak talep hakkını içerecek şekilde geniş anlaşılmalıdır²³. Dolayısıyla sigortacıya intikal eden hak, zarar sorumlusuna karşı ileri sürülebilecek talep hakkını da kapsadığından sigortacı dava açmadan da bu hakkını talep edebilir. Pek tabii ki var olan hakkın dava edilebilir nitelik arz etmesi gerekir. Talep hakkının kullanılması üzerine talebi yerine getirilmez ise sigortacı, sigortalının sahip olduğu icra takibi ya da dava hakkını da kullanabilir. Ancak belirtmek gerekir ki sigortacı, zarar sorumlusuna başvuru yapmadan doğrudan dava hakkını da kullanabilir. Sonuç olarak, geçerli bir sigorta sözleşmesi kapsamında sigortalısına ödeme yapan sigortacıya, sigortalısının zarar sorumlusundan olan talep ve dava hakkı kanunen intikal eder.

B. Sigortacının Halefiyetinin Hukuki Niteliği

Sigorta sözleşmesi ile teminat altına aldığı riziko sebebi ile sigortalanan olay gerçekleştiğinde kanun gereği sigortalısının hakları ona ödeme yapan sigortacısına intikal ettiğinden sigortacının halefiyeti “*kanuni temlik*” niteliği arz eder²⁴. Zira sigortacının sigorta sözleşmesi kapsamında ödeme yapması halinde sigortalının hakkı, herhangi bir işleme gerek olmaksızın yahut zarar sorumlusunun veya herhangi bir makamın izni olmaksızın sigortacıya intikal eder. İntikal eden dava hakkı ise eda davası niteliği arz eden bir tazminat davasıdır²⁵.

C. Sigortacının Halefiyetinin Sonuçları

Daha önce de belirttiğimiz üzere halefiyet şartlarının mevcudiyeti ile sigortacı, sigortalısının zarar sorumlusuna karşı sahip olduğu hakları haiz olur ve bu kapsamda zarar sorumlusundan doğrudan talepte bulunabileceği gibi ona karşı dava da açabilir. Halef sıfatını haiz olan sigortacının talep hakkı; selef sıfatını haiz olan sigortalısının talep hakkı kapsamında olacaktır.

konusu olur. Diğer taraftan, sigortacı sigortalısının zararın bir kısmını karşılamışsa, genel sorumluluk ilkeleri çerçevesinde karşılanmayan zararı için sorumlulara her zaman için başvurabilir. (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı 96, s. 446.).

²³ Omağ da 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde kaleme aldığı eserinde halefiyetin düzenlendiği 1301’inci maddede yer alan “*dava hakkı*” ibaresinin “*hak*” olarak anlaşılması gerektiği görüşünü serdetmiştir (Omağ, s. 91).

²⁴ Omağ, s. 52; Taşdemir, s. 86; Bora, s. 571.

²⁵ Omağ, s. 186, 187; Ulaş, s. 245.

Ancak vurgulamak gerekir ki sigortacının talep hakkının sınırını, ödediği sigorta tazminatı miktarı oluşturur; dolayısıyla sigortacı, zararı karşıladığı oranda selefının haklarına halef olur. Ayrıca zarar sorumlusu tarafından selef sıfatını haiz olan sigortalıya karşı sahip olunan def’iler, halef sıfatını haiz olan sigortacıya karşı da ileri sürülebilecektir²⁶.

Hâkim görüş, sigortacının açtığı halefiyete dayalı davada görevli ve yetkili mahkeme ile zamanaşımı süresinin tespitinde sigortalı ile zarar sorumlusu arasındaki ilişkinin esas alınması yönündedir²⁷. Zira kanuni halefiyet gereğince sigortacıya intikal eden sigortalıya ait hakkın hukuki niteliği değişmemekte; sadece hakkın süjesinde değişiklik gündeme gelmektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun 1944 tarihli 1939/37 Esas, 1944/9 Karar sayılı kararında²⁸ sigortacının açtığı halefiyete dayalı tazminat davasında görevli mahkemenin tespitinde sigortalı ile zarar sorumlusu arasındaki hukuki ilişkinin esas alınması gerektiği hükme bağlanmıştır²⁹. Günümüzde dahi yargı kararlarında istikrarlı bir şekilde anılan

²⁶ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 305; Rayegan Kender, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021 s. 414; Damar, s. 281; Taşdemir, 92; Tamer Bozkurt, *Sigorta Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2022, s. 285.

²⁷ Arseven, s. 178; Omağ, s. 198 vd.; Kender, s. 410-414; Ünan, s. 251 (C. II); Can, s. 46; Kayıhan, s. 1604; Birgül Sopacı Öztuna, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi”, *BATİDER*, XXVIII(3), 2012, s. 122; Jens Muschner, *Nomos Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz*, (Herausgegeben von Dr. Wilfried Ruffer, Dirk Halbach, Peter Schimikowski), 4. Auflage, C.H. Beck, 2020, Rn. 106, 108; Heinrich Hormuth, *Versicherungsrechts-Handbuch*, (Herausgegeben von Ronald Michael Beckmann/Annemarie Matusche-Beckmann), 3. Auflage, C.H. Beck, 2015, Rn. 177; Sieber Philipp/Hüsser Heinz, *Haftpflichtkommentar Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, (Herausgegeben Willi Fischer, Thierry Luterbacher), DIKE, 2016, Rn. 43; Ignacio Moreno/ Rolf Wendelspiess, “Der Regress im neuen VVG”, *Haftung und Versicherung*, 2021, S. 237, s. 240; Kızılsümer, s. 68; Hacı Kara, *Sigorta Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2021, s. 470; Taşdemir, s. 86; Bora, s. 574; Damar, s. 257, 263; Günay, s. 196, 198-199; Bozkurt, s. 285-286; Belin Köroğlu Ölmez, *Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasası*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020, s. 153, 150-160; Ekin Korkmaz, “Zarar Sigortalılarında Sigortalının Zararı Azaltma Külfeti ve Bu Külfetin Sigortacının Halefiyetine Etkisi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Özel Sayı), 2022, s. 508.

²⁸ Lexpera İçtihat Bankası.

²⁹ İlgili dönemlere ait sigortacının halefiyetine ilişkin hükümler: 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu m. 965 “*Sigortacı, sigorta bedelini tediye ettikten sonra hukuken sigorta ettiren kimse makamına kaim olur. Binaenaleyh sigorta ettiren şahsın hasarı vakiden dolayı üçüncü şahıslara karşı hakkı davası varsa bu hak, tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal eder.*”

içtihat esas alınarak görevli mahkemenin tespit edildiğini görmekteyiz³⁰. Anılan içtihadı birleştirme kararının, 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu döneminde verilmiş olması ve içtihadın üzerinden yaklaşık 80 yıl geçmiş olması sebebi ile günümüzde hala uygulama alanı bulması eleştirilebilir olsa da 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ve yine 2011 tarihli 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda sigortacının halefiyetinin 1926 tarihli Türk Ticaret Kanunu düzenlemesine benzer şekilde kaleme alınmış olması nazara alındığında içtihat değişikliğine sebep olacak bir durum olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu; 17.01.1972 tarihli 1970/2 Esas, 1972/1 Karar sayılı kararında³¹ ise sigorta tazminatını ödeyen

Sigorta ettiren kimse, fıkrai ânife mucibince sigortacıya intikal eden hukukunu ihlal edecek bir hal ve harekette bulunursa sigortacıya karşı mesul olur. Sigortacı hasarı kısmen tazmin etmiş ise sigorta ettiren kimse, mütebaki kısmından dolayı üçüncü şahıslara karşı haiz olduğu hakkı müracaatı muhafaza eder.”.

1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu m. 1301 “Sigortacı sigorta bedelini ödedikten sonra hukuka sigorta ettiren kimse yerine geçer. Sigorta ettiren kimsenin vaki zarardan dolayı üçüncü şahıslara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel nispetinde sigortacıya intikal eder.

Sigorta ettiren kimse, 1 inci fıkra gereğince sigortacıya intikal eden haklarını ihlal edecek bir hal ve harekette bulunursa sigortacıya karşı mesul olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmiş ise sigorta ettiren kimse kalan kısmından dolayı üçüncü şahıslara karşı haiz olduğu müracaat hakkını muhafaza eder.”.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise halefiyet mal ve sorumluluk sigortalı bakımından iki ayrı hükümde düzenlenmiştir. Anılan Kanun m. 1472 “(1) Sigortacı, sigorta tazminatını ödendiğinde, hukuka sigortalının yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel kadar, sigortacıya intikal eder. Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir. (2) Sigortalı, birinci fıkraya göre sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur. Sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur.” hükmünü; m. 1481 ise “(1) Sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuka sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur. (2) Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı gereğince, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir. (3) Sigortalı veya zarar gören, birinci fıkra gereğince sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur.” hükmünü içermektedir.

³⁰ İlgili bazı kararlar için bkz. Y. 20. HD., E. 2018/2473 K. 2018/3777 T. 14.5.2018; Y. 20. HD., E. 2016/11505 K. 2016/11366 T. 28.11.2016; Yargıtay 20. HD., E. 2017/172 K. 2017/983 T. 9.2.2017.

³¹ <<https://www.kararara.com/yargitay/ibk/k4870.htm>> Erişim Tarihi 18.04.2022.

sigortacının, zarara sebebiyet veren aleyhinde sigorta ettirenin halefi sıfatıyla açacağı davanın zamanaşımının, sigorta ettirenin aynı şahıs aleyhinde açabileceği davanın zamanaşımına tabi olacağına ve aynı tarihte başlayacağına hükmetmiştir. Hâlihazırda verilen kararlarda da yargının zamanaşımına ilişkin görüşünün bu yönde olduğunu görmekteyiz³². Dolayısıyla sigortalı aleyhine başlamış olan zamanaşımı süreleri, alacağın sigortacıya kanuni olarak intikali ile değişmeden işlemeye devam eder.

Sigortalı, henüz sigortacısı tarafından sigorta sözleşmesi kapsamında ödeme yapılmadan evvel zarar sorumlusuna karşı dava açmış yahut takip başlatmışsa sigortacı ödeme yaptıktan sonra söz konusu davayı yahut takibi, karşı tarafın veya mahkemenin, icra dairesinin ya da başkaca bir merciin onayına gerek kalmaksızın kaldığı yerden devam ettirebilir (TTK m. 1472/1 c. 2; m. 1481/2); böylece kanuni bir taraf değişikliği meydana gelir³³. Eğer sigortalı, zarar sorumlusuna karşı yönelteceği dava öncesinde ihtiyari veya zorunlu arabuluculuğa başvurmuşsa sigortacı arabuluculuk sürecini de kaldığı yerden devam ettirebilir. Zira yukarıda açıkladığımız üzere Türk Ticaret Kanunu'nda geçen dava hakkını, talep hakkını da içine alacak şekilde geniş yorumlamak gerekir.

III. SİGORTACININ HALEFİYETE DAYALI AÇTIĞI DAVALARDAN ÖNCE ARABULUCULUYA BAŞVURULMASI DAVA ŞARTI MIDIR?

A. KONUYA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

Uygulamada dava şartı arabuluculuk kapsamında belki de en sık karşılaşılan sorunlardan birisi, sigortacının halefiyete dayalı açtığı davaların bu sürece tabi olup olmadığı meselesidir.

Öğretide ileri sürülen bir görüş, sigortacının halefiyet hükümleri çerçevesinde açacağı davanın halefiyet hususunun Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi sebebi ile ticari dava teşkil ettiği, görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu ve dolayısıyla ticari dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu kabul etmektedir³⁴. Benzer yönde görüşün yer aldığı Arabuluculuk

³² Konuya ilişkin bazı kararlar için bkz. Y. 11. HD., E. 2013/3795 K. 2013/6419 T. 01.04.2013; Y. 11. HD., E. 2007/14322 K. 2009/3335 T. 23.03.2009 (Lexpera İçtihat Bankası)

³³ Sopacı Öztuna, s. 121.

³⁴ Rıza Ayhan/ Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku*, 11. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2018, s. 66, dn. 102; Mustafa Özgen, *Sigorta Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkim*, Hacettepe Üniversitesi

Daire Başkanlığı tarafından yayınlanan «*Sigorta Hukukunda Uzman Arabuluculuk*» kitabında görevli mahkemenin tespitinde sigortalı ile zarar sorumlusu arasındaki ilişkinin nazara alınması gerektiği³⁵ ifade edildikten sonra bu görüşle çelişecek şekilde “*Sigortacının halefiyet hakkı, TTK 1472. ve 1481. maddelerinde düzenlenmiş olup, söz konusu maddelerde düzenleme bulan halefiyet hakkına ilişkin rücu davalarının da adli yargı içerisinde hangi mahkeme görevli olursa olsun (Tüketici/Sulh Hukuk/Asliye Hukuk/İş Mahkemesi) mutlak ticari dava olarak dava şartı arabuluculuğa tabi olacaktır (6102 sayılı TTK m. 5/A, m.4/1(a)).*” görüşü serdedilmiştir³⁶.

Bir başka görüşe göre ise sigortacının kanuni halefiyet ilkesi kapsamında açılan tazminat davalarında “*her durumda*”, TTK m. 4/1-a kapsamında mutlak bir ticari dava bulunduğu gerekçesi ile zorunlu arabuluculuk sürecinin işletileceğinin ileri sürülmesi hatalıdır³⁷.

Bu konuda hâlihazırda yargının bakış açısını ortaya koyan bir karar mevcut olmamakla beraber arabuluculardan sözlü olarak edinilen bilgi; İstanbul Anadolu Adliyesi arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu sulh hukuk mahkemesi hâkimleri tarafından, halefiyete dayalı uyuşmazlıklarda, sigortalı ve zarar sorumlusu arasındaki ilişki nazara alınarak uyuşmazlığın dava şartı arabuluculuğa tabi olup olmadığına dair değerlendirme yapıldığı ve dava şartı kapsamında değilse anlaşmama halinde ödenecek arabuluculuk ücretine onay verilmediği; ancak diğer birçok adliyede arabuluculuk bürosunun bağlı olduğu sulh hukuk mahkemesi hâkimlerinin bu konuda bir değerlendirme

yapılmaksızın ücret ödenmesini onayladığı yönündedir³⁸.

B. DEĞERLENDİRME

Sigortacının halefiyet hakkı, kanuni halefiyet olarak Türk Ticaret Kanunu m. 1472 ve m. 1481 hükümlerinde düzenlenmekle beraber bu hükümlerle intikal eden hak kapsamında açılacak davalarda hukuki sebep yani olaya uygulanacak hukuk normu, anılan madde hükümleri midir? Bu soruya olumlu cevap verdiğimiz takdirde halefiyete dayalı tazminat davası Türk Ticaret Kanunu’nun 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendi gereğince bu Kanunda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları kapsamında olacağı için “*ticari dava niteliğindedir*” sonucuna varılabilir. Ancak kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Zira Türk Ticaret Kanunu’nun 1472’nci ve 1481’inci maddeleri sigortacının sigortalının haklarına halef olmasının şart ve sonuçlarını düzenlemektedir. Kanun gereği halef sıfatını kazanan sigortacının zarardan sorumlu olanlara karşı yönelteceği davada uyuşmazlık, 1472’nci veya 1481’inci maddelerde öngörülen hususlardan kaynaklanmamaktadır. Anılan hükümler, sigortacının açtığı davada taraf sıfatının olup olmadığının tespitinde yol göstericidir. Ancak bir uyuşmazlığın sebebinin Türk Ticaret Kanunu’nun 1472’nci ve 1481’inci maddelerinin ihlalinden kaynaklanmasının da pek tabii mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin; sigortacı sigortalısına halefiyeten doğan haklarını ihlal ettiği için bir talepte bulunacaksa bu durum Türk Ticaret Kanunu m. 1472/2 ya da m. 1481/3 kapsamında öngörülen yükümlülüklerin ihlali olduğundan ve bu husus da Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlendiğinden ticari dava söz konusu olacaktır. Bu halde dava şartı arabuluculuk gündeme gelecektir. Eğer bu sözleşme Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/

Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2022, s. 46 vd.

³⁵ Ufuk Tekin/Ezgi Başak Demirayak Ünal/ Merve İrem Yener/ Barış Toraman/ Serdar Demirci/ Dilek Yumrutaş/ Alpaslan Özarslan, *Sigorta Hukukunda Uzman Arabuluculuk* (Editör: Kemal Şenocak), Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021, s. 154.

³⁶ Tekin/Demirayak Ünal/ Yener/Toraman/ Demirci/ Yumrutaş/ Özarslan, s. 229; Benzer yönde görüş için bkz. İlker Koçyiğit/ Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019, s. 156.

³⁷ Setenay Yağmur, “Sigorta Şirketleri Açısından Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması”, *Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu* (Editörler: Uğur Orhan, M. Emir Gök, Ece Göztepe Mersin), 11-12 Ekim 2019, On iki Levha Yayıncılık, 2020, s. 655 vd.; Hanife Doğrusöz Koşut, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırılması”, Sinan Sarıkaya, Murat Alışkan, Bilge Utkan (Ed.), *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, 19 Haziran 2019, On iki Levha Yayıncılık, 2020, s. 39.

³⁸ Dava şartı arabuluculukta, arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya iki saatten az süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâllerinde, iki saatlik ücret tutarı Tarifenin Birinci Kısımına göre Adalet Bakanlığı bütçesinden ödenir. İki saatten fazla süren görüşmeler sonunda tarafların anlaşamamaları hâlinde ise iki saati aşan kısma ilişkin ücret aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde uyuşmazlığın konusu dikkate alınarak Tarifenin Birinci Kısımına göre karşılır (HUAk m. 18/A/13). Adliye arabuluculuk bürosu tarafından, adliye arabuluculuk bürosu bulunmayan yerde sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından Bakanlık tarafından ödenen arabuluculuk ücretine ilişkin liste, ödenmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m. 26/5). Arabuluculuk büroları, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen sulh hukuk hâkiminin gözetim ve denetimi altında görev yapar. Arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde bu büroların görevi, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca görevlendirilen sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğü tarafından ilgili hâkimin gözetim ve denetimi altında yerine getirilir (HUAk m. 28/3).

(1) l) bendi³⁹ gereği tüketici işlemi ise o halde de tüketici dava şartı gündeme gelecektir. Oysa anılan maddelerde bahsedilen kanuni halefiyet gereğince selefinin haklarına sahip olan sigortacının açacağı davanın hukuki sebebi, sigortalının zarar sorumlusuna karşı sahip olduğu dava hakkının hukuki sebebi ile aynı olduğundan, haliyle hakkın süjesinin değişmesi uyuşmazlığın hukuki sebebinin değişmesine yol açmaz. Nihayetinde sigortacının halef sıfatı ile açacağı dava selefinden intikal eden bir hak olup; davaya sebep olan vaka ve hukuki sebep sigortalı ile zarar sorumlusu arasındaki vaka ve hukuki sebeple aynıdır⁴⁰. Burada halefe yeni bir hak bahsedilmiş değildir; selefin sahip olduğu dava hakkı halefe intikal etmiştir. Yani sigortacının halefiyetten doğan talep hakkı sigorta sözleşmesinden kaynaklanmamaktadır⁴¹.

Sigortacının halef sıfatıyla açacağı davanın hukuki sebebi; selefin zarar sorumlusu ile arasındaki ilişkiye göre tespit edileceği için, haksız fiil olabileceği gibi, sözleşmeye aykırılık yahut sebepsiz zenginleşme de olabilir⁴². Dolayısıyla halef, selef gibi değerlendirilerek uyuşmazlığın niteliği tespit edilmeli ve selefin zarar sorumlusu ile arasındaki uyuşmazlık dava şartı arabuluculuğa tabi ise, ancak bu halde halef olan sigortacı da bu sıfat ile açacağı dava öncesinde arabuluculuk yolunu tüketmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1472'nci ve 1481'inci maddelerinde yer alan sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacının, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı uyarınca, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, davayı veya takibi kaldığı yerden devam ettirebileceğine ilişkin düzenlemenin de bu görüşü destekler nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

Öğretide bir görüş her ne kadar halefiyetin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmesi ve bu konuda asliye ticaret mahkemesinin görevli olması ve nihayetinde öncesinde ticari dava şartı arabuluculuğun tüketilmesi gerektiğine dair görüşünü, sigortacının halefiyetinin hâkimin özel uzmanlık alanını gerektirmesi ve halefiyet hakkına dayalı olarak açılan davalarda tarafların hâkimin özel uzmanlığından mahrum edilmesinin sakıncalı olduğu savlarına

³⁹ Anılan bent hükmünde sigortacı karşısında bulunan tarafın tüketici olması halinde bu sözleşme, tüketici işlemi olarak tanımlanmıştır.

⁴⁰ Omağ, s. 188.

⁴¹ Stefan Segger, *Münchener Kommentar zum VVG* (Herausgegeben von Theo Langheid, Manfred Wandt), 3. Auflage, C. H. Beck, 2022, Rn. 341.

⁴² Arseven, s. 176; Ulaş, s. 246.

dayandırsa da⁴³ halefiyete dayalı her uyuşmazlıkta TTK hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağı ve ticaret hâkiminin uzmanlığını gerektirmediği aşikârdır. Örneğin, Devlet Hava Meydanları İşletmesinin sorumluluğuna sebebiyet veren havalimanındaki yangın neticesinde işletmeci A'nın deposunun da zarar görmesi nedeniyle DHMİ'ne açacağı dava idari yargıda görülecektir. Bu dava görülürken A'nın yaptırdığı işyeri sigortası kapsamında kendisine ödeme yapılmasıyla davaya kaldığı yerden sigortacısı devam edebilecektir. Peki zarar meydana geldiğinde sigortalının dava açmadığı ve zararını sigortacının karşıladığı durumda selefinin dava hakkının intikal ettiği halef olan sigortacı bakımından bu dava ticari davadır ya da diğer bir görüş nazara alındığında bu dava idari yargıda görülür ancak öncesinde ticari dava şartı arabuluculuk yolu tüketilmelidir denilebilir mi? Türk Ticaret Kanunu gereği sigortacı sigortalısı tarafından açılan davayı aynı mahkemede kaldığı yerden devam ettirebiliyorsa; aynı vakaya ve hukuki sebebe dayanan dava hakkı halefiyet ilkesi gereğince sigortacıya intikal ettiğinde sigortacının anılan davayı neden her halde asliye ticaret mahkemesinde açması ve öncesinde arabulucuya başvurması zorunlu olsun? Bu halde halefiyet gereği hakkın süjesinin değişmesinin, ticaret hâkiminin özel uzmanlığını gerektirdiği kanaatinde değiliz.

SONUÇ

Sigortacının sigorta sözleşmesi kapsamında sigortalısına ödeme yaptıktan sonra onun haklarına halef olması sigortacıya yeni bir hak bahsetmez. Zira sigortacıya intikal eden hak sigortalısının zarar sorumlusuna karşı sahip olduğu haktır. Sigortacının, halefiyet nedeniyle sahip olduğu hakka dayalı uyuşmazlığı mahkemeye taşımadan önce arabuluculuğun dava şartı olup olmadığı hususu, sigortalının zarar sorumlusuna karşı sahip olduğu hak esas alınarak tespit edilmelidir. Dolayısıyla eğer sigortalının zarar sorumlusuna karşı haiz olduğu dava öncesinde dava şartı arabuluculuk söz konusu ise sigortacı için de aynı husus geçerli olur; eğer sigortalı ile zarar sorumlusu arasındaki uyuşmazlık, dava şartı arabuluculuğa tabi değilse sigortacı bakımından da dava şartı arabuluculuk gündeme gelmez.

Konuyu uygulamada sık karşılaşılan kasko sigortası kapsamında örneklendirebiliriz: Şahsi aracına komşusu (K) tarafından zarar verilen (A)'nın hasarını kasko sigortası kapsamında sigortacısı (S) gidermişse (A)'nın (K)'den olan haksız fiile dayalı talep hakkı sigortacı (S)'ye intikal eder. Sigorta sözleşmesi kapsamında ödeme yapan (S), (A)'nın haklarına

⁴³ Ayhan/ Çağlar, s. 66, 67, dn. 102.

halef olacağından (K)'ye karşı açacağı dava da selefi (A)'nın açacağı haksız fiile dayalı tazminat davasının esaslarına tabi olacaktır. Haksız fiilden doğan uyuşmazlık Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan uyuşmazlıklar arasında yer almadığı gibi uyuşmazlık her iki tarafın ticari işletmesi ile ilgili de değildir. Özel kanunlarda da haksız fiile dayalı uyuşmazlıkların ticari dava olduğuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla (S), bu davayı genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde açabilir ve öncesinde de arabuluculuk yoluna başvurma zorunluluğu olmaz. Ancak araç tüzel kişiliği haiz bir şirketin aracı olsaydı ve araca da taşıma faaliyeti ile iştigal eden başka bir ticaret şirketinin aracı çarpmış olsaydı durum değişirdi. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 16'ncı maddesi gereğince tüzel kişi tacir sayılan ticaret şirketlerinin aynı Kanununun 19'uncu maddesi uyarınca adi sahası bulunmamaktadır. Anılan Kanunun 3'üncü maddesinde de bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiillerin ticari iş olduğu hüküm altına alınmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesinde her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla haksız fiil her iki tarafın işletmesi ile ilgili olduğundan dava asliye ticaret mahkemesinde görülmelidir (TTK m. 5). Bu halde uyuşmazlık ticari davaya vücut verdiği için (TTK m. 4/1) dava öncesinde de arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartı olarak karşımıza çıkar (TTK m. 5/A).

KAYNAKÇA

- Arseven H, *Sigorta Hukuku*, 2. Bası, Beta Yayınları, 1991.
- Atamer K, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca ‘Zarar Sigortaları’na Giriş”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 27(1), 2011, s. 21-106.
- Ayhan R / Çağlar H, *Ticari İşletme Hukuku*, 11. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Ayhan R/ Çağlar H/ Özdamar M, *Sigorta Hukuku*, 5. Bası, Yetkin Yayıncılık, 2021.
- Bilge M E, “Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması”, *Prof Dr Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*, Beta Yayıncılık, 2001.
- Bora E, *Sigorta Hukuku*, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2020.
- Bozkurt T, *Sigorta Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2022.
- Can M, *Türk Özel Sigorta Hukuku C. I*, Adalet Yayınevi, 2018.
- Damar C, *Sigortacının Kanuni Halefiyeti ve Rücu Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Doğrusöz Koşut H, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırılması”, Sinan Sarıkaya, Murat Alışkan, Bilge Utkan (Ed.), *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, 19 Haziran 2019, On iki Levha Yayıncılık, 2020.
- Günay B, *Sigorta Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Hormuth H, *Versicherungsrechts-Handbuch, (Herausgegeben von Ronald Michael Beckmann/Annemarie Matusche-Beckmann)*, 3. Auflage, C.H. Beck, 2015.
- Kayıhan Ş, “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, II. Cilt, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, s. 1595-1624 .
- Kara H, *Sigorta Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, 2021.
- Karasu R, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk*

- Fakültesi Dergisi*, 2(Özel Sayı), 2015, s. 683-706.
- Kılıçoğlu A, “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 31(1), 1974, s. 395-446.
- Kızılsümer B, *Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Kender R, *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Koçyiğit İ / Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019.
- Korkmaz E, “Zarar Sigortalarında Sigortalının Zararı Azaltma Külfeti ve Bu Külfetin Sigortacının Halefiyetine Etkisi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, 2022, s. 494-525.
- Koroğlu Ölmez B, *Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020.
- Moreno I / Wendelspiess R, *Der Regress im neuen VVG, Haftung und Versicherung*, 2021, s. 237.
- Muschner J, *Nomos Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz*, (Herausgegeben von RA Dr. Wilfried Rüffer, Dirk Halbach, Peter Schimikowski), 4. Auflage, C.H. Beck, 2020.
- Nomer H N, “Halefiyet ile Rücu arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LV(3), 1997, s. 243-269.
- Omağ M K, *Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti*, Vedat Kitapçılık, 2011.
- Orbay Ortaç N, “Sigortalanan Olaya Kusur ile Sebebiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVI(2), 2021, s. 81-138.
- Philipp S / Heinz H, *Haftpflichtkommentar Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, (Herausgegeben Willi Fischer, Thierry Luterbacher), DIKE, 2016.
- Sopacı Öztuna B, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Sigortacının Kanuni

- Halefiyetine İlişkin Düzenlemelerinin Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’ndaki Düzenlemelerle Birlikte Değerlendirilmesi”, *BATİDER*, C. XXVIII(3), 2012, s. 117-154.
- Stefan S, *Münchener Kommentar zum VVG*, (Herausgegeben von Theo Langheid, Manfred Wandt), 3. Auflage, C. H. Beck, 2022.
- Taşdemir O, *Sigorta Hukukunda Halefiyet ve Rücu*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Tekin U / Demirayak Ünal E B / Yener M İ / Toraman B / Demirci S / Yumrutaş D / Özarslan A, (Ed. Kemal Şenocak), *Sigorta Hukukunda Uzman Arabuluculuk*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021.
- Tuğ M A, “Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(3), 2021, s. 1897-1921.
- Ulaş I, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2012, s. 227.
- Ünan S, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Sigorta Hukuku C. II, Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler, Birinci Bölüm, Zarar Sigortaları (Madde 1453-1486)*, On İki Levha Yayıncılık, 2018 (C. II).
- Yağmur S, “Sigorta Şirketleri Açısından Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması”, *Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu* (Editörler: Uğur Orhan, M. Emir Gök, Ece Göztepe Mersin), 11-12 Ekim 2019, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Yazıcıoğlu E, “Mal Sigortalarında Sigortacının Kanuni Halefiyetine İlişkin Bazı Hususlar”, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Yazıcıoğlu E / Şeker Öğüz Z, *Sigorta Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Yazıcıoğlu E, “TTK’nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2-3), 2017, s. 331-363 (Mal Sigortası).
- Yıldırım A H, *Sigorta Tazminatı ve Bedelinin Muacceliyeti*, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HATIR SENETLERİNDE BEDELSİZLİK İDDİASI VE BU İDDIANIN İLERİ SÜRÜLMESİNDE ÖNE ÇIKAN SORUNLAR

CLAIM OF THE ABSENCE OF CONSIDERATION IN
ACCOMMODATION BILLS AND MAJOR PROBLEMS IN SETTING
FORTH THIS CLAIM IN THE LIGHT OF SUPREME COURT
DECISIONS

Aybüke DEMİR YEŞİLBAĞ*  

Özet

10.34246/ahbvuhfd.1160183 

Kanunen düzenlenme altına alınmamış olan hatır senedi ve bedelsizlik kavramları uygulama ve Yargıtay kararları ile ortaya çıkmışlardır. Taraflarca anlaşarak bedelsiz kılınan ve alacaklı menfaatine düzenlenen senetler olarak tanımlanabilecek olan hatır senetlerinde bedelsizlik iddiası şahsi bir def'i olup, kural olarak yalnızca hatır ilişkisinin tarafları arasında ileri sürülebilmektedir. Uygulamada hatır senetlerinde bedelsizlik iddiası çoğunlukla hatır borçlusu tarafından açılan bedelsizliğe dayalı bir menfi tespit davası ile gündeme gelmektedir. Bununla birlikte uygulamada ve Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasına ilişkin bir takım hukuki sorunların öne çıktığı görülmektedir. Bu kapsamda özellikle hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasına ilişkin olarak bile bile borçlu zararına hareket halinin tespiti ve malen kaydı bulunan hatır senetlerinde ispat yükünün kimde olduğu konularında öğretilerde farklı görüşler bulunmakla birlikte Yargıtay uygulamasında ise birbirinden farklı kararlara rastlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hatır Senedi • Kambyo Senetleri • Bedelsizlik • Menfi Tespit Davası • Kişisel Def'iler.

* **Arş. Gör. Dr.,** Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Huku-
ku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** aybuke.demir@ufuk.edu.tr,
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1888-150X> **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1160183

* **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.



ABSTRACT

The concepts of accommodation bills and the absence of consideration are not regulated by law. They are concepts that have emerged with practice and Supreme Court decisions. In accommodation bills which can be defined as bills that are provided with the status of the absence of consideration by agreement of the parties and issued for the benefit of the payee, the claim of the absence of consideration is a personal exception and as a rule, it can only be set forth between the parties of the accommodation bill relationship. In practice, it is seen that the claim of the absence of consideration in the accommodation bills is mostly asserted by the drawer with an adverse declaratory action based on the absence of consideration. However, there are some legal problems in setting forth the claim of the absence of consideration in the accommodation bills. In this context, there are different opinions in the doctrine and the Supreme Court decisions on the determination of deliberate detriment of the debtor and the burden of proof in accommodation bills with a property record, especially about the claim of the absence of consideration in the accommodation bills.

Keywords: Accommodation Bill • Bill of Exchange • Absence of Consideration • Negative Declaratory Action • Personal Exceptions.

EXTENDED ABSTRACT

With the development of commercial life, the need for bills of exchange has increased and these bills have acquired a significant place in practice. In this vein, certain concepts have emerged, alongside the provisions specified by law. Accommodation bills that constitute the subject of this article are one of those topics shaped by the doctrine as well as Supreme Court decisions. Accommodation bills are mainly issued in order to provide the liquidity requirements of one of the parties or to provide credit by demonstrating the economic situation better than it actually is. One of the most widespread topics in the practice of these bills is the claim of the absence of consideration.

Problems that arise concerning the claim of the absence of consideration in accommodation bills has been the point of departure, while choosing the subject of the article. On that regard, the choice of the subject has been influenced by the fact that the most common cause of negative declaratory action based on the absence of consideration is accommodation bills. Under these considerations, the article aims to analyze the concept of accommodation bill in the Turkish Law and the arguments for the claim of the absence of consideration in the light of the views in the doctrine and Supreme Court decisions and to discuss prominent problems concerning this issue.

Within the literature on accommodation bills in Turkish Law, the most encompassive study so far has been the work by Nurkut İnan entitled "Accommodation Bills with a

specific focus on Accommodation Bonds in Turkish Law." Important scholarly studies have been conducted concerning the claim of the absence of consideration in general bills of exchange. In these studies, it is underscored that the claim of the absence of consideration that emerges as an exception of accommodation should be regarded as personal exception with respect to the law of negotiable instruments that this exception is commonly put forward as a case of negative declaratory action and that the legal character of the case in question stems from unjust enrichment. However, there are certain disagreements and conflicting decisions within the doctrine and supreme court applications concerning especially the legal basis of the claim of the absence of consideration, the legal status of the commence an action, whether the case in question can be regarded as a commercial case or not, the determination of deliberate detriment of the debtor when putting forward the exception of accommodation against third parties, and who bears the burden proof in accomodation bills with a property record. In this study, the claim of the absence of consideration and problems that emerges with this claim are investigated on the basis of recent Supreme Court decisions and with a specific focus on accommodation bills.

In this qualitative research article, it is concluded that the root cause of the problems about the claim of the absence of consideration in accomodation bills is the absence of a legal regulation concerning this issue. The investigation of Supreme Court Decisions on this issue , on the other hand, point to certain legal problems. The first legal problem is the question which court will be competent for the negative declaratory action and whether these lawsuits will be accepted as peremptory commercial cases. According to TCC art. 4/1-a, cases that are regulated in line with TCC are accepted as peremptory commercial cases regardless of the parties' characteristics. For that reason, considering that the accomodation bills are legally valid bills of exchange arising from the accomodation agreement between the parties and provided that the necessary elements are issued, it is concluded that the negative declaratory action should be considered peremptory commercial cases.

The second legal problem is how to identify deliberate detriment of the debtor when putting forward the exception of accommodation against third parties. Concerning this issue, in the identification of deliberate detriment, it is suggested that the holder should be informed about the personal exception that can be put forward against him/her and whether he is aware of the fact that he might damage the debtor at the time of acquisition of the bill should be taken into consideration.

Finally, another prominent problem concerning the claim of the absence of consideration in accomodation bills is who will bear the burden of proof in the cases when both parties have a declaration on the creation of the bill with property record. In this article, it is suggested that this question should be approached according to the specific case and through the investigation of claim in terms of the Civil Procedure Law.

To conclude wtih, although it is extremely important to ensure the stare decisis with

the decisions of the Supreme Court in the resolution of these disputes, the practice of the Supreme Court varies in many of these controversial issues. It is recommended that further studies should support this article by focusing on how the subject of accommodation bills can be regulated within the framework of Turkish Commercial Code.

GİRİŞ

Ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle ortaya çıkan hatır senetleri, gerek öğreti gerek Yargıtay kararları ile şekillenen konulardan biri olup, çoğunlukla taraflardan birinin nakit ihtiyacını karşılamak veya ekonomik durumunu olduğundan iyi göstererek kredi temin etmek amacıyla düzenlenmektedirler¹.

Konunun kanunen düzenleme altına alınmamış olması hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasının ileri sürülmesinde bir takım hukuki sorunları beraberinde getirmiştir. Nitekim kambiyo senetlerinde bedelsizlik iddiasının hukuki temeli, açılacak davanın hukuki niteliği, söz konusu davanın ticari bir dava olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği, hatır def'nin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde bile bile borçlu zararına hareket durumunun tespiti ve bedel kaydı bulunun senetlerde ispat yükünün kimde olduğu gibi konularda öğretide ve Yargıtay uygulamasında bazı görüş ayrılıkları ve birbirinden farklı kararlar bulunmaktadır.

Bu makale kapsamında öncelikle Türk Hukuku'nda hatır senedi kavramı, hatır senetlerinin unsurları, hükümleri ve geçerliliği sorunu üzerinde durulmuş; daha sonra hatır senetlerinde bedelsizlik iddiası kapsamında öne çıkan sorunlar, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.

I. HATIR SENEDİ KAVRAMI VE UNSURLARI

Türk hukuk doktrininde hatır senedi kavramının tanımı ve unsurlarının belirlenmesi konusunda bir görüş birliği mevcuttur. Buna göre hatır senedi, taraflarca anlaşarak alacaklı menfaatine bedelsiz kılınan, hatır borçlusunun senet bedelini hatır alacaklısına ödeme iradesinin mevcut olmadığı ve hatır alacaklısının da bu durumu bilerek kabul ettiği senetler şeklinde

¹ Nitekim Alman hukukunda hatır senetleri, kredi ve finansman senedi olarak görülmektedirler. Bkz. Arthur Meier-Hayoz / Hans Von Der Crone, *Wertpapeirrecht*, 3. Auflage, Stampfli Verlag, 2018, p.858 vd.; Hans Brox, *Handels- Und Wertpapierrecht* 17. Neubearb. Aufl ed., C.H. Beck, 2004, s.241.

tanımlanabilecektir².

Uygulamada hatır senetlerinin en sık rastlanan türü hatır bonolarıdır. Hatır bonosu ise bonoyu düzenleyen borçlunun bono lehtarına karşı herhangi bir sözleşmeden doğan borcu bulunmamasına rağmen, bono lehtarı lehine düzenlenmiş olan kambiyo senedi şeklinde tanımlanabilecektir³. Bonoda bulunan iki taraflı ilişkinin varlığı sebebiyle hatır bonosunu düzenleyen taraf hatır borçlusu, kredi temin etmek isteyen lehtar ise hatır alacaklısı sıfatına sahip olmaktadır.

Hatır senedi kavramına ilişkin yaptığımız tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir kambiyo senedinin hatır senedi olarak nitelendirilmesi için birtakım unsurlara sahip olması gerekmektedir. Bu unsurlar bedelsizlik ve hatır anlaşmasıdır⁴. Hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasının tam anlaşılabilmesi için bu unsurları açıklamakta fayda görmekteyiz.

A. Bedelsizlik

Kambiyo senedinin temelinde taraflar arasında asıl (temel) bir borç ilişkisi ve bu borç ilişkisinden doğan bir alacak bulunmaktadır⁵. Senedi

² Hatır senetlerine ilişkin ayrıntılı tanımlar için bkz. Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitapevi, 1997, s. 1010 vd.; Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, 1999, s.97; Reha Poroy/Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021, p.381; Atik Tüzemen E, *Açık Kambiyo Senetleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.138; Lerzan Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, 2. Baskı, Aristo Yayınları, 2017, s.472; Selahattin Canbolat/ Bedrettin Canbolat *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 1987, s.213; Eberhard Hatzelmann, *Wertpapierrecht*, 2. Auflage, Beck-Rechtslexika, 1973, s. 69; Wolfgang Hefermehl /Adolf Baumbach, *Wechselgesetz Und Scheckgesetz : Mit Nebengesetzen und Einer Einführung in Das Wertpapierrecht*, 17. Neubearbeitete und erw. Aufl. Stand: C.H. Beck,1990, s. 82; Brox, s. 241; Numan Sabit Sönmez, *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler*, Oniki Levha Yayıncılık, 2019, s. 75, <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

³ Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/ Arslan Kaya /Fusun Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 154. Hatır bonosuna ilişkin olarak bkz. Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı)*, İmaj Yayınevi, 2015, s.140; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1010 vd. Bir senedin aynı zamanda hem hatır senedi hem de açık kambiyo senedi özelliği gösterebileceğine ilişkin olarak bkz. Atik, s. 138.

⁴ Türk, s. 372; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1010.

⁵ Bu alacak doktrinde "temel alacak" olarak isimlendirilmiştir. Bkz. İnan, s. 18; A. Hulusi Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 1. Baskı, Cem Ofset Yayınevi, 1984, s. 485; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 29; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitapevi, 2021, s. 31; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt V/1,1, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 69; Kendigelen/ Kırca, s. 112.

düzenleyen ile senet lehtarları arasındaki bu borç ilişkisi geniş anlamıyla bedel ilişkisini ifade ederken, lehtarın düzenleyenden olan karşı-edim alacağı da bedeli ifade etmektedir⁶.

Bedelsizlik kavramına ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda⁷ açık bir hüküm bulunmaması sebebiyle kavramın tanımı, doktrin tarafından ve Yargıtay kararları ile yapılmıştır⁸. Öğretide kambiyo senetlerinde bedelsizlik kavramının düzenleyen ile lehtar arasındaki asıl borç ilişkisinin çeşitli sebeplerle ortadan kalkması, hükümsüz hâle gelmesi veya ilişkideki temel alacağın eksikliği ifade ettiği kabul edilmektedir⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 08.02.2022 tarihli ve E.2021/19-659, K.2022/82 sayılı yakın tarihli kararında ise kavram, "...bir kambiyo taahhüdünün temel alacağı geçersizse ya da sona ermişse, o kambiyo taahhüdü bedelsiz demektir. Bu anlamda senedin bedelsiz sayılmasında esas alınan husus, temel borç ilişkisinin kendisi değil, bu temel borç ilişkisinden doğan temel alacaktır" şeklinde tanımlanmıştır¹⁰.

⁶ Öğretide "bedel" kavramı yerine "karşılık" kavramı kullanıldığı da görülmektedir. Ancak buradaki karşılık kavramının çeke ilişkin karşılığı ifade etmediğini vurgulamak gerekir. Bkz. Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 154. İnan, s. 15, dn. 3; Halil Can / Semih, Güner, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Baskı, Siyasal Kitapevi, 1999, s. 206. Kendigelen/Kırca, s. 112; Ali Ayli / Mehmet Üçer, "Çekte Bedelsizlik İddiası ve Açılacak Dava", *DÜHFD*, 23(39), 2018, s. 413-451, s. 422; Poroy/Tekinalp, p.380; Burak Adıgüzel, "Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket", *TFM*, 2018, 4(2), s.129-148, s. 138.

⁷ RG. 14.02.2011/27846.

⁸ Bedelsizlik kavramı İnan tarafından, "bir kambiyo senedinin temel alacağının, kendisini meydana getiren asıl borç ilişkisiyle birlikte veya ondan ayrı olarak ortadan kalkması, muteber olarak doğmaması veya hiç mevcut olmaması" şeklinde tanımlanmıştır. İnan, s. 26. Söz konusu tanımda "Kambiyo Senedi" yerine "Kambiyo Taahhüdü" teriminin kullanılması gerektiği görüşü için Bkz. Ahmet Türk, "Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İrfan Baştuğ'a Armağan*, 7 (Özel Sayı), 2005, s. 307-381, s. 321. Bedelsizlik kavramına ilişkin diğer tanımlar için bkz. Mehmet Özdamar/Kürşat Göktürk/Mehmet Çelebi Can/Esra Kaşak, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 222; Gürbüz, s.470; Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 461; Deniz Gür Doğan, *Kambiyo Senetlerinde Bedelsizliğe Dayanan Menfi Tespit Davası ve Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 56;

⁹ Kıymetli evrak bakımından soyutluk ilkesinin geçerli olması sebebiyle taraflar arasında var olan kambiyo ilişkisi bedelsizlik durumundan etkilenmemekte ve kambiyo alacağı varlığını devam ettirmektedir. Kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesine dair ayrıntılı bilgi için bkz. İsmet Sayhan, *Kambiyo Senetlerinde Mücerretilik İlkesi ve Bedel İlişkisi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2006; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s.96-97; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 40 vd; Tamer Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022, s. 69-70.

¹⁰ <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

Bu noktada, bedelsiz senetlerin tamamında asıl borç ilişkisinin yokluğundan söz edilemeyeceğini vurgulamak gerekir. Nitekim asıl borç ilişkisinden kaynaklı birden fazla alacağın doğması mümkün olup bu durumda asıl borç ilişkisi sona ermeden de diğer bazı alacakların sona ermesi söz konusu olabilecektir. Bir başka deyişle borç ilişkisinin sona erme sebepleri ile borçların (alacakların) sona erme sebepleri birbirinden farklı olduğundan her durumda asıl borç ilişkisinin sona ermesi, kambiyo senedini mutlak surette bedelsiz kılmayacaktır¹¹. Dolayısıyla hangi senetlerin bedelsiz olduğunun tespitinde hareket noktası asıl borç ilişkisinin kendisi değil, bu temel borç ilişkisinden doğan alacak olmalıdır¹². Bununla birlikte kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti sebebiyle senedin düzenlenme anı dışında, her ciro edilmişinde ayrı bir temel ilişki ve alacak söz konusu olacağından; kambiyo senedi, kambiyo ilişkisinde bulunan kişilerin tamamı için de bedelsiz hâle gelmeyecektir¹³.

Bedelsiz senetlerin tasnifi doktrin tarafından yapılmış ve bu sınıflandırmada tarafların bedelsizlik konusunda anlaşış anlaşmamaları temel alınmıştır¹⁴. Buna göre bedelsiz senetler; taraflar anlaşmaksızın bedelsiz olanlar ve tarafların anlaşması ile bedelsiz olanlar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuş olup, makalenin asıl konusu oluşturan hatır senetleri bu tasnif içerisinde tarafların anlaşması ile bedelsiz olan senetler kategorisindedir¹⁵.

Tarafların anlaşması ile bedelsiz kılınan senetlerde taraflar, iradelerine uygun olarak düzenleyecekleri senedin bir temel alacağı olmayacağı, eş deyişle senedin bedelsiz olacağı hususunda anlaşmış bulunmaktadırlar¹⁶. Tarafların anlaşması ile bedelsiz olan senetler, senet borçlusunun veya senet alacaklısının menfaatine düzenlenebilmektedirler. Senet borçlusu menfaatine düzenlenen senetlerde amaç genellikle borçlunun malvarlığına alacaklılar tarafından el konulmasına engel olmaktır. Bu durumda taraflar, senet

¹¹ Bkz. İnan, s. 19; Gürbüz, s. 487; Nazif Kaçak, *Tüm Yönleriyle Bono-Poliçe-Çek*, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2008, s. 371; Canbolat/Canbolat, s. 63.

¹² YHGK. 08.02.2022 tarihli E.2021/19-659, K.2022/82 sayılı kararında bu konu açıkça "Bu anlamda senedin bedelsiz sayılmasında esas alınan husus, temel borç ilişkisinin kendisi değil, bu temel borç ilişkisinden doğan temel alacaktır." şeklinde vurgulanmıştır.

¹³ İnan, s. 27; Sayhan, s. 133.

¹⁴ İnan, s. 29 vd.; Poroy/Tekinalp, p.382; Doğan, s. 57.

¹⁵ Bedelsiz senetlerin tasnifi kapsamında "taraflar" ile kastedilen, kambiyo senedini düzenleyerek veren ile bu senedi alan kişilerdir.

¹⁶ İnan, s. 48 vd; Sayhan, s. 145-151; Ertekin/Karataş, s. 610-614.

bedelinin senet borçlusu tarafından alacaklıya ödenmesi ve alacaklı tarafın da borçlu takipten kurtulana kadar senet bedelini elinde tutarak borçluya menfaat sağlaması konusunda anlaşmışlardır¹⁷. Alacaklının menfaatine yapılan bir anlaşma sonucu düzenlenen senetler ise genellikle kredi temin amacı taşımakta ve tedavül amacı olan veya tedavül amacı olmayan senetler biçiminde düzenlenmektedirler¹⁸. Bu makalenin konusunu oluşturan hatır senetleri, senet alacaklısının menfaatine yapılan bir anlaşmanın sonucu olup, tedavül amacı taşıyabileceği gibi tedavül amacı olmayacak şekilde de düzenlenebileceklerdir.

Taraflar anlaşmaksızın bedelsiz olan senetlerde ise taraflar bedelsizlik hususunda anlaşmamış olup, doktrinde bu senetler “*baştan itibaren bedelsiz olan senetler*”, “*sonradan bedelsiz olan senetler*” ve “*geçici süre ile bedelsiz senetler*” olmak üzere üçe ayrılmıştır¹⁹. Taraflar anlaşmaksızın bedelsiz olan senetlerin saymış olduğumuz her üç türünü de hatır senedi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira bir senedin hatır senedi olabilmesi için sahip olması gereken unsurlardan biri hatır anlaşması olup, gerek baştan itibaren bedelsiz senetler, gerek sonradan ve geçici süre için bedelsiz hâle gelen senetler bakımından taraflar arasında böyle bir anlaşma söz konusu değildir.

B. Hatır Anlaşması

Hatır senetlerinin bedelsizlik dışında bir diğer unsuru ise senedin düzenlenmesi yönünde tarafların anlaşmış olmalarıdır. Nitekim hatır senetlerinde senette borçlu görünen tarafın (hatır borçlusunun) borç altına

girme iradesi söz konusu olmamakla birlikte, senet alacaklısının da (hatır alacaklısı) senette yazılı bedeli borçludan talep etme iradesi mevcut değildir²⁰. Bununla birlikte hatır senetlerinde her ne kadar taraflar arasında temel bir borç ilişkisi söz konusu değilse de, hatır senedine vücut veren bir hukuki ilişkinin eş deyişle hatır ilişkisinin mevcut olduğunu vurgulamak gerekir²¹. Zira taraflar arasında asıl bir borç ilişkisi ve alacak olmamasına rağmen, üçüncü şahıslar nezdinde aralarında bir borç ilişkisi olduğu görünüşünü yaratma konusunda bir anlaşma mevcuttur.

Hatır senetlerinin düzenleniş amacına göre kullanılış biçimleri ve hatır alacaklısının hakları değişebileceğinden tarafların hangi amaçla hatır senedi düzenlemek istedikleri konusunda da anlaşmaları gerekmektedir. Eğer hatır senedi, alacaklının nakdi kredi ihtiyacını karşılamak üzere düzenlenmişse; hatır alacaklısı senedi üçüncü bir şahsa satmadan (iskonto ettirmeden) ihtiyacı olan krediyi temin edemeyeceğinden, bu senetlerde hatır borçlusu senedin tedavül edeceğini bilmekte ve kabul etmektedir. Bu tür hatır senetleri öğretide “tedavül amacı taşıyan (tedavül gayeli) hatır senetleri” olarak isimlendirilmektedir²².

Öte yandan hatır senedi, alacaklının kredi itibarının yükselmesini sağlamak amacıyla veya lehtarın bilançosunu iyi göstermek amacıyla düzenlenmişse; hatır alacaklısı senedi devretmeden kendi bilançosunda göstermek suretiyle bankalardan kredi temin edebilecektir. Bu tür hatır senetleri ise öğretide “tedavül amacı taşımayan (tedavül gayeli olmayan) hatır senetleri” olarak adlandırılmaktadır²³. Öğretide, taraflarca bir senedin tedavül ettirilmeyeceği açıkça kararlaştırılmamışsa, hatır alacaklısının senedi devretme yetkisi olduğu haklı olarak kabul etmektedir²⁴. Zira taraflar arasında yazılı bir hatır sözleşmesi bulunmadığı takdirde, hatır alacaklısı görünüş itibariyle geçerli bir kambiyo senedi olan hatır senedini ödemesi için hatır borçlusuna kendisi ibraz edebileceği gibi senedi ciro etmek suretiyle tahsil etme yoluna

¹⁷ İnan, s. 49; Ertekin/Karataş, s. 610; Gürbüz, s. 535.

¹⁸ İnan, s. 50; Ertekin/Karataş, s. 610-614; Kımacıoğlu, s. 97; Poroy/Tekinalp, p. 382.

¹⁹ Baştan itibaren bedelsiz olan senetler, temel borç ilişkisinden veya alacak ilişkisinden kaynaklanabilecektir. Örneğin, asıl borç ilişkisi herhangi bir sebeple hiç doğmamış veya geçerli değilse, geçerli bir temel alacaktan da söz edilemeyecek, dolayısıyla senet baştan itibaren bedelsiz hale gelecektir. Sonradan bedelsiz olan senetlerde taraflar arasında geçerli bir asıl borç ilişkisi, bu ilişkiden kaynaklı bir temel alacak ve geçerli bir kambiyo ilişkisi mevcut olmakla birlikte, sonradan herhangi bir sebeple asıl borç ilişkisi veya temel alacak ortadan kalkmaktadır. Burada önem arz eden husus, asıl borç ilişkisinin ve temel alacağın geçerli olarak doğmuş ve sonradan ortadan kalmış olmasıdır. Geçici süre için bedelsiz hale gelen senetlerde ise bedelsizlik hali geçici bir süreye özgü olup, bazı şartların gerçekleşmesi halinde ortadan kalkmaktadır. Geçici bir süre için bedelsiz olan senetlerde baştan itibaren bedelsiz senetlerin aksine, geçerli bir temel alacak mevcut olup, alacağın o an için talep edilmesi mümkün olmamaktadır. Bkz. İnan, s. 38; Doğan, s. 56 vd.; Erol Ertekin / İzzet Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*, Feryal Matbaacılık, 1. Baskı, 1992, s. 605; İbrahim Arslan, “Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def’ileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1), 2008, s. 11-28, s. 23.

²⁰ İnan, s. 56; Türk, s. 372; Kendigelen/Kırca, s. 115; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 155; Poroy/Tekinalp, p.381a; Gürbüz, s. 537.

²¹ Sönmez, s. 75.

²² İnan, s. 57; Sayhan, s.148; Ertekin/Karataş, s. 613; Türk, s. 373; Poroy/Tekinalp, p. 381a; Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 476; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1010; Sönmez, s. 76.

²³ İnan, s. 58; Sayhan, s.146; Ertekin/Karataş, s. 614; Türk, s. 373; Poroy/Tekinalp, p. 381a; Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 476; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1010; Kredi sağlamak amacıyla hatır senetleri verilmesi halinde eş deyişle “kartopu bonusu” durumunda senedin geçersiz olduğunun kabul edildiği konusunda bkz. Sönmez, s.77.

²⁴ İnan, s. 85; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1010.

da gidebilecektir. Söz konusu durumda hatır borçlusu ise kendini korumak amacıyla ancak bedelsizlik davası açma yoluna gidebilecektir. Dolayısıyla bir hatır anlaşmasında hatır borçlusu alacaklı menfaatine vermiş olduğu senedin tedavül etmesini istemiyor ise yazılı bir hatır sözleşmesi yaparak bu durumu açıkça kararlaştırabileceği gibi nama yazılı bir senet düzenleyerek veya senet üzerine senedin nama yazılı olmasına yol açan (ciro yasağı) geçerli bir kayıt koyarak, şahsi bir def'i niteliği taşıyan hatır def'ini senedi iktisap eden üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilme hakkını saklı tutabilecektir²⁵ (TTK m.654, TTK m.681/2, TTK m.778/1-a,TTK m.788/2).

1. Hatır Anlaşmasının Hukuki Niteliği

Hatır senedinin tarafları arasında olan anlaşmayı hukuki niteliği itibarıyla bir sözleşme olarak nitelendirmek mümkündür. Nitekim hatır anlaşmasında taraflar bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla birbirlerine uygun iradelerini karşılıklı olarak beyan etmektedirler. Bununla birlikte hatır anlaşmasında hatır borçlusunun ve alacaklısının borçları aynı anda doğmadığı gibi birbirlerinin karşılığını da ifade etmediğinden, hatır anlaşmasını eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak sınıflandırılabilir²⁶. Zira öncelikle hatır borçlusu senedi düzenleyip hatır alacaklısına verecek ve ancak senedin teslimi sonrasında hatır alacaklısının borcu doğacaktır²⁷.

Hatır anlaşmasının kurulabilmesi için tarafların birbirlerine uygun iradelerinin varlığı yeterli olup, belirli bir şekil şartı bulunmamaktadır²⁸. Ancak uyumsuzluk halinde taraflar arasında düzenlenmiş olan yazılı bir belgenin olması özellikle bedelsizliğe dayalı menfi tespit davalarında ispat yükü bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Hatır anlaşmasına uygulanacak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²⁹

²⁵Nitekim nama yazılı senetler alacağın temlik ile devredildiğinden, senet borçlusu senedin ilk lehdarına karşı ileri sürebileceği ve aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan def'ileri diğer hamillere karşı da sürebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bozer/Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021, s. 34.

²⁶Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tarafların yükledikleri edimlerin birbiriyle değiştirilmesi amacı söz konusu olduğu yönünde bkz. Eren, s. 224; Hatır senetlerinde tarafların borçlarının aynı doğmaması ve edaların birbirinin karşılığı olmaması sebebiyle bu senetlerin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olduğu yönünde bkz. İnan, s. 76

²⁷Hatır borçlusunun hatır senedini düzenlemesi karşılığında bir bedel talep etmesi halinde bu bedelin hatır senedinin temel alacağını teşkil etmeyeceği yönünde İnan, s.77; Gürbüz, s. 537.

²⁸İnan, s. 77.

²⁹RG. 04.02.2011/27836.

hükümleri kapsamında hangi sözleşme hükümlerinin doğrudan ya da kıyas yoluyla uygulanması gerektiği konusunda ise öğretide hatır anlaşmasına vekâlet hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir³⁰. TBK m. 502/1 hükmü ile vekilin, vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği ifade edildiğinden ve hatır senedinin de tarafları arasında iş görme borcunu konu edinen bir anlaşma olması sebebiyle öğretideki mevcut kabul dahilinde biz de hatır anlaşmasına doğrudan ya da kıyasen vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindeyiz. Her ne kadar hatır için, bir hukuki ilişki kurmak niyeti olmadan ve sorumluluk yüklenmeksizin yapılan işlemler bakımından vekalet ilişkisinin doğduğundan söz edilemeyecekse de³¹, hatır anlaşmasının hükümleri gereği taraflar bakımından bazı sorumluluklar söz konusu olduğundan, BK anlamında vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Ayrıca hatır senetlerinde taraflar arasında kambyo ilişkisinin kurulmasını sağlayan asıl bir borç ilişkisi mevcut olmasa da hatır senedi meydana getirmek konusunda bir hukuki ilişki kurma niyeti de mevcuttur.

2. Hatır Anlaşmasının Hükümleri

Hatır ilişkisinin tarafları arasında bulunan ve hatır senedinin düzenlenmesine ilişkin olan anlaşma sonucunda hatır borçlusu ve hatır alacaklısı nezdinde birtakım haklar ve borçlar doğmaktadır. Hatır anlaşmasından doğan bu haklar ve borçlar, tedavül amacı taşıyan ve tedavül amacı taşımayan hatır senetleri bakımından bazı temel farklılıklara sahiptir. Bu temel farklılıklara geçmeden önce her iki tür hatır senedinde de ortak bir unsur olarak hatır borçlusunun bir senet düzenlemesi ve hatır alacaklısına teslim etmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Böylece hatır borçlusu senedin düzenlenmesi ve teslimi ile borcundan kurtulmuş olacaktır³².

Hatır senedinin düzenleme amacına göre alacaklı, hatır borçlusunun kişisel itibarından yararlanarak kredi temin etmek istiyorsa; hatır borçlusu senedi bizzat düzenleme yükümlülüğü altındadır³³. Tedavül amacı taşımayan

³⁰İnan, s. 78; Poroy/Tekinalp, p. 382b.

³¹Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 8. Baskı, Beta Yayınları, 2010, s. 1165.

³²İnan, s. 79; Gürbüz, s. 537. Taraflar arasında senedin teslimi için belirli bir gün kararlaştırılmamışsa senet hatır borçlusu tarafından derhal tanzim ve teslim edilmelidir (TBK m. 90).

³³Jacobi E, *Wechsel- und Scheckrecht*, Walter De Gruyter, 1955, s. 293; Hatır senedinin düzenlenmesinin özel bir kabiliyet gerektirmemesi sebebiyle senedin temsilen de

bu tür senetlerde hatır alacaklısı ise senedi ciro etmemek ve senette yazılı miktarı hatır borçlusundan talep etmemek ile yükümlüdür³⁴. Ancak buna rağmen hatır alacaklısı senedi bir başkasına ciro ederse, bu şahıs senedi geçerli olarak iktisap etmiş olmakla birlikte, daha sonra ayrıntılı olarak inceleneceği üzere bu kişiye karşı bile borçlu zararına hareket edildiğinin ispat edilmesi hariç olmak üzere hatır def'inin ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır (TTK m.825/2).

Tedavül amacı taşıyan hatır senetlerinde hatır borçlusunun senedi düzenleme ve hatır alacaklısına teslim etme dışında, hatır alacaklısı tarafından senet bedeli senedin vadesinden önce kendisine verilmişse, senet bedelini en geç senet vadesinde hamile ödeme borcu bulunmaktadır³⁵. Bu durumda hatır borçlusu ödemeyi yapmamış ise hatır alacaklısı senedin bedelsizlik durumunun sona erdiğini ileri sürebilecektir³⁶. Tedavül amacı taşıyan hatır senetlerinde hatır alacaklısı ise senet bedelini en geç vadede hatır borçlusuna temin etme yükümlülüğü altındadır. Aksi halde bu tip senetlerin niteliği gereği hatır borçlusu, senet zilyetliğini elinde bulunduran ve üçüncü bir kişi konumunda olan hamile ödeme yapmak zorunda kalabilecektir³⁷. Böyle bir durumda senet bedelini temin etmeyen hatır alacaklısının taraflar arasındaki hatır anlaşması sebebiyle hatır borçlusuna karşı sorumluluğu doğacaktır. Bu sebeple hatır alacaklısı kusurlu olmadığına dair ispat yükü altında olmakla birlikte hatır senedinin borçlusu ödediği bedeli ve faizini kendisinden talep edebilecektir³⁸.

II. HATIR SENETLERİNİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Hatır senetlerinde kambiyo senedini meydana getiren asıl bir borç ilişkisi olmamasına rağmen tarafların kendi arasında anlaşmak suretiyle üçüncü şahıslar nezdinde temel bir ilişkinin var olduğu görünüşünü yaratmaları, hatır senetlerinin hukuken geçerli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir.

imzalanabileceği yönünde İnan, s. 79.

³⁴Yılmaz, Kambiyo Senetlerinde Defiler, s. 476; Peter Bülow, *Wechselgesetz Scheckgesetz Agb : Mit Agb-Sparkassen Agb-Banken Und Agb-Postbank* 5. Aufl ed. C. H. Beck, 2013, s. 153; Doğan, s. 73.

³⁵İnan, s. 80; Kınacıoğlu, s. 97; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 238.

³⁶Hatır ilişkisini ispat eden hatır borçlusuna karşı hatır alacaklısının vadeden önce bedeli temin ettiğini ispat ederek rücu hakkını kullanabileceği yönünde bkz. İnan, s. 81.

³⁷Brox, s. 241.

³⁸İnan, s. 83 vd. ; Kendigelen/Kırca, s. 115

Zira hayatın olağan akışında bir kişi borcu olmamasına rağmen bir kambiyo senedi düzenleyerek borç altına girmekten imtina edecektir³⁹. Öğretide hatır senetlerinin geçerliliği sorunu hukuki bir görünüş yaratmaları sebebiyle, muvazaalı işlemler kapsamında incelenmiştir⁴⁰. Hatır senetlerinin geçerliliği sorununun, ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar itibariyle tedavül amacı taşıyan hatır senetleri ve tedavül amacı taşımayan hatır senetleri bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Tedavül amacı taşıyan hatır senetlerinin muvazaalı olup olmadıkları hususunda doktrinde kabul edilen ve bizim de katıldığımız ortak görüş, bu senetlerin muvazaalı olmadıkları yönündedir⁴¹. Zira tedavül amacı taşıyan senetlerde taraflar arasında görünürdeki işlemin geçersiz olduğuna dair bir anlaşma mevcut olmayıp, taraflar geçerli bir senet düzenleme konusunda anlaşmışlardır. Dolayısıyla, her ne kadar hatır alacaklısı ile hatır borçlusu arasında asıl bir borç ilişkisi ve alacak olmadığı yönünde bir anlaşma mevcut olsa da hukuken geçerli ve tedavül edebilir bir senet ortaya çıktığı göz önünde bulundurulursa, bu senetlerin muvazaalı bir işlem olarak kabul edilememesi gerekir⁴².

³⁹Hatır borçlusu tarafından alacaklının kredibilitesi lehine hatır senedi imzalanmasının ahlaka aykırı olmadığı yönünde bkz. Brox, s. 241.

⁴⁰Bununla birlikte öğretide İnan'a göre, tedavül amaçlı hatır senetlerinin inanca bir işlem tedavül amaçlı olmayan hatır senetlerinde ise muvazaalı söz konusudur. Aynı yönde bkz. Türk, s.373; Adıgüzel, s.138. İnanca işlem, "İnanın, bir borca teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere malvarlığına dâhil bir şey ya da hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak maksadıyla inanılana kazandıran, sonra da tekrar devretme yükümlülüğünü içeren işlemlerdir." Muvazaalı işlem ise iki tarafın esasen istemedikleri bir hukuki işlemi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapmalarıdır. Tanımlar için bkz. Antalya, s. 345; Kılıçoğlu, s. 234; Eren, s. 406. Muvazaalı işlemler ile inanca işlemlerle bağlanan hukuki sonuçlar birbirinden farklıdır. Buna göre muvazaalı işlemler bakımından ortaya çıkan sonuç hükümsüzlük olup, bu hukuki işlem hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. İnanca işlemler ise hukukumuzda geçerli işlemler olup, işlemin tarafları bakımından birtakım sonuçlar meydana getirmektedir.

Hatır senetlerinin kredi enflasyonu riski yaratabileceği düşüncesiyle geçersiz olabileceğine ilişkin tartışmalar için bkz. Jacobi, s. 294.

⁴¹İnan, s. 115; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1011; Türk, s. 373; Gürbüz, s. 539; Sönmez, s. 80. Taraflar arasında, görünüşteki işlemlerin hükümsüzlüğüne dair bir anlaşma olmaması sebebiyle muvazaadan da bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Poroy/Tekinalp, p. 381a.

⁴²Zira tedavül amacı taşıyan hatır senetlerinde taraflar görünüşteki muamelenin hükümsüzlüğü üzerinde anlaşmamışlardır. Buna karşın İnan, inanca işlemlerin sadece tasarruf işlemleri bakımından söz konusu olabileceğini de dikkate alarak, kambiyo borcunun tasarruf işlemlerine benzer yönleri olduğu ve bu sebeple tedavül gayeli hatır senetlerini inanca işlem olduğu sonucuna varmıştır. İnan, s. 116.

Tedavül amacı taşımayan hatır senetleri bakımından ise taraflar arasında geçerli bir senet ortaya çıkarma iradesi mevcut olmayıp, bu işlem üçüncü şahısları aldatmak amacıyla yapıldığından ve taraflar arasındaki anlaşma uyarınca hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağından, mutlak muvazaa ile hükümsüz olacaktır⁴³. Zira bu tip senetlerde taraflar, senetten kaynaklı bir borç doğmayacağı ve senedin tedavül etmeyeceği hususunda anlaşmış bulunmaktadır. Öğretide bu senetlerin bedelsiz değil, mutlak muvazaa ile hükümsüz oldukları ifade edilmişse de, biz hatır senetlerinde bedelsizlik hâlinin hatır senedi meydana getiren bir unsur, hükümsüzlüğün ise taraflar arasındaki anlaşma ile üçüncü kişiler nezdinde bir görünüş yaratılması sebebiyle ortaya çıkan bir sonuç olduğu kanaatindeyiz⁴⁴. Dolayısıyla tedavül amacı taşımayan hatır senetleri de baştan itibaren bedelsiz olup, senedin düzenlenme iradesinde var olan mutlak muvazaa sebebiyle hükümsüz kabul edildiğinden, hatır borçlusu 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu⁴⁵ m.72 uyarınca menfi tespit davası açarak hükümsüzlüğün tespiti ve senedin iadesini talep edebilecektir.

Bu noktada şu hususu belirtmek gerekir: Hatır senedini iyi niyetle iktisap eden üçüncü kişilerin durumu bakımından hatır senedinin muvazaa sebebiyle hükümsüz olup olmaması bir fark yaratmamaktadır. Zira hatır borçlusu bu durumu ancak bile bile borçlu zararına hareket eden hamile karşı ileri sürebilecektir⁴⁶.

III. HATIR SENETLERİNDE BEDELSİZLİK İDDİASI

A. Genel Olarak

Bedelsizlik iddiası, kambiyo senetlerinde senede dayalı alacağın senet alacaklısı tarafından senet borçlusundan talep edilmesi halinde senet borçlusunun, asıl borç ilişkisinin çeşitli sebeplerle ortadan kalktığını, hükümsüz hale geldiğini veya asıl ilişkideki alacağın eksikliğini ileri sürerek alacaklıya karşı koyma yetkisidir. Kambiyo senetlerinde bedelsizlik iddiası kıymetli evrak hukuku anlamında bir def'i olarak veya menfi tespit davası ile ileri sürülebilmektedir. Hatır senetleri bakımından bedelsizlik iddiasının

⁴³İnan, s. 117; Türk, s. 373; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1010; Can, s. 140. Muvazaalı işlemlerin yaptırımına ilişkin ayrıca bkz. Antalya, s. 351 vd.; Kılıçoğlu, s. 238 vd.; Eren, s. 413 vd.

⁴⁴Söz konusu görüş için bkz. Sayhan, s. 148, Soydal Çınar, s. 104.

⁴⁵RG. 19.06.1932/2128.

⁴⁶Türk, s. 351; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1011.

ileri sürülmesinde öne çıkan hususların değerlendirilebilmesi için öncelikle bu iddianın hukuki niteliğinin açıklanması gerekmektedir.

Kambiyo senedinde bedelsizliğe yol açan haller TTK m. 825 anlamında kişisel bir def'i (şahsi def'i) niteliği taşımaktadır⁴⁷. Dolayısıyla kişisel defilerin niteliği gereği bedelsizlik def'i, senedi ciro yoluyla elde eden hamilin bile bile borçlu zararına hareket etmesi hali saklı kalmak kaydıyla, yalnızca hukuki ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebilmektedir (TTK m.687, m.778, m.825/2)⁴⁸.

Bedelsizlik iddiasının dava yolu ile ileri sürülmesi durumunda ise bu davanın hukuki niteliği tartışma konusu olup, öğretide birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır: Buna göre ilk görüş uyarınca bedelsizlik iddiasının ileri sürülebilmesi için açılan dava senedin iadesi ve iptaline ilişkin olup senedin gerçekten bedelsiz kaldığı sonucuna varılırsa, senedin hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekmektedir⁴⁹. Ancak bedelsizlik def'inin şahsi bir def'i olduğu göz önünde bulundurulduğunda, mutlak def'ilerin bir sonucu olan hükümsüzlüğün bu senetlere uygulanmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira böyle bir durumda senedi iyi niyetle iktisap edenlerin hakları ve kambiyo senetlerine özgü imzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince senede atmış oldukları imzaları ile sorumluluk altına girmiş olan kişilerin yükümlülükleri göz ardı edilmiş olacaktır.

⁴⁷Kendigelen/Kırca, s.112; Can, s.140; Türk, s. 321-322, Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s.222; Ayli/Üçer, s.432; Adıgüzel, s.138; Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 467; Poroy/Tekinalp, p.381a. Kişisel (Şahsi) def'lere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 234 vd.; İbrahim Arslan, "Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1), 2008, s. 11-28; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 25 Bası, Turhan Kitapevi, 2021, s. 47; Kürşat Göktürk, *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 73 vd.; Sönmez, s. 49 vd.; Özdamar/Göktürk/Can/ Kaşak, s. 68 vd.; Pulaşlı, s. 76; Brox, s. 322; Poroy/Tekinalp, p. 118 vd. Şahsi def'ilerin altında yatan düşüncenin "Hukuki Görünüş İtimat" prensibi olduğu ve senede kamu güvenliği kazandırdığı yönünde bkz. Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 218-219; Poroy/Tekinalp, p. 118.

⁴⁸Buna karşın söz konusu kambiyo senedi nama yazılı olarak düzenlenmiş veya nama yazılı hale getirilmişse, şahsi def'iler, senedi sonradan devralan hamillere karşı da ileri sürülebilecektir. Nitekim nama yazılı senetlerin devri, TBK m.183 vd. Uyarınca alacağın devri hükümlerine tabi olduğundan borçlu, temel ilişki sebebiyle alacaklıya karşı sahip olduğu def'ileri, senedi devralan herkese karşı ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla senedin devir şekli bedelsizlik iddiasının ileri sürülmesini etkileyen hususlardan biridir. Bkz. Türk, s. 324; Ayli/Üçer, s. 441. Ancak İnan, bu durumun bedelsiz senetlerin bir türü olan hatır senetleri bakımından uygulanmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. İnan, s. 137.

⁴⁹Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri II, Ticari Senetler*, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1964. s. 236.

Öğretide büyük ölçüde uygulama dikkate alınarak ileri sürülen ve bizim de katıldığımız baskın olan görüş ise bedelsizlik iddiasının hukuki niteliği itibariyle sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir menfi tespit davası olduğudur (BK m.77)⁵⁰. Zira bedelsiz bir kambiyo senedinde alacağın talep edilmesi halinde kambiyo borçlusu, temel ilişkide geçerli bir alacak olmamasına rağmen senedi ödemek zorunda kalmaktadır. Uygulamada sıklıkla “bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası” yerine “ticari senedin iptali davası” kavramı kullanılarak bir terminoloji sorununa yol açıldığı görülmektedir⁵¹. Söz konusu kavram, TTK m. 651 vd. ile düzenlenen kambiyo senedinin zayi olması halinde açılacak olan iptal davası, TTK m. 657 ile düzenlenen nama yazılı senetlerin iptali, TTK m. 661- m. 666 ile düzenlenen hamile yazılı senetlerin hak sahibinin istemi üzerine iptali davası, TTK m. 759 vd. ve TTK m. 764 vd. ile düzenlenen iradesi dışında poliçeyi elinden çıkaran kişinin poliçeyi eline geçiren kişiyi bilmediği halde açabileceği poliçenin iptali davası ve bononun niteliğine aykırı düşmedikçe TTK m. 778/1.1 ve s bentleri ile atıf yapılan iptale dair düzenlemeler ile karışabileceğinden ticari senedin iptali kavramının kullanılmaması yerinde olacaktır. Nitekim bedelsizlik nedeniyle İİK m. 72 anlamında menfi tespit davası ile iptal davası birbirinden farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bedelsizlik nedeniyle İİK m.72 anlamında menfi tespit davası olarak açılan dava sonucunda senedin tüm hak sahipleri bakımından iptaline karar verilmemekte, davacının davalılara karşı borçlu olmadığına tespiti yapılmaktadır. Dolayısıyla kambiyo senetlerine özgü imzaların istiklali ilkesi gereğince özellikle tedavül kabiliyeti olan hatır senetlerinde senet üzerinde hak ve borç sahibi olan diğer kişiler bakımından senet geçerliliğini muhafaza edeceğinden, iptaline karar verilmemesi gerekir⁵².

Bedelsizlik neticesinde açılan bu davaların İİK m. 72 anlamında

⁵⁰ BK m. 77 hükmüne göre “Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.

Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur”. İnan, s. 129; Türk, s. 323; Poroy/Tekinalp, p. 382; Kendigelen/Kırca, s. 112; Aylı/Üçer, s. 434; Tuğçe Soydal Çınar, Kambiyo Senetlerinde Bedelsizlik, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019, s. 129; Kambiyo senetlerinde sebepsiz zenginleşmeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Yasan, Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2008.

⁵¹ Türk, s. 320, Doğan, s. 78. Bu davanın “ticari senedin iptali, bor.lu bulunulmadığının tespiti ve senedin iadesi” istemleriyle açılabilirdiğine ilişkin Bkz, Gürbüz, s. 556-558; Karayalçın tarafından bu dava “Bononun iptali davası” olarak isimlendirilmiştir. Bkz, Karayalçın, s. 237.

⁵² Aynı yönde bkz. Türk, s. 321.

sebepsiz zenginleşmeye dayalı menfi tespit davası niteliğinde olduğu Yargıtay kararları ile de vurgulanmıştır. Nitekim YHGK. E.2021/19-659, K.2022/82 T.08.02.2022 sayılı kararında bu hususu “*Bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasının yasal dayanağı 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 61 vd. (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 77 vd.) maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşmedir. Zira kambiyo senetlerinde geçerli olan mücerretlik (soyutluk) ilkesi gereğince, temel alacağın mevcut olmaması veya geçersiz olması, kambiyo senedinin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmamakta; buna karşılık temel ilişkideki sakatlık, kambiyo borçlusuna, borçlu olmadığına tespitiyle birlikte, alacaklıya karşı sebepsiz zenginleşme def'ini dermeyer etme hakkını vermektedir.*” şeklinde açıkça ifade etmiştir⁵³. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 19 HD. 05.05.2016 tarihli E. 2016/210 ve K. 2016/8340 sayılı kararında ise Yargıtay, “*İlk derece mahkemesi tarafından bedelsizlik iddiasına yönelik delillerin toplanıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davanın zayi sebebiyle çek iptali davası olarak nitelendirilmesini*” isabetsiz bularak bozma kararı vermiş ve uygulamada var olan terminoloji sorununa ilişkin görüşünü açıkça göstermiştir⁵⁴.

B. Hatır Senetlerinde Bedelsizlik İddiasının İleri Sürülmesi

1. Bedelsizlik İddiasının Def'i Olarak İleri Sürülmesi

Hatır senetleri bakımından bedelsizlik iddiası kendisini hatır def'i olarak göstermekte olup, bu def'i taraflar arasında var olan sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir şahsi def'idir⁵⁵ (TTK m.687, m.778, m.825). Dolayısıyla ancak hukuki ilişkinin tarafları arasında ileri sürülebilecek ve hâkim tarafından re'sen nazara alınmayacaktır.

Hatır borçlusu, hatır def'ini senet kendisine ibraz edildiği anda, icra takibine maruz kaldığı zaman veya mahkemede ileri sürebilecektir. Kambiyo senetlerine özgü takip yolunda bu def'i, ödeme emrine itiraz şeklinde ortaya çıkacak ve hatır borçlusu hatır def'ini İİK m. 168/5, 169 ve 169/a hükümlerine göre ileri sürebilecektir. Burada hatır borçlusunun itirazı, borcunun olmadığına

⁵³ <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

⁵⁴ <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

⁵⁵ İmregün, s. 23; Kendigelen/Kırca, s. 114; Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 474; Ertekin/Karataş, s. 613; Poroy/Tekinalp, p. 382b; Gürbüz, s. 541; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1011; Brox, s. 323; Sönmez, s. 78; Doğan, s. 77. Hatır def'inin kambiyo senetlerinin işleyiş düzenine dair yasal düzenlemelere müdahale eden anlaşmalardan kaynaklanan defiler olduğu yönünde bkz. Göktürk, s. 88.

resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile yapması halinde kabul edilecektir (İİK m.169/a.1). Bu noktada İİK m.168/5 hükmü uyarınca takibe yapılan itirazın, satıştan başka icra işlemlerini durdurmadığını da belirtmek gerekir⁵⁶.

Hatır def'i, tedavül gayesi olmayan hatır senetlerinde bazı özelliklere sahiptir. Nitekim tanzim iradesindeki muvazaa sebebiyle hükümsüz kabul edilen bu senetler bakımından her ne kadar senetteki taahhüdün geçersizliği sebebiyle kıymetli evrak hukuku açısından mutlak bir def'inin ortaya çıktığı ve bu geçersizliğin herkese karşı ileri sürülebileceği düşünülebilirse de hatır def'i, nispi bir defi olarak karşımıza çıkmaktadır (TTK m.825).⁵⁷ Çünkü her ne kadar hatır alacaklısı ile hatır borçlusu arasında üçüncü kişiler nezdinde bir görünüş yaratmak amacıyla asıl borç ilişkisinden yoksun bir hukuki ilişki mevcut olsa da senedin taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı olarak ciro edilmesi halinde TTK m. 677 hükmü ile düzenlenen imzaların bağımsızlığı ilkesi gereği üçüncü kişiler bakımından kambiyo taahhüdü geçerliliğini muhafaza edecektir. Dolayısıyla hatır def'ine vücut veren hatır ilişkisi hatır alacaklısı ile borçlu arasında olup, tedavül amaçlı hatır senetleri ile tedavül amacı olmayan hatır senetleri arasında, senedi iyi niyetle iktisap eden üçüncü kişiler açısından bir fark bulunmamaktadır⁵⁸.

2. Bedelsizlik İddiasının Menfi Tespit Davası ile İleri Sürülmesi

Uygulamada bedelsizliğe dayanan menfi tespit davalarının en sık görünen sebebi çoğunlukla hatır senetleridir. Zira, bedelsizlik def'inin şahsi bir def'i niteliğinde olması ve kambiyo senetlerine özgü takip yolunda borca itirazın takibi durdurulmaması sebebiyle menfi tespit davası, kambiyo senedinin borçlusu için borcu ödemekten kaçınmanın bir yoludur⁵⁹. Bu sebeple hatır senedinin borçlusu, kambiyo alacağının ifası talebi ile karşı karşıya kaldığı zaman bedelsizlik iddiasını, İİK m.72 anlamında bir menfi tespit bir davası ile

ileri sürebileceği gibi senedin iadesini de talep edebilecektir⁶⁰.

Menfi tespit davası İİK m. 72/1 hükmünde “*Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir*” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Hatır senedi borçlusunun bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası açabilmesi için öncelikle bu davayı açmakta hukuki bir yararının bulunup bulunmadığına bakmak gerekir⁶¹. Kambiyo senetlerine özgü takip yolunda imzaya veya borca itirazın icra takibini durdurulmaması, hatır def'inin şahsi niteliği gereği yalnızca hatır ilişkisinin tarafları arasında ileri sürülebilmesi ve hatır senedinin lehtar tarafından ciro edilmesi halinde hatır borçlusunun hamile ödeme yapmak zorunda kalması sebebiyle senet borçlusunun, senet lehtarına veya cirantalara karşı menfi tespit davası açmakta hukuki bir yararının bulunduğunu kabul etmek gerekir⁶².

İİK m.72/1 hükmünde belirtildiği üzere bu dava hatır borçlusu tarafından icra takibinden önce veya icra takibinden sonra açılabilir. Böylece borçlu, hatır senedinden doğan borcu bedelsizlik sebebiyle ödemekle yükümlü olmadığını tespiti ile kendisine karşı başlatılabilecek icra takibini engelleyebilecek veya icra takibi başlatılmışsa iptal ettirebilecektir⁶³. Menfi tespit davasının açılmasında mahkeme, borçlu bakımından hukuki yararın bulunup bulunmadığını göz önünde bulundurarak borçlunun bedelsiz kalan senedi ödenmekten kaçınma durumuna ikna olursa; teminat

⁶⁰ Türk, s. 324; İnan, s. 130; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1012; Kendigelen/Kırca, s. 112; Ayli/Üçer, s. 443; Poroy/Tekinalp, p. 382; Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 223. Ancak senet borçlusu senedin iadesini ancak lehtardan, ya da senet ciro ile devredilmişse kötünietli veya senedin iktisabında ağır kusurlu olan hamilden talep edebilecektir (TTK. M. 598/II). Bununla birlikte senedin iadesi isteniyorsa, bu talebin istem sonucunda ayrıca belirtilmesi gerekir. Ayrıca m.78/I uyarınca “*Borçlanmadığı edimi kendi isteğiyle yerine getiren kimse, bunu ancak kendisini borçlu sanarak yerine getirdiğini ispat ederse geri isteyebilecektir*”.

⁶¹ HMK m.114/1.h uyarınca “*Hukuki yarar her hukuki davası bakımından bir dava şartı olup, mahkeme tarafından re'sen gözetileceği gibi taraflarca da her zaman ileri sürülebilecektir*”.

⁶² Aynı yönde bkz. Ayli/Üçer, s. 440-447; Soydal Çınar, s. 143; Doğan, s. 98. Borçlunun elinde ödeme emrine karşı icra mahkemesinde yapacağı itirazın (İİK. m. 169, 169a) kabulünü sağlayacak resmi bir belge (İİK. m. 169a.1) varsa, icra takibinden önce menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunmadığı yönünde bkz. Türk, s. 312 vd.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 19 HD. 19.11.2018 tarihli E. 2017/216, K. 2018/5897 sayılı kararında “*Kendisine karşı kambiyo senedine dayalı icra takibi yapılan borçlunun ödeme emrine karşı imza itirazı yapmış olması ayrıca menfi tespit davası açılmasını engellemez*” şeklinde karar vermiştir.

<<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

⁶³ Ayli/Üçer, s. 435.

⁵⁶ Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 223; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1012.

⁵⁷ Türk, s. 351; İnan, s. 138; Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 476; Ertekin/Karataş, s. 614; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1012-1013.

⁵⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1011.

⁵⁹ Bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasına ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T.08.02.2022 , E. 2021/19-659, K.2022/82 sayılı kararında, “*Bu itibarla bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası ile maddi hukuk bakımından borcun mevcut olup olmadığının tespiti amaçlanmakta; borçlu olmadığını iddia eden borçluya, genel hükümlere göre bu durumu tespit imkânı verilmektedir. Dava neticesinde borçlu olunmadığının tespiti hâlinde ise davacı (borçlu) hakkında bir icra takibi başlatılması engellenmiş olacak veya başlatılan ve devam eden icra takibi iptal edilerek, davacının mevcut olmayan bir borcu ödemesi engellenmiş olacaktır*” şeklinde bir tespit yapmıştır.

gösterilmesi halinde dava sonuçlanıncaya kadar icra takibinin açılmaması veya durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilecektir. Menfi tespit davasının icra takibinden önce açılması halinde sonradan başlatılan icra takibi durmayacak; ancak borçlunun teminat göstermesi şartıyla mahkeme, alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat ile icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilecektir (İİK m.72/2). Buna karşın icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takip durmayacak ancak mahkeme, teminat karşılığında ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesine hükmedebilecektir (İİK m.72/3)⁶⁴. Bu noktada hatır senedi borçlusunun senedi iktisap ederken borçlu zararına hareket etmemiş olan hamile senet bedelini ödemek zorunda kalması durumunda İİK m.72/6 hükmü uyarınca hatır alacaklısına karşı ancak bir istirdat davası açabileceğini de belirtmek gerekir⁶⁵.

İcra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında yetkili mahkeme, HMK'nın genel yetki kurallarına göre belirlenecek ve buna göre davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olacaktır (HMK m.6/1). İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davalarında ise İİK m.72/son özel bir yetki kuralı öngörmüştür. Buna göre menfi tespit davası, takibi yapan icra dairesinin bulunduğu yer mahkemesinde veya davalının yerleşim yerinde açılacaktır.

Kambiyo senetlerinin bedelsizliğine ilişkin menfi tespit davası bakımından hangi mahkemenin görevli olacağı ise bu davaların mutlak ticari dava olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunu sebebiyle tartışmalıdır⁶⁶. TTK m.4/1-a. hükmü uyarınca tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK'da düzenlenen hususlardan doğan davalar mutlak ticari dava niteliğindedir. Konuya ilişkin olarak öğretideki baskın görüş, TTK m.4/1-a hükmünün lafzından yola çıkmakta ve TTK'da düzenlenen hususlardan doğan tüm hukuk davalarının mutlak ticari dava olduğu ve bu durumda uyuşmazlığın kaynaklandığı temel borç ilişkisine bakılmaması gerektiğini

ileri sürmektedir⁶⁷. Buna karşın öğretide bulunan bir diğer görüş ise kambiyo senedinin bedelsizliğine yönelik açılan menfi tespit davasının mutlak ticari dava olup olmadığının tespitinde taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu görüş uyarınca kambiyo senetlerinde bedelsizlik hâli düzenleyen ile lehtar arasındaki asıl borç ilişkisinin çeşitli sebeplerle ortadan kalkması, hükümsüz hâle gelmesi veya ilişkideki temel alacağın eksikliği durumunda ortaya çıktığından, bu davanın mutlak ticari dava olup olmadığının tespitinde taraflar arasındaki asıl borç ilişkisinin dikkate alınması gerekmektedir⁶⁸.

Öğretide bulunan bu tartışma karşısında biz de öğretideki baskın görüşe katılmakta ve TTK'da düzenlenen hususlardan doğan tüm hukuk davalarının mutlak ticari dava olması sebebiyle uyuşmazlığın kaynaklandığı temel borç ilişkisine bakılmaması gerektiği kanaatindeyiz (TTK m.4/1-a). Zira kambiyo

⁶⁷ Rıza Ayhan, "Son Değişikliklerle Ticarî Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, I(1), 2015, s. 13-64, s. 22.; Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 223; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 69.

⁶⁸ Soydal Çınar, s. 191; Koçyiğit/Bulur, kıymetli evraklarla ilgili davaların mutlak ticari dava olup olmadığı konusunda ikili bir ayrım yoluna gitmiş, davanın ticari dava olup olmadığının belirlenebilmesi için, kıymetli evrak ilişkisi mi yoksa temel ilişki mi olduğunun nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu sebeple temel ilişkiye dayanılmadan sadece kıymetli evrak ilişkisine dayalı taleplerde nitelendirme kıymetli evrak esas alınarak yapılmalı, temel ilişki ve kıymetli evrak ilişkisine aynı anda dayanılan taleplerde ise temel ilişki esas alınarak bir nitelendirme yapılmamalıdır. Bkz. Koçyiğit/Bulur, s. 97-98. Konuya ilişkin Yargıtay uygulamasında bir içtihat birliği bulunmamaktadır. Zira Yargıtay bazı kararlarında temel ilişkiyi esas alırken, bazı kararlarında kıymetli evrak ilişkisini dikkate almak suretiyle davanın hukuki niteliğini tespit etmektedir. Nitekim Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 21.06.2021 tarihli E.2021/4222, K. 2021/9125 sayılı kararında "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 4/1. maddesinde her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılacağı hüküm altına alınmış, maddenin (a) bendinde bu kanunda öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ile çekişmesiz yargı işlerinin ticari dava ve çekişmesiz yargı işi sayılacağı belirtilmiştir. Diğer yandan, aynı Kanunun 776 ve devamı maddelerinde "Bono ve emre yazılı senetler" konusu düzenlenmiş olup, 30.06.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve 6102 Sayılı TTK'nın 4 ve 5. maddelerinde değişiklik öngören 6335 Sayılı Kanun gereğince açıkça bu tür işlerde ticaret mahkemesi yetkili kılınmıştır. Dosya kapsamından, talep dayanağı senedin kambiyo senedi vasfına haiz olduğu, senet üzerinde açıkça teminat senedi olduğuna dair ibare bulunmadığına göre ticari dava niteliğinde olan uyuşmazlığın ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir." şeklindeki ifadeyle kambiyo senetlerinin TTK'da düzenlenmiş olmasından yok çıkmakta iken Y. 20 HD. 28.06.2017 tarihli E.2017/7325, K. 2017/5941 sayılı kararında "Dosya kapsamında; bononun kaynağının eser sözleşmesi olduğu, uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmadığı anlaşılmakla, görevli mahkeme genel görevli olan asliye hukuk mahkemesidir. Buna göre uyuşmazlığın ... 5. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir." diyerek temel ilişkiyi esas almıştır. <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 101 vd.

⁶⁵ Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 226. Hatır borçlusunun bu senedi ödemek zorunda kalırsa, hatır anlaşmanın ihlali sebebiyle hatır alacaklısına karşı tazminat davası açabileceği yönünde bkz. Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 476; Poroy/Tekinalp, p. 382; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 239.

⁶⁶ Kambiyo senetlerinden kaynaklı uyuşmazlıkların ticari dava konusu olup olmadığına ilişkin öğretide bulunan görüşler için bkz. Soydal Çınar, s. 188 vd.

senetlerinin TTK'nın üçüncü kitabında düzenlendiği dikkate alınır, bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasında eğer ki senet TTK hükümleri uyarınca kambiyo senedi vasfına sahip ise bu davaların TTK'da düzenlenen hususlardan olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Makalenin konusu bakımından hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasının mutlak ticari dava olup olmadığını değerlendirmek gerekirse, her ne kadar hatır senetleri TTK ile düzenlenmemiş olsa da bu senetler taraflar arasındaki hatır anlaşmasından doğan ve unsurları tam olarak sağlandığı taktirde hukuken geçerli kambiyo senetleridir. Dolayısıyla hatır senetlerinin kambiyo senedi vasfı dikkate alındığında, bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasının hukuki niteliği İİK m.72 anlamında sebepsiz zenginleşmeye dayansa da bu davaların mutlak ticari dava sayılması gerektiği görüşüdeyiz. Bununla birlikte yalnızca hatır ilişkisinin tarafları arasında ileri sürülen ve şahsi bir def'i niteliği taşıyan hatır def'inin ileri sürülme şartları bakımından da TTK hükümlerine başvurulması gerekecektir⁶⁹.

Hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası bakımından görevli mahkemenin belirlenmesi konusunda ise TTK m.5/1 hükmüne bakmak gerekir. Hüküm uyarınca “*Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.*” Hükümün lafzından anlaşılacağı üzere asliye ticaret mahkemesi diğer kanunlarda “*aksine hüküm bulunmadığı*” taktirde mutlak ticari davalar bakımından görevli mahkeme konumundadır. Dolayısıyla özel bir düzenleme bulunması halinde bu davalar her ne kadar mutlak ticari dava olarak nitelendirilse de uyuşmazlık bakımından başka bir mahkemenin görevli olması mümkündür. Nitekim tüketici işlemlerinden veya iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin özel hükümler düzenlenmiş olup, kambiyo ilişkisinin dayandığı asıl borç ilişkisi bu işlem veya sözleşmelerden kaynaklanıyor ise bu davaların görülmesinde tüketici mahkemeleri veya iş mahkemeleri görevli olacaktır⁷⁰.

⁶⁹ Soydal Çınar, s. 195.

⁷⁰ Buna göre 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73 uyarınca tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevli olacak, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 5 hükmüne göre ise iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin dava ve işlere iş mahkemeleri bakacaktır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Soydal Çınar, s. 201- 204. Nitekim YHGK, 12.10.2021 tarihli E. 2017/19-1626,nK. 2021/1199 sayılı kararında “*Davacı site yönetimi, ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmeyip tüketici ve dava konusu alacağın dayanağı kömür alım satım işleminin 4077 Sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında bir tüketici işlemi olduğundan ve tüketici işlemleri ile tüketiciye*

Bu durumda hatır senetlerinde bedelsizliğe ilişkin olarak açılacak menfi tespit davasında taraflar arasındaki hatır ilişkisi tüketici işlemlerinden veya iş sözleşmesinden kaynaklanıyorsa bu davalarda da asliye ticaret mahkemesi görevli olmayacaktır.

Konuya ilişkin olarak hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasının menfi tespit davası ile ileri sürülmesinde arabuluculuğun zorunlu olup olmadığı sorusunun da cevaplanması gerekmektedir. TTK m.5/a hükmü ile TTK'nın 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenleme altına alınmıştır. Kambiyo senetlerine dayanan menfi tespit davalarında arabuluculuğun zorunlu olup olmadığı konusunda öğretide birbirinden farklı görüşler ve yargıda çeşitli kararlar bulunmakla birlikte Yargıtay'ın son dönem verdiği kararlarda menfi tespit davalarını, arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır⁷¹. Buna göre öğretideki bir görüş uyarınca dava şartı zorunlu arabuluculuğun kapsamı geniş yorumlanmalı ve menfi tespit davaları da zorunlu arabuluculuğa tabi olmalıdır⁷². Bir diğer ve bizim

yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevli bulunduğu eldeki davaya bakmakla görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, 6762 Sayılı TTK'nın 4. maddesi uyarınca uyuşmazlığın ticari iş niteliğinde olduğu ve taraflar arasındaki akdi ilişki yerine kambiyo senedine dayalı icra takibinin dayanağı bononun dikkate alınması gerektiği, görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğu, açıklanan gerekçe ile direnme kararının bozulması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.” şeklinde karar verilmiştir. <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

⁷¹ Yargıtay 11 HD. 21.09.2021 tarihli E. 2020/3235, K. 2021/5629 sayılı kararında “Menfi tespit davalarının ticari dava olduğu için TTK'nın 5/A maddesi kapsamına alınması ve böyle bir davayı açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmaya zorlanması, kanuna aykırı olduğu gibi ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan da Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır.” şeklinde karar vermiştir. Aynı şekilde Y. 11 HD. 24.05.2022 tarihli E. 2021/139, K. 2022/3987 sayılı yakın tarihli kararında da benzer gerekçelerle menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı kanaatine varmıştır.

⁷² İlker Koçyiğit / Alper Bulur, *Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, 2019, s. 140 vd. Yazarlar tarafından “7155 sayılı Kanunun genel gerekçesinde ve TTK'nın 5/A maddesini ihdas eden madde gerekçesinde, kanun koyucunun sadece konusu bir miktar para alacağının ödenmesi olan eda davalarını dava şartı arabuluculuk kapsamına dâhil edip diğer tüm dava türlerini kapsam dışında tuttuğuna ilişkin açık bir gerekçe yoktur” denilerek tespit davasının eda davasının ön safhası olduğu bu sebeple tespit davalarının da dava şartı arabuluculuk kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz. Koçyiğit/Bulur, s. 141. Aynı yönde bkz. Cenk

de katıldığımız görüş ise TTK m. 5/a kapsamında zorunlu arabuluculuğun konusunun bir miktar paranın ödenmesi veya bir alacak olduğu oysa menfi tespit davalarında hukuki bir tespitin yapıldığı ve eda davalarında olduğu üzere bir miktar paranın ödenmesinin söz konusu olmadığı bu sebeple menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığını ileri sürmektedir⁷³. Dolayısıyla hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası mutlak ticari dava niteliğinde olmakla birlikte bu davada senedin bedelsiz kaldığının tespiti ile yetinildiğinden, TTK m. 5/a kapsamında zorunlu arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmemesi gerekir. Zira hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasında davacı hatır borçlusu bir para ödenmesi istememekte yalnızca söz konusu senetten dolayı borçlu olmadığının tespitini talep etmektedir.

3. Bedelsizlik İddiasının İleri Sürülmesinde İspat Yükü

Hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasında davacı, kambiyo ilişkisinin varlığını kabul etmekle birlikte hatır alacaklısı ile aralarındaki hatır anlaşması sebebiyle senedin bedelsiz kaldığını ileri sürerek borcunu ödemekten kaçınmaktadır. Bu durumda bedelsizlik iddiası hatır borçlusu (davacı) tarafından ileri sürüldüğünden hatır borçlusu hatır ilişkisini ve bu ilişki sebebiyle senedin bedelsiz kaldığını ispat etme yükümlülüğü altındadır.

Bedelsizlik iddiası senede karşı olduğundan hatır borçlusu, hatır def'ini 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁷⁴ m. 201/1 uyarınca senetle ispatlaması gerekmektedir⁷⁵. Bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasında ispat

yükünün tespitinde davanın kime karşı açıldığı hususu da önem arz etmektedir. Nitekim bedelsizlik iddiası senet alacaklısına karşı ileri sürülüyorsa bedelsizlik halinin senetle ispatı yeterli iken; başvuran hamile karşı ileri sürülüyorsa hatır borçlusu, bu ispatın yanında söz konusu hamilin bile kendisi zararına hareket etmiş olduğunu da ispat etmek zorundadır⁷⁶. Bu noktada hamilin bile borçlu zararına hareket ettiğinin ispatının senedin ciro edilerek devredilmesi haline mahsus olduğunu belirtmek gerekir. Zira senet nama yazılı senet haline dönüştürülmüş ve alacağın temliki hükümlerine göre devredilmişse veya gecikmiş ciro varsa bile borçlu zararına hareket edildiğinin ispat edilmesine gerek kalmayacak ve doğrudan senedi iktisap eden hamile karşı ileri sürülebilecektir. Hatır senedinden kaynaklı bedelsizlik iddiasını yazılı delil ile ispat edemeyen ve istisna olarak delil başlangıcından yaralanamayan hatır borçlusu hatır alacaklısına yemin de teklif edebilecektir. Bu durumda hatır alacaklısı yemini ifa ederse hatır borçlusu davayı kaybedecek, ancak yeminden kaçınır veya hatır borçlusuna iade etmezse borçlu hatır ilişkisini ispat etmiş olacaktır (HMK m.229/1). Hatır alacaklısı tarafından yeminin iadesi karşısında hatır borçlusu yemin ederse yine hatır ilişkisi ispat edilmiş olacaktır (HMK m.229/2).

Tacirler arasındaki uyuşmazlıklarda hatır borçlusu hatır ilişkisini ticari defterlerle de ispat edebilecektir (TTK m.83 vd.)⁷⁷. Ticari defterlerin sahibi lehine delil olmasının şartları HMK m.222 hükmü ile düzenleme altına alınmış

şeklinde karar vermiştir.

⁷⁶ Burada kastedilenin hatır alacaklısının kendi imzası olduğunun tespit edilebildiği ve hatır anlaşmasının varlığını gösteren bir yazılı delildir. Nitekim Y. 19. HD. 29.11.2002 tarihli E. 2002/7864, K. 2002/7583 sayılı kararında “*Dava, dava konusu iki adet bononun hatır bonosu olarak düzenlendiği ve bu nedenle bonolarla borçlu olunmadığının tespiti istemine ilişkindir. Taraflar kardeş olmakla birlikte, ilişki senede bağlandığından, HUMK'nun 288 ve devamı maddeleri gereğince, davacının iddiasını yazılı delille kanıtlanması gerekir. Tarafların kardeş olması yazılı belge karşısında tanık dinlenmesine olanak vermez. ...*” şeklinde karar vermiştir. Yine Y. 19. HD. 25.06.2013 tarihli E. 2013/4791, K. 2013/11862 sayılı kararında: “*..Bonoların keşidecisi olan davacının lehtar U.'ya karşı kendi aralarındaki hukuki ilişkiden doğan def'ileri hamil o... ltd. şirketi'ne karşı da ileri sürebilmesi için somut olayda uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nın 599. maddesi uyarınca hamilin senetleri iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiğinin, yani senetleri kötü niyetle iktisap ettiğinin kanıtlanması gerekmektedir.*” şeklinde karar vermiştir.

⁷⁷ Ticari defterler sahiplerine lehine veya aleyhine kanıt oluşturabileceklerdir. Ticari defterlerin ticari davalarda delil olarak kabulü için öncelikle kanuna göre eksiksiz ve usulüne uygun olarak tutulmuş, açılış ve kapanış onayları yaptırılmış bir defter söz konusu olmalıdır. Defter kayıtlarını ileri süren defter sahibi bakımından lehine delil oluşturabilmesi, HMK m. 222 hükmü uyarınca birtakım şartlara bağlanmıştır. Bkz. İnan, s. 147; Canbolat/Canbolat, s. 214; Gürbüz, s. 616.

Akil “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirmeler”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, 11(41), s. 321-322.

⁷³ Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, 32(147), s. 111-142; s. 123, dn. 11; Ali Fuat Çiçekli, “Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takip Menfi Tespit Davasının Nitelikleri”, *SDÜHFD* 2021, 11(2), s. 839-901; Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 225

⁷⁴ RG. 04.02.2011/27836.

⁷⁵ Senetle ispat zorunluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, / Oğuz Atalay, / Muhammet Özekeş, , *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2021, s. 397 vd. Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz / Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 443 vd.; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 939 vd. Konuya ilişkin olarak Y. 19. HD. 20.06.2013 tarihli E. 2013/7669, K. 2013/11518 sayılı kararında: “*..Bu durumda HMK'nın 201. maddesi uyarınca senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak nitelikte bulunan hukuki işlemler tanıkla ispat olunamaz. Başka bir anlatımla, senede karşı ileri sürülen iddiaların yazılı delille kanıtlanması gerekmektedir.*”

olup, hükme göre birçok koşulun birarada bulunması gerekmektedir. Buna göre, ticari defterlerin sahibi lehine delil olabilmesi için her iki tarafın da defter tutma yükümlülüğüne tâbi olması, ticari defterlerin usulüne uygun biçimde tutulmuş olması, ticari defterlerin açılış ve kapanış onaylarının usulüne uygun şekilde yapılmış olması, defter kayıtlarının birbirini doğruluyor olması, diğer tarafın aynı şartlara uygun olarak tutulmuş ticari defterlerindeki kayıtların bunlara aykırı olmaması veya diğer tarafın ticari defterlerini ibraz etmemesi yahut defter kayıtlarının aksinin senet veya diğer kesin delillerle ispatlanmamış olması gerekmektedir (HMK m. 222/2-3). Bu noktada ticari defterlerde hatır anlaşmasına ilişkin bulunan kayıt, taraflar arasında ticari bir ilişkinin bulunup bulunmadığının tespiti açısından önem arz edebilecektir⁷⁸. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde *İnan* tarafından hatır borçlusunun kendi lehine ticari defterlerine dayanması halinde ticari defterlerinde hatır anlaşmasına dair bir açıklama varsa ve fakat hatır alacaklısının defterinde hatır senedine ait hiçbir kayıt yer almıyorsa; bu durumun senedin hatır senedi olduğunun ispatı için yeterli olduğu belirtilmişse de⁷⁹; söz konusu kanun döneminde ticari defterlerle ispatın düzenlenmiş olduğu 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁸⁰ 85. maddesi uyarınca davalı tarafın kanuna uygun surette tutulmuş olan ve birbirlerini teyid eden defterlerinde hiçbir kayıt bulunmazsa ilgili kaydın ispat kuvveti kalmayacağı belirtildiğinden bu görüşe katılmak mümkün değildir. Konuya HMK m.222/3 hükmü açısından baktığımızda da diğer tarafın hükme uygun olarak tutulan ticari defterlerinin, ilgili hususta hiçbir kayıt içermemesi hâlinde ticari defterlerin sahibi lehine delil olarak kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla davacı tarafın ticari defterlerinde hatır anlaşmasına dair bir açıklama var ve fakat hatır alacaklısı olan davalının defterinde hatır senedine ait hiçbir kayıt bulunmuyorsa bu durumun senedin hatır senedi olduğunu ispat için yeterli olduğu söylenemeyecektir.

⁷⁸ Nitekim Y. 19 HD. 11.09.2019 tarihli E. 2019/2602, K. 2019/4278 sayılı kararında BAM tarafından "Bu nedenlerle tarafların ticari defterlerinin ibrazı istenerek, taraflar arasında ticari ilişki bulunup bulunmadığı, dava konusu çekin taraf defterlerinde kayıtlı olup olmadığı, şayet kayıtlı ise çekin hatır çeki olduğuna dair bir kayıt bulunup bulunmadığı hususunda bilirkişiden rapor alınıp tüm deliller toplanmadan karar verildiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle bu konudaki eksikliğin giderilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine" ilişkin kararını onamıştır.

⁷⁹ Zira böyle bir durumda hatır alacaklısı, elindeki senedi ticari defterine işleyerek aralarındaki ilişkinin hatır ilişkisi olduğunu ortaya çıkarmış olacaktır.

⁸⁰ RG. 09.07.1956/9353.

IV. HATIR SENETLERİNDE BEDESİZLİK İDDIASININ İLERİ SÜRÜLMESİNDE ÖNE ÇIKAN SORUNLAR

Hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasının ileri sürülmesinde öne çıkan sorunlar genel olarak kambiyo senetlerinde bedelsizlik iddiasının ileri sürülmesinde karşılaşılan sorunlarla benzerlik göstermektedir. Bu başlıkta genel olarak kambiyo senetlerinde bedelsizlik iddiasına ilişkin öne çıkan sorunlar hatır senetleri özelinde incelenecektir. Bununla birlikte makalenin kapsamı itibarıyla fikir ayrılığının gündeme geldiği her başlığın ele alınması mümkün olmayacağından, çalışmamızda Yargıtay kararlarında en sık karşılaşılan ve öğretide görüş birliği olmayan konulara yer verilecektir.

A. Hatır Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket

Hatır senetlerinde hatır def'i şeklinde ortaya çıkan bedelsizlik iddiası şahsi bir def'i olduğundan, "hukuki görünüşe itimat" prensibi gereğince hatır borçlusu tarafından bu def'i, hatır ilişkisinin hukuki tarafları dışında ancak senedi iktisap ederken bile bile borçlu zararına hareket etmiş olan hamile karşı ileri sürülebilecektir (TTK m. 687, m. 778, m. 825/2)⁸¹. Öğretide bile bile borçlu zararına hareket, şahsi def'inin ileri sürülme kapsamını genişleten defilere ilişkin hükümlerin bir istisnası olarak tanımlanmıştır⁸². Hatır senetlerinde hangi durumlarda bile bile borçlu zararına hareket edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır sorusuna cevap verilebilmesi için öncelikle bile bile borçlu zararına hareket kavramının genel olarak açıklanması gerekmektedir.

Türk hukukunda bile bile borçlu zararına hareket etme kavramına ilişkin öğretide farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte Yargıtay kararlarında da bir kavram birliği bulunmamaktadır⁸³. Kavramın açıklığa kavuşturulması bakımından öğretide çoğunlukla hamilin borçluya zarar verme iradesi olması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre hamilin kendisine karşı ileri sürülebilecek olan kişisel def'i hakkında bilgi sahibi olması bile bile borçlu zararına hareket ettiğinin kabulü için yeterli olmayıp, hamil senedi iktisap ederken, borçluya zarar vereceğinin bilincinde de olmalıdır⁸⁴.

⁸¹ Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 476.

⁸² Göktürk, s. 106; Bozkurt, s. 104.

⁸³ Kambiyo senetlerinde bile bile borçlu zararına hareket kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Adıgüzel, s. 129-148; Sönmez, s. 117 vd.

⁸⁴ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (1997), s. 242; Göktürk, s. 107; Kendigelen/Kırca, s. 118; Poroy/Tekinalp, p. 120; Halil Arslanlı, *Ticari Senetler Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1959, s. 127, Kınacıoğlu, s. 169; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku*,

Bir diğer görüş ise bile bile borçlu zararına hareket bakımından iyiniyet kavramını esas almaktadır. Buna göre bile bile borçlu zararına hareket ve iyiniyetli olmamak aynı veya birbirine yakın kavramlar olmakla birlikte, ortada hakkın kazanılması sorunu olmadığından TTK'da "iyiniyet" yerine "bile bile borçlu zararına hareket" kavramı tercih edilmiştir⁸⁵.

Öğretide birinci görüşle paralel bir diğer görüş tarafından ise hamilin senedi iktisap ederken bile bile borçlu zararına hareket etmesindeki kötünüyetin MK m.3 anlamındaki kötünüyetten biraz farklı olduğu, MK m.3'deki kötünüyetin hakkı iktisap edecek olan kişinin hakkın kazanılmasına engel bir hukuki eksikliği bilmesi veya bilebilecek durumda olmasını; kıymetli evrak hukukunda ise hamilin senedi bile bile borçlunun zararına devralmış olmasını ifade ettiği ileri sürülmüştür. Söz konusu görüşe göre burada hamilin kişisel def'i hakkında bilgi sahibi olması veya ağır kusurlu olması yeterli olmayıp, hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması gerekmektedir⁸⁶.

Bile bile borçlu zararına hareket kavramının yorumlanmasında uyumsuzluğa en sık rastlanan hallerden biri de hatır senetleridir. Zira öğretilde bile bile borçlu zararına hareket kavramı tedavül amacı taşıyan ve tedavül amacı taşımayan hatır senetleri bakımından farklı şekillerde yorumlanmıştır.

Doktrinde öne sürülen bir görüşe göre her iki tür hatır senedinde de hamile karşı hatır senedi def'inin ileri sürülebilmesi için bile bile borçlu zararına hareket kavramı yukarıda zikrettiğimiz ilk görüş uyarınca yorumlanmalıdır. Dolayısıyla senedi devralan kişinin bu senedin hatır senedi olduğunu bilmesi bile bile borçlu zararına hareket ettiğinin kabulü için yeterli olmayıp, hamilin senedin hatır senedi olduğunu bilerek iktisap etmesi ve borçlu zararına hareket etme iradesine sahip olması gerekmektedir⁸⁷.

Bir diğer görüşe göre ise tedavül amacı taşıyan hatır senetlerinde

1. Baskı, Filiz Kitapevi, 2003, s. 24. Atik, s. 277-278. Bilerek borçlu zararına hareketin iktisap anında bulunması gerektiğine ilişkin bkz. Özdamar/Göktürk/Can/Kaşak, s. 69; Sönmez, s. 78. Adıgüzel tarafından, bile bile borçlu zararına hareket kavramında esas alınan iyiniyetin TMK m.3 hükmüne nazaran daha geniş nitelikte ve kıymetli evrak hukukuna özgü bir iyiniyet olduğu savunulmuştur. Bkz. Adıgüzel, s. 134.

⁸⁵ Türk, s. 364-365.

⁸⁶ Pulaşlı, s. 77; Bilerek borçlu zararına hareket kavramının, kıymetli evrak söz konusu olduğunda karşımıza çıkan özel bir iyiniyet ölçüsü olduğu yönünde bkz. Sönmez, s. 117.

⁸⁷ Poroy/Tekinalp, s. 261-262, Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 156; Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s. 476; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 239.

senedi iktisap edenin bile bile borçlu zararına hareket ettiği savunması yapılamayacaktır. Çünkü tedavül amacı taşıyan hatır senedi tarafların karşılıklı uygun iradesiyle ciro ettirilmek için verilmekte ve bu senedin üçüncü bir kişiye devri senedin amacı ile uyumlu olduğundan hamilin elindeki senedin hatır senedi olduğunu bilmesi bile bile borçlu zararına hareket sayılamayacaktır⁸⁸.

1. Yargıtay Kararlarında Durum

Bile bile borçlu zararına hareket kavramı açısından Yargıtay kararlarında yıllar içerisinde farklı yaklaşımlar görülmekte ve bir yeknesaklık bulunmamaktadır.

Buna göre YHGK. 25.12.1963 tarihli E. 1963/78 K. 1963/41 sayılı kararında "*Poliçeyi edinen, hem borçlunun devredene karşı ileri sürebileceği bir itirazın varlığını, hem de devreden poliçe üzerinde bir itirazı önleyecek tasarruf yapmaya yetkili olmadığını biliyor idi ise o zaman bilerek borçlu zararına hareket etmiş olur*" diyerek bile bile borçlu zararına hareket kavramı açısından hamilin hem kendisine karşı ileri sürülebilecek olan kişisel def'i hakkında bilgi sahibi, hem de borçluya zarar verme bilincine sahip olması koşulunu aramıştır⁸⁹.

Yargıtay 3. HD. 19. 06.2003 tarihli E. 2003/7662 ve K. 2003/7762 sayılı kararındaki "*Bu maddede öngörülen borçlunun zararına bile bile hareket ve kötünüyetin ise yasa koyucu herhangi bir yazılı ispat şeklinden söz etmediği cihetle şahit dahil her türlü delille ispat edilebileceğinin kabulü gerekir*" şeklindeki ifadesiyle bile bile borçlu zararına hareket kavramı ile kötünüyet kavramını birarada kullanarak her iki hâlin de ispatını aradığı kanısı uyandırmaktadır. Buna karşın, Yargıtay 11. HD. 08.12.2020 tarihli E. 2020/2919 ve K. 2020/5748 sayılı yakın tarihli kararında "*kötünüyetsiz olarak bonoların devraldığını ispat yükünün davacıda olduğunu*" ifade ederek bile bile borçlu zararına hareket halini iyiniyet üzerinden yorumlamıştır. Benzer şekilde Yargıtay 11. HD. 08.12.2020 tarihli E. 2020/2919 ve K. 2020/5748 sayılı kararında ise "*lehtarın bedelsiz bir senedin tahsilini kolaylaştırmak ve şahsi def'ilerin ileri sürülmesini engellemek amacıyla bir senedi yakınlarına veya organik bağı olan şirkete devretmesi halinde bu durumun, hamilin bunu*

⁸⁸ İnan, s. 59; Karayalçın, s. 236, Sayhan, s. 151; Türk, s. 301. Hatır senetlerinin lehine kambyo taahhüdünde bulunulan tarafından tedavüle çıkarılmasının bu senetlerin doğası gereği olduğu yönünde bkz. Kendigelen/Kırca, s. 115.

⁸⁹ YHGK. 25.12.1963 tarihli E.1963/78, K. 1963/41 sayılı kararı BATIDER, C. 3 (1), 1965, s. 178

bildiği ve buna rağmen senedi kötüniyetle iktisap ettiğine karine sayılacağını” belirterek bile bile borçlu zararına hareket kavramını hamilin iyiniyetli olup olmamasına dayandırmıştır. Yakın tarihlerde verilen bu kararlardan anlaşıldığı üzere şahsi def’i niteliğinde olan bedelsizlik iddiasının senedi iktisap eden hamile karşı ileri sürülebilmesi için hamilin, senedi devralırken kötüniyetli olması Yargıtay tarafından yeterli bulunmaktadır.

Yargıtay konuya ilişkin yakın tarihli kararlarında şirketler arasında organik bağ bulunması veya akrabalık ilişkileri halinde çoğunlukla bile bile borçlu zararına hareket edildiği sonucuna varmaktadır. Nitekim Yargıtay 11. HD. 7.6.2021 tarihli E. 2020/6253 ve K. 2021/4783 sayılı kararında, *“Bu durumda, lehtar bedelsiz bir senedin tahsilini kolaylaştırmak ve şahsi def’ilerin ileri sürülmesini engellemek amacıyla bir senedi yakınlarına veya organik bağı olan şirkete devretmiş ise bu durumda devir alanın (hamilin) bunu bildiği ve buna rağmen senedi kötüniyetle iktisap ettiğine karine sayılır”* şeklinde karar vererek organik bir bağ olmasını bile bile borçlunun zararına hareket için yeterli saymakta ise de kavramın yorumlanmasında yine iyiniyet kavramını esas almıştır⁹⁰.

Bununla birlikte Yargıtay tarafından bile bile borçlu zararına hareketin tanıkla ispat edilebileceği kabul edilmektedir. Yargıtay hukuk genel kurulu bu hususa ilişkin olarak 05.03.2020 tarihli, E. 2017/13-612, K. 2020/258 sayılı kararında *“İspat konusuna gelince; niteliği gereği bile bile borçlu zararına hareketin varlığının senetle ispatı aranmaz. Yani, borçlu, hamil olan davalılara karşı kambiyo senedini iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket ettiğini, kambiyo senedinin bedelsiz olduğunu bilebilecek durumda olduğunu tanık dâhil her türlü delille ispat edebilir. Bununla birlikte, ispat yükü senet borçlusunun üzerinde olup, borçlu tarafından hem defilerin varlığı (ki bu defî bedelsizlik ise senede karşı senetle ispat kuralları gereği kesin delillerle ispatı gerekecektir) hem de bunların senedi iktisap ederken hamil tarafından bilindiğinin ispatlanması gerekmektedir.”* şeklinde karar vermiştir⁹¹.

Görüldüğü üzere Yargıtay’ın içtihatlarında bir kavram birliği bulunmamaktadır. Her ne kadar Yargıtay tarafından kötüniyet kavramının bile bile borçlu zararın hareket kavramını da içine alacak şekilde ve genel bir

ifade olarak kullanıldığı düşünülebilirse de, bu kavramların eş anlamlı olarak kullanılması isabetli değildir⁹².

2. Konuya İlişkin Görüşümüz

Öğretide ileri sürülen görüşler dikkate alındığında kanaatimizce bile bile borçlu zararına hareket kavramının yorumlanması bakımından ilk görüş daha isabetli olup, TMK m.3 ile düzenlenmiş bulunun iyi niyet kavramından yola çıkılması, şahsi def’ilerin ileri sürülmesinde bir hakkın kazanılması hâli söz konusu olmadığından karışıklık yaratabilecektir. Zira öğretide Türk tarafından da ileri sürüldüğü üzere kambiyo senetlerinde geçerli olan imzaların bağımsızlığı ilkesi uyarınca, senedi iktisap eden hamil kötüniyetli olsa bile kendisine karşı bedelsizlik def’i yalnızca senet borçlusu tarafından ileri sürülebilecek, senet üzerinde imzası bulunan diğer cirantaların sorumluluğu devam edecektir. Dolayısıyla hamil kötüniyetli olsa dahi senet bedelini diğer sorumlulardan almak suretiyle alacak hakkına kavuşacaktır⁹³. Oysaki bu durum TMK m. 3 anlamında değerlendirildiğinde kötüniyetli hamilin senet bedelini elde edememesi gerekmektedir. Dolayısıyla her kötüniyetli kişinin bile bile borçlu zararına hareket ettiği söylenemeyecektir⁹⁴.

Bununla birlikte TTK m. 825 hükmünde bile bile borçlu zararına hareket kavramının bilinçli olarak tercih edildiğini de vurgulamak gerekir. Zira açık poliçenin düzenlenmiş olduğu TTK m.680 hükmü uyarınca, açık bir poliçe tarafların arasındaki anlaşmalara aykırı bir şekilde doldurulursa, bu anlaşmalara uyulmadığı iddiası ancak hamil poliçeyi kötüniyetle iktisap ederse veya iktisap sırasında kendisine ağır bir kusur isnat edilebilirse mümkün olacaktır. Söz konusu hükümde hamilin iyiniyetinin belirlenmesi açısından TTK m. 825 hükmüne nazaran farklı bir ölçü belirlenerek kötüniyet ve ağır kusur

⁹² Aynı yönde bkz. Sönmez, s. 128. Kanundaki terimin kötüniyet olmadığı yönünde bkz. Bozkurt, s. 107. Yargıtay’ın kötüniyete dair esnek uygulamasının, bazı hallerde mahkemelerin de def’i koşulunu esnetmesine yol açtığına ancak Yargıtay’ın kararları ile bu tür bir uygulamaya müsaade etmediğine ilişkin olarak bkz. Göktürk, s. 113.

⁹³ Türk, “Bile bile borçlu zararına hareket kavramı ile iyi niyetli olmamak kavramlarının birbirine yakın kavramlar olduğu aralarındaki fark bakımından kambiyo senetlerinde imzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince bir borçlunun defi hakkının diğer kambiyo borçlularının sorumluluğunu etkilemediğini, bu sebeple hamil bedelsizlik defini öne süren kişiden alacağını alamasa bile, diğer kambiyo senedi borçlularından alacağını elde edebileceğinden, burada iyiniyetli olmama halinden farklı olarak bir hakkın kazanılması sorunu olmadığını” haklı olarak vurgulamıştır. Bkz. Türk, s. 364-365.

⁹⁴ Her kötüniyetli bilerek borçlu zararına hareket etmese de, her bilerek borçlu zararına hareket eden kötüniyetli olduğu yönünde Sönmez, s. 136.

⁹⁰ Yargıtay kararlarında tespit edebildiğimiz üzere kötüniyetin tespitinde yakın akrabalık bağı veya organik bağ temel birer kriter olarak benimsenmiştir. Ayrıca bkz. Göktürk, s.113.

⁹¹ Bile bile borçlu zararına hareket kesin delillerle ispatı gereken bir vakıa olmadığından, takdiri delillerle de ispat edilebileceği yönünde bkz. Kendigelen/Kırca, s. 122.

kavramları kullanılmıştır. Buna göre bedelsizlik def'i'nin üçüncü kişilere ileri sürülmesinde bile bile borçlu zararına hareketin tespiti için hamilin "bilerek" hareket etmesi gerekmekte iken; açık poliçenin anlaşmaya aykırı doldurulması halinde hamilin senedi bilmeyerek ve fakat "ağır kusurla" iktisap etmesi halinde de hamilin iyiniyeti ortadan kalkacaktır⁹⁵. Dolayısıyla söz konusu kavramlar her ne kadar birbirine yakın kavramlar olsa da bedelsizlik iddiasının ileri sürülmesinde hakkın kazanılmasına ilişkin bir sorun olmadığından bile bile borçlu zararına hareket hâlinin tespitinde, hamilin kendisine karşı ileri sürülecek olan kişisel def'i hakkında bilgi sahibi olması ve senedi iktisap ederken, borçluya zarar vereceğinin bilincinde de olup olmadığının dikkate alınması gerektiği düşüncesindeyiz⁹⁶.

Hatır senetlerinde bile bile borçlu zararına hareket kavramının yorumlanmasında öğretilerde ileri sürülen görüşler çerçevesinde biz de hamilin senedi hatır senedi olduğunu bilerek iktisap etmesi halinde her iki tür hatır senedinde de kendisine karşı hatır def'i'nin ileri sürülebileceği düşüncesindeyiz. Zira tedavül amacı taşıyan hatır senetlerinde senedi devralan kişi senedin bir hatır ilişkisi kapsamında düzenlendiğini biliyor ise senedin bedelsiz olduğuna ilişkin bilgiye de sahip olacaktır⁹⁷. Bu sebeple senedin yalnızca tedavül amacı taşıması sebebiyle senedi devralan kişiye karşı hatır def'i'nin ileri sürülemeyeceğine dair bir ön kabul, bu kişi açısından bir iyi niyet karinesi ortaya çıkaracaktır. Böyle bir durumda senedi iktisap eden kişinin iyi niyetli sayılabilmesi için senedin hatır için değil, temel alacağı karşılık bir bedel ilişkisi içinde düzenlenmiş olduğunu varsaymış olması gerekir⁹⁸.

⁹⁵ TTK m. 680 hükmüyle getirilen korumanın TTK m. 687/1, 659/2 ve TTK m. 825/2, düzenlemelerine kıyasen daha dar kapsamlı olduğu yönünde bkz. Atik, s. 278.

⁹⁶ Benzer yönde Adıgüzel, s. 134; Sönmez, s. 138.

⁹⁷ Öğretilerde Adıgüzel tarafından, söz konusu görüşün hamilin senedi iktisap ederken hatır senedi olduğunu bilmesi ile borçlu zararına hareket etmesinin aynı anlama geldiğini göz ardı ettiği ifade edilmiştir. Nitekim senedi devralan kişi senedin hatır senedi olduğunu biliyorsa senedin bedelsiz olduğu bilgisine de sahip olacak ve dolayısıyla zaten borçlu zararına hareket etmiş olacaktır. Bkz. Adıgüzel, s. 138. Benzer yönde bkz. Sönmez, s. 79-80.

⁹⁸ Adıgüzel, s. 138. Hamilin senedi iktisap ederken def'i halinin daha önce ortadan kalkmış olduğu inancıyla hareket etmişse veya def'i'nin varlığını bilmekle birlikte borçlunun bu def'i'yi ileri sürmeyeceğine iyiniyetle inanmışsa, hamilin zarar verme kastından söz edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 242. Senedi devralan kişinin gerçek, makul ve olağan bir hukuki işleme dayanarak senedi devralması, bilerek borçlu zararına hareket edilmediği yönünde bir gösterge olabileceği yönünde bkz. Sönmez, s. 137.

B. Hatır Senetlerinde Bedel Kaydının İspat Yüküne Etkisi

Kambiyo senetlerinde bedel kaydı, alacaklı ile borçlu arasında var olan temel ilişkiyi gösteren ihtiyari ve hukuken geçerli bir kayıttır⁹⁹. Bedel kaydı genellikle senet metni bittikten sonra, "bedeli malen/nakden alınmıştır" şeklinde yazılarak veya somut duruma göre "malen" veya "naklen" kelimelerinin birisinin üzeri çizilmek suretiyle oluşturulmaktadır. Buna göre bedel kaydı "malen" şeklinde belirtilmişse, senedi düzenleyen kişinin senedi düzenleyip verdiği kişiden bir mal aldığı, "nakden" şeklinde belirtilmiş ise bir miktar nakit para aldığı kabul edilmektedir¹⁰⁰. Kambiyo senedinin düzenlenmesiyle asıl ilişkiden bağımsız, mücerret bir kambiyo ilişkisi yaratıldığından, senetdeki temel ilişkiyi gösteren bu kayıtlar kambiyo senetleri bakımından özel bir anlam ifade etmemektedir. Ancak, senet borçlusunun şahsi bir def'i olarak bedelsizlik iddiasını ileri sürmesi halinde ispat yükü bakımından bu kayıtlar önem arz edecektir. Uygulamada bedelsiz senetlerin önemli bir çoğunluğu hatır senetleri olarak ortaya çıktığından, hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasında bedel kaydının ispat yüküne etkisi konusu ele alınmadır.

Hatır senetlerinde bulunan bedel kaydı, hatır ilişkisinin kanıtlanmasında ispat yükü bakımından önem arz etmektedir. Nitekim senet üzerinde bulunan bedel kaydı senedin hatır senedi olmadığını ifade etmesine rağmen birlikte borçlu tarafından senedin hatır senedi olduğu ileri sürülebilecek ve bu taktirde hatır borçlusu senedin düzenleme sebebine ilişkin olarak beyanda bulunmuş olacaktır¹⁰¹. Böyle bir durumda ispat yükünün borçluda olduğu konusunda bir şüphe bulunmamakla birlikte, alacaklı tarafından da bu senedin ihdas nedenine ilişkin beyanda bulunulması halinde konu tartışmalı hale gelmektedir¹⁰². Çünkü böyle bir durumda alacaklı senedin başka bir nedenle verildiğini öne sürmekte ve borçlunun bedel kaydına ilişkin iddiasını yeni bir vakıa ile çürütmektedir. Söz konusu bu durumda ispat yükünün yer değiştirip değiştirmeyeceği konusunda ise Yargıtay uygulamasında yıllar içinde

⁹⁹ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1003; Bozkurt, s.191; Türk, s.366; Kendigelen./Kırca, s. 190; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 148; Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, s.464; Pulaşlı, s. 258; Adnan Deyneki, "Bonoda Bedel Kaydının Bedelsizlik İddiası Yönünden Önemi", *Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII (15 Aralık 2006)*, 2007, s. 115-143, s. 117, 120.

¹⁰⁰Can, s. 72; Türk, s. 366; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 148; Bozkurt, s. 191.

¹⁰¹Pulaşlı, s. 258; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1003; Bozkurt, s. 191.

¹⁰²Bedeli malen alınmıştır gibi bir bedel kaydını içeren kambiyo senedinin bedelsiz olduğunu, kendisine senet karşılığında mal teslim edilmediğini öne süren borçlunun bu iddiasını kesin delillerle ispat etmek zorunda olduğu yönünde bkz. Türk, s. 366.

birbirinden farklı kararlara rastlanmaktadır.

1. Yargıtay Kararlarında Durum

Yargıtay uygulamasına göre malen kaydı bulunan kambiyo senetlerinde veya hatır senetlerinde borçlu tarafından senedin hatır senedi olduğu ve bu sebeple bedelsiz kaldığı ileri sürülebilecektir. Ancak alacaklı tarafından da senette bulunan kayıtların aksinin savunulması halinde bu durum -senedin düzenlenme sebebini değiştirmesi sebebiyle- “*senedin ta’lili*” anlamına gelmektedir¹⁰³. Bu halde Yargıtay ispat yükünün kime ait olacağı konusunu “*tek taraflı ta’lil*” veya “*çift taraflı ta’lil*” kavramlarını esas alarak değerlendirmektedir¹⁰⁴. Yargıtay’ın yerleşik uygulaması senedin düzenlenme sebebine ilişkin beyanda bulunan tarafın ispat yükü altında olduğu şeklindedir. Nitekim senet üzerinde kambiyo borcunun nedeni malen ya da nakden şeklinde belirlendiğinde ortada yazılı bir borç sebebi bulunmakta ve bunun aksini ileri süren tarafın ispat yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵.

Konuya ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu eski kararları ile yeni kararları arasında farklılıklar bulunduğu görülmektedir. Yargıtay’ın daha eski tarihli kararlarında, malen kaydı bulunan senette borçlu tarafından senedin bedelsiz olduğu iddiasına karşılık alacaklı tarafından da senedin ihdas nedenin ta’lil edilmesi halinde, ispat yükünün yer değiştirdiği ve bu sebeple ispat yükünün davalı alacaklıda bulunduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim, Yargıtay 19.09.1988 tarihli ve E. 1988/949, K. 1988/5109 sayılı kararında, “*Davacı, davalıya hatır senedi verdiğini bildirerek senetten dolayı borçlu bulunmadığının tesbitini ve senedin iptalini istemiş, davalı ise (14.2.1987) tarihli oturumda davaya karşı verdiği cevapta bono karşılığında davacıya nakit para verdiğini ve hatır senedi olmadığını söylemiştir. Dava konusu (10.4.1986) vadeli ve (8.800.000) liralık bonoda, senedin verilmiş sebebi (malen) olduğundan davacıya nakit para verdiğini yazılı delille ispat etmek zorundadır.*” şeklinde karar vererek ispat yükünün davalı alacaklıda

¹⁰³ Ta’lil taraflarca senet metninde yazılı olan düzenleme nedeninden farklı bir beyanda bulunulmasını ifade etmektedir. Pulaşlı, s. 259; Poroy/Tekinalp, p. 382b; Kendigelen/Kırca, s. 191; Deynekli, s. 125. Bononun ta’liline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gülşah Yılmaz, “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta’lili”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020/4, s. 1-36; Hayri Bozgeyik/Süleyman Burak Gündoğdu, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bonoda Düzenleme Sebebinin Değiştirilmesine Yönelik Beyanların İspat Yüküne Etkisi”, *TFM*, 2021, (7)/2, s. 253-264.

¹⁰⁴ Deynekli, s. 135; Bozgeyik/Gündoğdu, s. 263.

¹⁰⁵ Yılmaz, “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta’lili”, s. 12.

olduğuna kanaat getirmiştir.

Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.12.2003 tarihli ve E. 2003/19-781, K.2003/768 sayılı kararında tedavül amacı taşımayan ve üzerinde malen kaydı bulunan bir hatır senedine ilişkin olarak borçlunun açmış olduğu menfi tespit davasında alacaklı tarafın borcun nedeninin elden nakit olarak verilen para olduğu iddiası karşısında ortaya çıkan uyuşmazlığa ilişkin verdiği bir kararında “*Eş söyleyişle, kendi dayanağı olan senetteki sebepten ayrılarak elden para verildiği iddiasını ortaya atarak, “bir vakiyadan kendi lehine haklar çıkararak/iddia eden” taraf davalı/alacaklıdır ve bu vakiyayı ispat etmeye mecburdur; dolayısıyla ispat yükü davalı/alacaklıdır. Lehdarın yani alacaklının “bedelin para olarak verildiği “ iddiasını ispat yükü ise kendisinde bulunmaktadır”* şeklinde karar vermiştir¹⁰⁶.

Buna karşın Yargıtay daha sonraki yıllarda verdiği kararlarda ise davacı borçlu tarafından ileri sürülen bedelsizlik iddiası karşısında, davalı tarafından da senedin düzenlenme sebebine ilişkin beyanda bulunulması halinde senedin çift taraflı ta’lil edildiği ve bu sebeple ispat yükünün yer değiştirmedeği sonucuna varmıştır. Nitekim, Yargıtay 19 HD. 02.03.2016 tarihli ve E. 2015/10754 ve K. 2016/3680 tarihli kararında, davacının senedin hatır senedi olduğunu iddia etmesi davalının da nakden düzenlendiğini savunması karşısında, “*somut olayda çift taraflı talil söz konusu olup çift taraflı talilde ispat külfetinin yer değiştirmeyip davacıda bulunmasına*” hükmetmiştir.

Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2017/19-821, K.2019/58 sayılı ve 05.02.2019 yakın tarihli kararında:

“*Yukarıda da ifade edildiği üzere bono bağımsız borç ikrarı içeren bir senet olup, senette bedel kaydının mevcut olması hâlinde ispat yükü kaydın aksini savunan tarafa aittir. Somut olayda ise her iki yanın bononun mal karşılığı olmadığına dair beyanları karşısında senedin her iki tarafça da talil edildiğinin kabulü zorunludur ve bu durumda TMK’nın 6 ve HMK’nın 191. maddesi uyarınca ispat yükünün davacı senet borçlusunda olduğu yolundaki genel kuralın yer değiştirmeyeceği ve davacının senedin bedelsiz olduğunu ispatlaması gerektiği kabul edilmelidir*” şeklinde karar vermiştir. Ancak bu karara somut olayda çifte ta’lilin bulunmadığı, davacının sadece

¹⁰⁶ Aynı yönde YHGK. 26.03.1986 tarihli E. 1984/11-787, K. 1986/297 sayılı kararı; Y. 19 HD. 01.03.2006 tarihli E. 2005/7233, K. 2006/1962 sayılı kararı, YHGK. 04.03.2015 tarihli E. 2013/19-1409, K. 2015/385 sayılı kararı için bkz. <<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anindex.html>> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

senedin düzenlenme amacını açıklamak amacıyla bu açıklamaları yaptığını, dolayısıyla senedin sadece davalı tarafından ta'lil edildiğine bu nedenle ispat yükünün davalı tarafta olduğuna dair yerel mahkeme kararının yerinde olduğu gerekçeleriyle birden fazla karşı oy kullanılmıştır.

Görüldüğü üzere bedel kaydı bulunan hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasında alacaklı tarafından senetteki kaydın aksinin savunulması halinde ispat yükünün hangi tarafta olacağına ilişkin Yargıtay uygulaması son yıllarda değişmiş ve Yargıtay tarafından taraflarca yapılan bu savunmalar “ta'lil” kapsamında değerlendirilmiştir. Yargıtay kararlarında yıllar içinde meydana gelen uygulama değişikliğini anlamak mümkün değildir. Zira Yargıtay Hukuku Genel Kurulu tarafından verilen eski kararlarda bir vakıadan kendi lehine haklar çıkararak tarafın bu vakıayı ispat etmeye mecbur olmasından yola çıkılarak ispat yükünün alacaklıya geçeceği sonucuna varılmış, yeni tarihli kararlarında ise borçlu ve alacaklı tarafından bedel kaydına ilişkin ileri sürülen iddialar senedin çift taraflı ta'lili kapsamında değerlendirilerek ispat yükünün yer değiştirmeyeceğine kanaat getirilmiştir. Ancak söz konusu görüş değişikliğinde taraflarca ileri sürülen savunmaların hukuki niteliği ve ispat yükünün hangi gerekçeyle yer değiştirmeyerek borçluda kaldığı açıklanmamıştır.

2. Konuya İlişkin Görüşümüz

Kambiyo senetlerinin en önemli özelliği alacaklı ve borçlu arasında asıl ilişkiden bağımsız soyut bir kambiyo ilişkisi ortaya çıkarmasıdır. Bu sebeple alacaklı ispat soyutluğundan faydalanarak asıl ilişkiye dair bir ispat yükümlülüğüne tabi olmaksızın kambiyo senedine dayanarak alacağını talep etme şansına sahip olmaktadır¹⁰⁷. Buna karşılık borçlu alacaklı ile aralarındaki senet sebebiyle borçlu olmamasını gerektiren bir durumun varlığını iddia ediyorsa bu durumu ispat etmekle yükümlüdür. Senet metninde bulunan bedel kaydının alacaklının ispat soyutluğundan yararlanması bakımından bir değişiklik yaratmadığı ve fakat hatır borçlusu tarafından söz konusu senedin hatır senedi olduğu iddiasında bulunabileceği ancak böyle bir durumda hatır borçlusunun iddiasını ispat etmesi gerektiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır¹⁰⁸. Bu noktada bedel kaydı bulunan bir senedin hatır ilişkisi sebebiyle verildiği iddiasında bulunan borçlu karşısında, alacaklı tarafından

da senedin nakit karşılığı olarak verildiği iddiasında bulunuyorsa, alacaklının ispat soyutluğundan faydalanamayacağı zira senedin düzenlenme sebebini kullanarak yeni bir vakia ileri sürdüğü için ispat yükünün alacaklıda olması gerektiği kanaatindeyiz¹⁰⁹.

Öğretide konuya ilişkin olarak malen kaydı bulunan senetlerde davacı tarafından senedin hatır senedi olduğunun ileri sürülmesinin usul hukuku anlamında vasıflı (nitelikli) ikrar niteliği taşıdığı, bu sebeple bölünemeyeceği ve ispat yükünün alacaklıda olduğu ifade edilmiştir¹¹⁰. Vasıflı (nitelikli) ikrarda ikrar eden, karşı tarafın ileri sürdüğü iddianın doğru olduğunu bildirmekle birlikte, bunun hukuki niteliğinin iddia edilenden farklı olduğunu ileri sürmektedir¹¹¹. Nitekim malen kaydı bulunan bir hatır senedinde de hatır borçlusu hatır alacaklısı ile arasında bir ilişkinin varlığını kabul etmekle birlikte, aralarındaki hukuki ilişkinin hatır ilişkisi olduğunu iddia ederek ilişkinin vasfını değiştirmektedir¹¹². Bu sebeple konuya ilişkin Yargıtay tarafından son dönemde verilen kararlarda ispat yükünün belirlenmesi bakımından yalnızca “ta'lil” kavramından yola çıkılarak, somut olayın durumuna göre taraflarca ileri sürülen hususların hukuki niteliği değerlendirilmeden karar verilmiş olması isabetsizdir. Dolayısıyla bedel kaydı bulunan hatır senetlerinde bedelsizlik sebebiyle açılan menfi tespit davasında hem borçlu hem alacaklı tarafından bedel kaydının aksine ilişkin bir iddiada bulunuluyorsa; ispat yükünün kime olacağına somut olaya göre ve taraflarca ileri sürülen iddianın usul hukuku yönünde niteliği araştırılarak karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

SONUÇ

Bedelsiz senetlerin önemli bir çoğunluğunu oluşturan hatır senetleri tarafların anlaşması ile bedelsiz kılınan senetler olup, Türk Hukuku'nda kanunen düzenleme altına alınmamıştır. Hatır senetlerinde bedelsizlik

¹⁰⁹ Aynı yönde, Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1008; Yılmaz, “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili”, s. 33. Bedel kaydının senet üzerine “nakden veya malen” şeklinde gösterilmesi halinde senetteki ispat yükünün yer değiştireceği yönünde bkz. Özdamar/ Göktürk/Can/Kaşak, s. 225.

¹¹⁰ Yılmaz, “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili”, s. 18.

¹¹¹ Bkz. Baki Kuru/Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 653; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 423; Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 339; Tanrıver, s. 833.

¹¹² Borçlu bileşik ikrarda bulunuyorsa bu ihtimalde bileşik ikrarın bölünebilen bir ikrar türü olması sebebiyle borcu ortadan kaldıran nedeni ispatlaması gereken kişinin borçlu olacağına yönelik bkz. Yılmaz, “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili”, s. 34.

¹⁰⁷ Bozgeyik/Gündoğdu, s. 262; Brox, s. 241; Yılmaz, “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili”, s. 7; Bozkurt, s. 70.

¹⁰⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku (1997)*, s. 1007-1008.

iddiasının ileri sürülmesine uygulamada oldukça sık rastlanmakla birlikte konunun düzenleme altına alınmamış olması bazı hukuki sorunlar yaratmıştır. Bu sorunlara ilişkin öğretide bulunan görüşler ve Yargıtay kararlarının incelenmesi sonucunda tarafımızca şu sonuçlara varılmıştır:

Öğretide hatır senetlerine ilişkin olarak tartışma yaratan ilk konulardan biri söz konusu bu senetlerin hukuken geçerli olup olmadığıdır. Bu kapsamda hatır ilişkisinin tarafları arasında görünürdeki işlemin geçersiz olduğuna dair bir anlaşma mevcut olmayıp aksine geçerli bir senet düzenleme konusunda ortak bir irade bulunmaktadır. Bu sebeple konuya ilişkin olarak bizim görüşümüz tedavül amacı taşıyan hatır senetlerinin muvazaalı olmadıkları yönündedir. Dolayısıyla, her ne kadar taraflar arasında asıl bir borç ilişkisi olmayacağı yönünde bir anlaşma mevcut olsa da hukuken geçerli ve tedavül edebilir bir senet ortaya çıktığı göz önünde bulundurulursa, bu senetlerin muvazaalı bir işlem olarak kabul edilememesi gerektiği kanaatindeyiz. Tedavül amacı taşımayan hatır senetleri bakımından ise taraflar arasında geçerli bir senet ortaya çıkarma iradesi mevcut olmayıp, bu işlem üçüncü şahısları aldatmak amacıyla yapıldığından ve taraflar arasındaki anlaşma uyarınca hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağından, mutlak muvazaa ile hükümsüz olacaktır.

Hatır senetlerinde, hatır def'i olarak karşımıza çıkan bedelsizlik iddiası kıymetli evrak hukuku kapsamında şahsi bir def'i olup, uygulamada çoğunlukla bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası olarak ileri sürülmektedir. Söz konusu bu davanın hukuki niteliği bakımından öğretide birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüşse de biz de Yargıtay kararlarında ve öğretide çoğunlukla kabul edilen görüş uyarınca ve bu davanın, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan ve İİK m.72'ye dayanan bir menfi tespit davası olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte uygulamada sıklıkla "bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası" yerine "senedin iptali davası" kavramının kullanılarak bir terminoloji sorununa yol açıldığı gözlemlenmiştir. Söz konusu kavramın, kıymetli evrak hukukunda iptale dair birçok düzenleme bulunması sebebiyle uygulamada karışıklık yaratabileceğinden kullanılmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kambiyo senetlerinin bedelsizliğine ilişkin olarak açılacak bu menfi tespit davasında hangi mahkemenin görevli olacağı ve bu davaların mutlak ticari dava olarak kabul edilip edilmeyeceği de öğretide tartışılan hususlardan biri olmuştur. TTK m. 4/1-a. hükmü uyarınca tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın TTK'da düzenlenen hususlardan doğan davaların mutlak ticari dava ve hatır senetlerinin taraflar arasındaki hatır anlaşmasından doğan ve unsurları tam olarak sağlandığı takdirde hukuken

geçerli bir kambiyo senedi niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulursa, hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasının mutlak ticari dava sayılması gerektiği görüşündeyiz. Zira kambiyo senetleri TTK'nın üçüncü kitabının dördüncü kısmında düzenleme altına alınmıştır. Bununla birlikte hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasının menfi tespit davası ile ileri sürülmesinde arabuluculuğun zorunlu olup olmadığı konusu da öğretide ve Yargıtay uygulamasında tartışma konusu olmuştur. Konuya ilişkin olarak tarafımızca, hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davası mutlak ticari dava niteliğinde olmakla birlikte bu davada senedin bedelsiz kaldığının tespiti ile yetinildiğinden, zorunlu arabuluculuğun dava şartı olarak kabul edilmemesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Zira hatır senetlerinde bedelsizliğe dayalı menfi tespit davasında davacı hatır borçlusu TTK m.5/a kapsamında bir para ödenmesini talep etmemektedir.

Hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasının ileri sürülmesine ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde de bir takım hukuki sorunların öne çıktığı gözlemlenmiştir. Buna göre söz konusu hukuki sorunlardan bir tanesi bedelsizlik iddiasının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde bile bile borçlu zararına hareketin ne şekilde tespit edileceğidir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay içtihatlarında bir kavram birliği bulunmamakta, bile bile borçlu zararın hareket kavramı kötüniyet kavramı ile eş anlamlı olacak şekilde kullanılmaktadır. Kanaatimizce böyle bir kullanım kambiyo senetlerinde iyi niyet kavramının TMK m.3 anlamındaki iyi niyetten daha farklı yorumlanması gerektiğinden isabetsizdir. Dolayısıyla söz konusu kavramlar her ne kadar birbirine yakın kavramlar olsa da bedelsizlik iddiasının ileri sürülmesinde hakkın kazanılmasına ilişkin bir sorun olmadığından bile bile borçlu zararına hareket hâlinin tespitinde, hamilin kendisine karşı ileri sürülebilecek olan kişisel def'i hakkında bilgi sahibi olması ve senedi iktisap ederken, borçluya zarar vereceğinin bilincinde de olup olmadığının dikkate alınması gerektiği sonucuna varmış bulunmaktayız.

Hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasına ilişkin öne çıkan bir diğer sorun ise bedel kaydı bulunan senetlerde bedelsizlik iddiasında bulunan hatır borçlusu karşısında hatır alacaklısı tarafından da bu senedin ihdas nedenine ilişkin beyanda bulunulması halinde ispat yükünün kimde olacağıdır. Konuya ilişkin olarak son dönemde Yargıtay tarafından verilen kararlarda ispat yükü konusunda bir senette borçlu veya alacaklı tarafından ileri sürülen beyanların hukuki niteliği tespit edilmeyip ta'lil kavramından yola çıkılarak karar verildiği görülmüştür. Konuya ilişkin olarak bedel kaydı bulunan bir senedin

hatır ilişkisi sebebiyle verildiği iddiasında bulunan borçlu karşısında, alacaklı tarafından senedin nakit karşılığı olarak verildiği iddiasında bulunuyorsa, biz alacaklının yeni bir vakıa ileri sürdüğü söylenebileceğinden ispat yükünün alacaklıda olması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca ispat yükünün kimde olacağı sorusuna somut olaya göre ve taraflarca ileri sürülen iddianın usul hukuku yönünde niteliği araştırılarak karar verilmesi halinde hukuken daha doğru sonuçlara varılabilecektir.

Sonuç olarak, hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasına ilişkin olarak açılacak davanın hukuki niteliği, bu davanın ticari dava olup olmadığı, hatır def'inin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde bile bile borçlu zararına hareket hâlinin tespiti ve bedel kaydı bulunan hatır senetlerinde ispat yükü bakımından ortaya çıkan tüm bu sorunların temelinde konuya ilişkin kanuni bir düzenleme olmaması yatmaktadır. Bu uyuşmazlıkların çözümünde Yargıtay kararları ile içtihat birliği sağlanması son derece önem arz etmesine rağmen tartışmalı olan bu konuların birçoğu bakımından Yargıtay uygulaması değişiklik göstermektedir. Hatır senetlerinin hukuken geçerli olduğu gerek öğretisi gerekse Yargıtay tarafından kabul edildiğinden, bu makale kapsamında hatır senetlerinin hukuki niteliği, hatır anlaşması bakımından ileri sürülebilecek def'iler ve şartları, hatır senetlerinde bedelsizlik iddiasının dava yoluyla ileri sürülmesinde özellik arz eden hususların TTK çerçevesinde düzenleme altına alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel B, “Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket”, *TFM*, 4(2), 2018, s.129-148.
- Akil C, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 11(41), 2020, s. 321-322.
- Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arslan İ, “Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(1), 2008, s. 11-28.
- Arslan R /Yılmaz E /Taşpınar Ayvaz S /Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku*, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Arslanlı H, *Ticari Senetler Dersleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1959.
- Atik Tüzemen E, *Açık Kambiyo Senetleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ayli A /Üçer M, “Çekte Bedelsizlik İddiası ve Açılabilir Dava”, *DÜHFD*, 23(39), 2018, s. 413-451.
- Ayhan R, “Son Değişikliklerle Ticarî Dava ve Ticaret Mahkemelerinin Görev Sahası Hakkında Getirilen Yenilikler”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2015, s.13-64.
- Ayhan R/Çağlar H/Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Bozer A/Göle C, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- Bozgeyik H/Gündoğdu S B, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bonoda Düzenleme Sebebinin Değiştirilmesine Yönelik Beyanların İspat Yüküne Etkisi”, *TFM*, 2021, (7)/2, s. 253-264.
- Bozkurt T, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Brox H, *Handels- Und Wertpapierrecht* 17. Neubearb. Aufl ed., C.H. Beck, 2004.

- Bülow P, *Wechselgesetz Scheckgesetz Agb: Mit Agb-Sparkassen Agb-Banken und Agb-Postbank* 5. Aufl ed. C. H. Beck, 2013.
- Can H / Güner S, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Baskı, Siyasal Kitapevi, 1999.
- Can M, *Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı)*, İmaj Yayınevi, 2015.
- Canbolat, S /Canbolat B, *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 1987.
- Çiçekli A F, “Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte Menfi Tespit Davasının Nitelikleri”, *SDÜHFD*, 11(2), 2021, s.839-901.
- Deyneki A, “Bonoda Bedel Kaydının Bedelsizlik İddiası Yönünden Önemi”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXII* (15 Aralık 2006), 2007, s.115-143.
- Doğan Gür D, *Kambiyo Senetlerinde Bedelsizliğe Dayanan Menfi Tespit Davası ve Bedelsiz Senedi Kullanma Suçu*, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Ertekin E /Karataş İ, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*, Feryal Matbaacılık, 1. Baskı, 1992.
- Göktürk K, *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler*, Adalet Yayınevi, 2022.
- Gürbüz A H, *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 1. Baskı, Cem Ofset Yayınevi, 1984.
- Hatzelmann E, *Wertpapierrecht*, 2. Auflage, Beck-Rechtslexika, 1973.
- Hefermehl W/ Baumbach A, *Wechselgesetz Und Scheckgesetz : Mit Nebengesetzen und Einer Einführung in Das Wertpapierrecht*, 17. Neubearbeitete und erw. Aufl. Stand: C.H. Beck,1990.
- İmregün O, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Baskı, Filiz Kitapevi, 2003.
- İnan N, *Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1975.
- Jacobi E, *Wechsel- und Scheckrecht*, Walter De Gruyter, 1955.
- Kaçak N, *Tüm Yönleriyle Bono-Poliçe-Çek*, 4. Bası, Seçkin Yayınları, 2008.
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku Dersleri II, Ticari Senetler*, 3. Baskı, Banka ve

Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1964.

- Kendigelen A /Kırca İ, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Turhan Kitapevi, 2021.
- Kınacıoğlu N, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. Baskı, Nobel Yayın Dağıtım, 1999.
- Koçyiğit İ /Bulur A, *Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, 2019.
- Kuru B/ Aydın B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Cilt I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Meier-Hayoz A /Von Der Crone H, *Wertpapeirrecht*, 3. Auflage, Stampfli Verlag, 2018.
- Özdamar M/Göktürk K/Can Ç M/ Kaşak E, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2.Bası, Turhan Kitapevi, 1997.
- Öztan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 25. Bası, Turhan Kitapevi, 2021.
- Pekcanitez H / Atalay O /Özekeş M, *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Poroy R /Tekinalp Ü, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, 2021.
- Pulaşlı H, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Sayhan İ, *Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2006.
- Soydal Çınar T, *Kambiyo Senetlerinde Bedelsizlik*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2019.
- Sönmez N S, *Kambiyo Senetlerinde Şahsi Defiler*, Oniki Levha Yayıncılık, 2019 <<https://www.lexpera.com.tr>> Erişim Tarihi: 29.10.2022.

- Tanrıver S, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 32(147), 2020, s.111-142.
- Tanrıver S, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Türk A, “Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İrfan Baştuğ’a Armağan, 7(Özel Sayı), 2005, s. 307-382.
- Ülgen H /Helvacı M / Kaya A / Nomer Ertan F, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Yasan M, *Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2008.
- Yavuz C, *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 8. Baskı, Beta Yayınları, 2010.
- Yılmaz G, “Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta’lili”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2020/4, s.1-36.
- Yılmaz L, *Kambiyo Senetlerinde Defiler*, 2. Baskı, Aristo Yayınları, 2007.
- Yüksel Bozkurt, A E, “İspat Hukuku Bakımından Kambiyo Senetleri”, *BATİDER*, 24(3), 2018, s. 501-538.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

ANAYASA MAHKEMESİNİN 2019/4794 BAŞVURU NUMARALI KARARI BAĞLAMINDA KAMULAŞTIRMADA ESKİ MALİKİN MÜLKİYET HAKKINI GERİ KAZANIMI

RE-ENTITLEMENT OF THE PREVIOUS TENANT TO THE PROPERTY
RIGHT IN EXPROPRIATION WITHIN THE CONTEXT OF THE
CONSTITUTIONAL COURT DECREE WITH APPLICATION NUMBER
2019/4794

Asuman ÇAPAR*  

Özet

[10.34246/ahbvuhfd.1176311](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1176311) 

Kamulaştırma işlemi, kamu yararı ile kişinin yararının çatıştığı ve bu çatışmada kamu yararının üstün tutulduğu, kişilerin mülkiyet hakkına müdahale eden işlemlerden birisidir. Çalışmada Anayasa Mahkemesinin 2019/4794 başvuru numaralı, 18/1/2022 tarihli bireysel başvuru dosyası kapsamında vermiş olduğu karar çerçevesinde, kamulaştırma işleminde eski malikin taşınmaz mülkiyetini geri edinebileceği haller tahlil edilmiştir. Kamulaştırma işleminden sonra uzunca bir süre kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı amacına tahsis edilmemesi, bu süreçte taşınmazın değerinde meydana gelen artıştan eski malikin faydalandırılmaması, mülkiyet hakkının ölçüsüz bir şekilde ihlali anlamına gelebilir. Bu kapsamda Kamulaştırma Kanunu'nun 22. maddesi, üzerinde pek çok defa düzenleme yapılmış olmasına rağmen hâlâ uygulamada ortaya çıkan bir kısım sorunları giderici bir hâl almamıştır. Kamulaştırma kararının kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan hukuki ve fiili imkânsızlık hallerine çözüm getirmemektedir. Kamulaştırma Kanunu madde 22/3'te getirilen süre sınırı ise ayrı sorunlar doğurmaktadır. Diğer yandan Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesi de

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/ SIVAS, **e-posta:** acapar@cumhuriyet.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-7870-0811 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1176311

• **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.*



bireylerin geri alma hakkını etkin kullanabilmeleri için yeniden ele alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırma • Mülkiyet Hakkı • Eski Malikin Geri Alma Hakkı • Kamulaştırmadan Vazgeçme • Hukuki İmkânsızlık.

Abstract

Expropriation is among the operations that intervenes with the property right of individuals in which the public benefit and the benefit of the individual are in conflict where public benefit is considered superior. The present study has examined the instances in which the previous tenant may be re-entitled to the property right for the immovable within the framework of the decree by the Constitutional Court with application number 2019/4794 and individual application file dated 18/1/2022. Preventing the immovable from being assigned to public use for a long period after expropriation, preventing the previous tenant from benefiting from the increase in the value of the immovable during this period may be considered as an immoderate infringement of the property right. In this scope, even though many revisions have been made in item 22 of the Law of Expropriation, the problems in execution are still yet to be overcome. There is a need to solve the legal and de facto impracticalities that emerge following the finalization of the expropriation decree. The time limit imposed in item 22/3 of the Law of Expropriation also leads to other problems. On the other hand, item 23 of the Law of Expropriation should also be re-evaluated in order to ensure that the individuals may effectively use their reclamation rights.

Keywords: Expropriation • Property Right • Reclamation Right of the Previous Tenant • Renouncement of Expropriation • Legal Impracticality.

EXTENDED ABSTRACT

Expropriation is an administrative transaction that can interfere with fundamental human rights such as the right to property. Expropriation is the seizure of real estate under private ownership by the administration for the public interest based on a unilateral decision. The administration should exercise expropriation authority within the framework of expropriation purposes, that is, in accordance with the public interest.

The right to property is not an unlimited right, and Article 13 of the Constitution must be considered when limiting it. Article 13 of the Constitution permits the limitation of the right to property in the public interest, in accordance with the law, and with the principle of proportionality. According to the Constitutional Court, the intervention is deemed unlawful if the legality condition is not met, without the need to examine the other conditions. Intervention in property rights should be justified by the public interest and in accordance with the proportionality principle. Stable jurisprudence regarding the right to property cannot prevent the emergence of legal disputes on its own.

In the individual application decision dated 18/1/2022 numbered 2019/4794 that we have examined, The Constitutional Court has rendered a lawful and correct decision. The fact that the expropriated real estate was not allocated for the public interest and that the former owner was unable to benefit from the increase in value that occurred during this period prevents the real estate from being expropriated at its true value. In the concrete case subject to the application, the former owner's right to property was violated. The Constitutional Court ordered a retrial due to the violation of the applicant's right to property. Therefore, Articles 22 and 23 of the Expropriation Law No. 2942 were effective in the violation of the applicant's right to property. So, these articles should be examined.

Article 21 of the Expropriation Law governs the circumstances under which the administration can unilaterally waive expropriation, Article 22 of the Expropriation Law governs the expropriation waiver through bilateral agreement; and Article 23 of the Expropriation Law governs the owner's right to reclaim.

Many amendments were made to Article 22 of the Expropriation Law so far. However, solutions to some issues that arise in practice cannot be provided. The Expropriation Law does not clearly state what should be done in the event of an issue that prevents the allocation of real estate for expropriation purposes and causes factual impossibility. In this context, we believe that Article 22 of the Expropriation Law should be amended in order to provide solutions for the eventual occurrence of legal and factual impossibilities.

The issue, in our opinion, can be resolved by inserting "or the occurrence of a circumstance of legal and factual impossibilities which prevents the allocation" after the phrase "After the finalization (...) of the Expropriation, no need to allocate real estates for expropriation or any other public interest need" in the first sentence of Paragraph 1 of Article 22 of the Expropriation Law. Furthermore, we believe that Paragraph 3 of Article 22 of the Expropriation Law must be abolished. This is because the five-year time frame included in this article causes some practical issues.

Article 23 of the Expropriation Law, in our opinion, is another provision that should be amended. Article 23 of the Expropriation Law governs the former owner's right to reclaim. Since the provision does not specify when the expropriation price will be finalized, some practical issues arise. Article 23 of the Expropriation Law should clearly state "when the expropriation price is finalized." Furthermore, for the one-year reclaim period specified in Article 23 of the Expropriation Law to commence, "imposing the obligation of notification to the former owner for administration," as specified in Article 22 of the Expropriation Law, will be a proper amendment. This will prevent potential forfeitures.

GİRİŞ

Kamulaştırma işlemi, kişinin sahip olduğu birtakım hakları etkilemekle beraber¹ temel olarak kişinin mülkiyet hakkını etkileyen idari işlemlerden birisidir. Mülkiyet hakkı 1982 Anayasası'nın (Anayasa) 35. maddesinde düzenlenmiş olup parayla ölçülebilen ve ekonomik değer ifade eden tüm malvarlığı haklarını kapsamaktadır.²

Bir hakkın Anayasa'nın 35. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilmesi için “*ilgili mülkün halihazırda kişilerin mülkiyetinde bulunması*” gerekir. Kural olarak kişilerin malik olmadıkları malvarlığı değerlerine ilişkin mülk edinme beklentileri, Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında korunmamaktadır. Fakat kamulaştırmayla eski malikin mülkiyet hakkı sona ermiş olsa bile eski malikin geri alma hakkı önceki mülkiyetten kaynaklanan bir haktır. Bu nedenle kamulaştırılan taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmemesi hali de Anayasa'nın 35. maddesi çerçevesinde korunmakta olan mülkiyet hakkı kapsamında kalmaktadır.³

Kamulaştırma kurumu genel hatlarıyla Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasal tanımla kamulaştırma, “*idarelerin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza, söz konusu taşınmazı kamu hizmetine tahsis etmek amacıyla tek taraflı bir iradeyle el koymasındır.*”⁴ Konuya ilişkin detaylı

¹ Kamulaştırmanın sükna hakkı, irtifak hakkı gibi sınırlı aynı haklara etkisi konusunda bakınız (bkz.), Cihan Yaylak, “Kamulaştırmanın Sınırlı Aynı Haklara Etkisi”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 6(2), 2017, sayfa (s.) 84-101; Esra Aslan, “Kamulaştırmanın Sınırlı Aynı Hak ve Kişisel Haklara Etkisi”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (1), s. 123-158.

² Mülkiyet hakkı aynı zamanda birtakım uluslararası hukuki belgelerin de konusunu oluşturmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 numaralı Protokolü'nün 1. maddesine göre kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkına sadece kanunla ve uluslararası hukukun genel ilkelerine göre müdahale edilebilir; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf>, Erişim Tarihi 02.08.2022; İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 17. maddesinde hiç kimsenin keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılmayacağı ifade edilmiştir; İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/trk.pdf>, Erişim Tarihi 02.08.2022.

³ Anayasa Mahkemesi (AYM), E. 2014/177, K. 2015/49, KT. 14/05/2015; <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 02.09.2022. (Çalışmada kullanılan AYM norm denetimi kararları, bu adresten belirtilen tarihte alınmıştır.)

⁴ AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, KT. 14/05/2015; Benzer tanım için bkz. AYM, Başvuru (B.) No: 2013/6151, KT. 21/4/2016; <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 02.08.2022; (Çalışmada kullanılan AYM bireysel başvuru kararları, bu adresten belirtilen tarihte alınmıştır.)

düzenlemeler 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda⁵ (KK) yapılmıştır.⁶

Bu çalışma ile AYM'nin 2019/4794 başvuru numaralı, 18/1/2022 tarihli⁷ bireysel başvuru kararının incelenmesi ve bu karardan yola çıkarak KK'nın 22. ve 23. maddelerinin sorgulanarak, kamulaştırmada eski malikin mülkiyet hakkını kazanabileceği hallerin tahlil edilmesi hedeflenmektedir. Çalışmada kamulaştırılan taşınmazın eski malik tarafından geri kazanılabileceği hallerde -literatürü tekrara düşmemek maksadıyla- genel olarak değinildikten sonra, söz konusu AYM kararı çerçevesinde inceleme yapılmıştır. Kamulaştırma kararı olmaksızın hukuki ya da fiili olarak el konulan taşınmazlar bu çalışmanın kapsamı dışındadır.⁸

I. GENEL OLARAK KAMULAŞTIRMADA ESKİ MALİKİN MÜLKİYET HAKKINI GERİ KAZANABİLECEĞİ HALLER

Kamulaştırma kararının alınmasından sonra eski malikin mülkiyet hakkını geri kazanabileceği haller KK'nın 21. ve 22. maddelerinde ‘*kamulaştırmadan vazgeçme*’ hali ve 23. maddesinde ‘*mal sahibinin geri alma hakkı*’ olarak düzenlenmiştir. Bu hususlar genel hatları ile incelenecektir.

A. İdarenin Kamulaştırmadan Vazgeçmesi

İdarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi KK'nın 21. ve 22. maddelerinde düzenlenmiş olup, kamulaştırılan taşınmazın eski malikin taşınmazın mülkiyetini geri edinebileceği hallerden ilkidir. İdarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi tek taraflı olabileceği gibi karşı tarafla anlaşarak vazgeçmesi şeklinde de olabilir.

1. Kamulaştırmadan Tek Taraflı Vazgeçme

KK'nın 21. maddesi “*İdarenin tek taraflı vazgeçmesi*”ni düzenlemektedir. KK 21. madde uyarınca “*İdare kamulaştırmanın her safhasında kamulaştırma kararı veren ve onaylayan yetkili merciin kararı ile kamulaştırmadan tek*

⁵ Kanun Numarası: 2942, Kabul Tarihi: 4/11/1983; Resmî Gazete (RG), Tarih (T): 8/11/1983, Sayı (S) 18215.

⁶ Bununla birlikte 6831 sayılı Orman Kanunu gibi bazı kanunlarda da kamulaştırmaya ilişkin hükümler bulunmaktadır.

⁷ AYM, *Kartal Surp Nişan Ermeni Kilisesi Mektebi Vakfı*, B. No: 2019/4794, KT. 18/1/2022.

⁸ Kamulaştırma kararı olmaksızın taşınmaza el konulması durumunda eski malikin geri alma hakkına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Atıla Erkal, “Kamulaştırmadan Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 79(3), 2021, s. 963-999.

tarafı olarak kısmen veya tamamen vazgeçebilir... ”.

Bu madde uyarınca, kamulaştırma işleminin her safhasında idarenin tek tarafı olarak kamulaştırmadan vazgeçmesi mümkündür. İdarenin bu aşamada kamulaştırmadan vazgeçme sebebini belirlemek konusunda geniş takdir yetkisi vardır, fakat idarenin kamulaştırmadan vazgeçme işlemi yaparken meşru bir sebebe dayanması gerekir. Bu meşru sebep, kamulaştırılan malın fiyatının yüksek bulunması olabileceği gibi başka bir taşınmaza ihtiyaç duyulduğunun anlaşılması gibi bir durum da olabilir.⁹

KK'nın 21. maddesinde ifade edilen “*kamulaştırmanın her safhası*” ifadesinin ne anlam ifade ettiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Kamulaştırma işleminde kamu yararı amacıyla taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi hedeflendiği için mülkiyetin idareye geçmesi ile kamulaştırmanın tamamlandığı ifade edilebilir. Bu bakımdan taşınmazın mülkiyeti idareye geçene kadar kamulaştırmadan vazgeçilebileceği söylenebilir. Bununla birlikte taşınmaz idare adına tescil edilse bile kamulaştırma bedelinin kesinleşmediği durumlar olabilir. Bu husus göz önüne alınırsa *kamulaştırmanın her safhası* ifadesi, bedelin kesinleşmesini de içine alacak şekilde yorumlanabilir.¹⁰ Yargıtay uygulamasına göre de idare kamulaştırma işleminden bedeli kesinleşinceye kadar, KK'nın 21. maddesi uyarınca her an vazgeçebilir.¹¹

KK 21. madde uyarınca kamulaştırma işlemi kesinleşinceye kadar idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi mümkündür. Kamulaştırmanın kesinleşmesi idari aşamanın ya da adli aşamanın sonunda gerçekleşmektedir. İdari aşamada kamulaştırmanın ne zaman kesinleştiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre idari aşamada kesinleşme KK 8. maddede belirtilen satın alma usulünün uygulanması ile tarafların anlaşıp, tapuda tescil ya da terkin ile gerçekleşir.¹² Başka bir görüş ise kamulaştırmanın

⁹ Sencer Abdullah Akkoyunlu, “Kamulaştırmadan Vazgeçme: Kamulaştırma Kanunu'nun 21 ve 22'nci Maddelerinin Uygulanması”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 2022, s. 71.

¹⁰ Turan Yıldırım, “Kamulaştırmadan Vazgeçme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 9(101-102), 2013, s. 8; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022, s. 461; İdarenin tek tarafı vazgeçmesinin kamulaştırma bedelinin kesinleşmesine kadar olabileceği yönündeki görüş için bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınları, 2019, s. 1008.

¹¹ Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2008/3290, K. 2008/5580, KT. 28.4.2008; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2005/3565, K. 2005/6251, KT. 14.06.2005; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2005/9374, K. 2005/9579, KT. 20.09.2005; Legalbank, Erişim Tarihi 02.08.2022.

¹² Akkoyunlu, s. 81-97.

satın alma yoluyla yapılması durumunda anlaşma tutanağının düzenlenmiş olmasını kamulaştırmanın kesinleşmesi bakımından yeterli görmektedir.¹³ Kamulaştırmanın adli aşamada kesinleşmesi ise taşınmazın mahkeme kararı ile idare adına tesciline karar verilmesi ile gerçekleşmektedir.¹⁴ Kamulaştırma bedelinin tespitine ve tapu tesciline ilişkin dava karara bağlanmış ve karar kesinleşmiş ise idarenin tek tarafı vazgeçmesi hüküm ifade etmeyecektir.¹⁵

2. Kamulaştırmadan İki Tarafı Vazgeçme

“*Vazgeçme, iade ve devir*” başlığını taşıyan KK'nın 22. maddesi ise idarenin kamulaştırılan taşınmazın eski maliki ya da mirasçıları ile anlaşarak malın geri verilebileceği durumu düzenlemiştir. Buna göre:

“*Kamulaştırmanın (...)⁽³⁾ kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçılarının 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulur. (Değişik ikinci ve üçüncü cümleler: 10/9/2014 - 6552/100 md.) Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçılarının, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz. (Mülga dördüncü cümle: 10/9/2014-6552/100 md.)*

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/100 md.) Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23 üncü maddeye göre geri alma hakları da düşer.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/100 md.) Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz... ”.

KK 22. maddede bahsedilen anlaşma, idarenin teklifi ve mal sahibinin kabulü ile gerçekleşmektedir. Ayrıca KK madde 22'nin uygulanabilmesi için

¹³ Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021, s. 658.

¹⁴ Akkoyunlu, s. 89; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s. 658; Mehmet Ali Gölcüklü/ Burak Şakır, *Kamulaştırma Kanunu Şerhi Fiili ve Hukuki El Atma Davaları*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022, s. 688.

¹⁵ Hasan Özkan, *Açıklamalı- İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı Özel Yasalarla İlgili Davalar-Kamulaştırma*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2015, s. 225.

idarenin taşınmaza ihtiyacının kalmaması ya da kamulaştırılan taşınmazın, kamu yararına yönelik başka bir ihtiyaca da tahsis edilmemesi gerekmektedir.¹⁶

Yargıtaya göre ihtiyaç kalmaması nedeniyle kamulaştırılan taşınmazın başka birisine satılabilmesi için geri alma hakkının olduğuna dair eski maliklere bildirim yapılması gerekir. Aksi halde eski maliklerin geri alma hakkı başlamaz.¹⁷

KK madde 22/3'e göre kamulaştırmadan vazgeçme yoluyla eski malikin taşınmazı geri alma hakkını kullanabilmesi için kamulaştırmanın kesinleşmesinden itibaren beş yıldan fazla sürenin geçmemiş olması gerekir. Diğer bir deyişle 2014 yılında yapılan ek düzenleme ile getirilen bu hüküm, kamulaştırmadan vazgeçme usulünü kamulaştırmanın kesinleşmesinden itibaren beş yıllık süre ile sınırlamıştır.

Doktrinde bir görüş taşınmazın kamu yararına tahsis edilme amacının ortadan kalkması durumunda, her halükârda süre sınırı olmaksızın eski malike bildirilmesi gerektiğini,¹⁸ aksi uygulamanın idarenin kişilerin mülkiyet hakkını meşru olmayan amaçlarla ihlal edebileceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre KK madde 22/3 ile idarenin kamulaştırmadan iki yanlı vazgeçmesi, kamulaştırmanın kesinleşmesinden itibaren beş yıllık süreyle sınırlandırılmıştır. Buna göre beş yıl kamu yararı amacına uygun kullanım gerçekleştikten sonra, idarenin taşınmazı bu amaç dışında kullanımına engel olacak bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle KK'nın 22. maddesinin 3. fıkrasının yürürlükten kaldırılması gerekir.¹⁹

B. Kamulaştırmada Eski Malikin Taşınmazı Geri Alma Hakkı

Kamulaştırılan taşınmazın eski malikin geri alma hakkı KK'nın 23. maddesinde düzenlenmiştir. KK madde 23'e göre:

“Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22 nci maddenin dördüncü fıkrası

uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçuları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir.(1)

Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/100 md.) Birinci ve ikinci fıkroda belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçuları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz.

Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz mal birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmaz malların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek yukarıdaki fıkralar buna göre uygulanır...”.

Bu madde uyarınca kamulaştırılan taşınmazın eski malikin geri alma hakkına ilişkin şartlar şu başlıklar altında incelenebilir:

1. Kamulaştırma Bedelinin Kesinleşmiş Olması

KK'nın 23. maddesinde eski malikin geri alma hakkının doğması için kamulaştırma bedelinin kesinleşmiş olması şartı aranmaktadır. Bununla kamulaştırılan taşınmazla malik arasında mülkiyet ilişkisinin hukuken sona erdiği tarihi belirlemek amaçlanmıştır. Geri alma hakkının doğması için taşınmazla malik arasındaki mülkiyet ilişkisinin ortadan kalkmış olması gerekir.²⁰

Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi ilk olarak idare ile malikin uzlaşmasıyla gerçekleşebilir. KK madde 8/6'da 6745 sayılı Kanun'un 31. maddesi²¹ ile değişiklik yapılmadan önce anlaşma tutanağı düzenlendikten sonra idare adına tapuda ferağ verilmesi üzerine kamulaştırma bedeli ödenmekteydi. Bu halde ferağ tarihinde bedel kesinleşmiş sayılıyordu. 2016 yılında KK madde 8/6'da yapılan düzenleme ile malikin idare adına ferağ vermesi şartı kaldırılmış ve tarafların anlaşmasından sonra kamulaştırılan taşınmazın idare tarafından, resen terkin ya da tescil edileceği düzenlenmiştir. Bu durumda malikin tapuda ferağ vermesi şartının kaldırılmasıyla bedelin

²⁰Eren Solmaz, *Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 59.

²¹RG, T: 07.09.2016, S: 29824.

¹⁶ Yıldırım, s. 13.

¹⁷Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2013/19896, K. 2014/88, KT. 13.01.2014; Legalbank, Erişim Tarihi 02.08.2022.

¹⁸Taşınmazın uzun yıllar kamu yararı amacıyla kullanımından sonra bu amacın ortada kalkması ile idarenin eski malike bildirim yükümlülüğünün devam ettiği yönündeki karar için bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2011/6988, K. 2011/8016, KT. 30.06.2011, Kazancı Hukuk Otomasyon, <https://www.kazanci.com.tr/>, Erişim Tarihi 03.08.2022.

¹⁹ Bkz. Meltem Kutlu Gürsel, *Kamulaştırma Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 464.

hangi anda kesinleşeceği, bir diğer deyişle tarafların bedel hususunda anlaşarak tutanak düzenledikleri anda mı, yoksa tapuda terkin/tescil işleminin yapılması ile mi kesinleşeceği sorusu gündeme gelmektedir.²²

Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre satın alma görüşmelerinin olumlu sonuçlanıp taşınmazın idareye devredilmesiyle, ferağ tarihinde bedel kesinleşmiş sayılır ve geri alma süresi bu tarihten itibaren başlamış sayılır.²³ Diğer görüşe göre anlaşma tutanağının düzenlenmesiyle kamulaştırma bedeli kesinleşmiş olur.²⁴ İdare ile taşınmaz maliki arasında kamulaştırma bedeli konusunda uzlaşma sağlanamazsa bu durumda kamulaştırma bedelinin tespiti için dava açılması gerekir. KK'nın 10. maddesinde açıklanan bu ihtimalde açılan davanın kesinleşmesi²⁵ ile kamulaştırma bedeli kesinleşmiş olur.²⁶ Aynı amaçla kamulaştırılan taşınmazın birden fazla olması durumunda Yargıtay, taşınmazların kamulaştırma bedellerinin kesinleşip kesinleşmediğinin ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğine, kamulaştırma bedeli en son kesinleşmiş olan taşınmaza göre kamulaştırma bedelinin kesinleşme zamanının, diğer bir deyişle beş yıllık sürenin başlangıç zamanının belirleneceğine karar vermiştir.²⁷

2. Bekleme Süresi ve Hakkın Doğumundan İtibaren Başvurma Süresi

KK 23. maddeye göre eski malikin geri alma hakkının doğması için öncelikle beş yıllık bekleme süresinin geçmesi gerekir. Beş yıllık bu süre kamulaştırma bedelinin kesinleşmesiyle başlamaktadır. KK madde 23/1'de belirtilen beş yıllık sürenin bitiminden itibaren, bir diğer deyişle geri alma hakkının doğumundan itibaren KK madde 23/2'de öngörülen bir yıllık süre içerisinde eski mal sahibinin ya da mirasçılarının başvuruda bulunması gerekir.

²²Tuğba Güllü Kışla, "Kamulaştırma Sürecinde (Eski) Malikin Hakları", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 105 ve devamı.

²³Gölcüklü/ Şakır, s. 695.

²⁴Bkz. Kışla, s. 105; Murat Buğra Tahtalı, "Türk Hukukunda Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında İdarenin Sorumluluğunun Eski Malike Yükletilmesi Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (46), 2021, s. 513.

²⁵Davanın taraflardan biri bakımından kesinleşmiş olması yeterli olmayıp tüm taraflar bakımından davanın kesinleşmesi gerekmektedir.; Emrah Özcan, "Kamulaştırmada Mal Sahibinin Geri Alma Hakkı", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 14(31), 2022, s. 47.

²⁶Kutlu Gürsel, s. 452; Gölcüklü/ Şakır, s. 688.

²⁷Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2014/10789, K. 2015 /487, KT. 15.01.2015; Kazancı Hukuk Otomasyon, <<https://www.kazanci.com.tr/>>, Erişim Tarihi 09.09.2022.

Olağanüstü durumlarda bir yıllık sürenin amacına uygun şekilde kullanılmadığının eski malik tarafından öğrenilmesinden itibaren başlayacağı kabul edilmesi, hak arama hürriyeti bakımından daha uygun olacaktır. Aksi yorum hak arama hürriyetinin kısıtlanması anlamına gelebilir.²⁸

Benzer bir başka durum KK'nın 22. maddesinin 4. fıkrasında belirtilmiş olan kamulaştırılan taşınmazın kamu hizmetinin görülmesi maksadıyla başka bir idareye devredilmesi ya da tahsis edilmesi durumunda görülmektedir. Burada da taşınmazı devralan idarenin, taşınmazı süresinde kamu yararı amacına tahsis etmemesi durumunda eski malikin geri alma hakkı doğmaktadır. Bir yıllık süre hak düşürücü nitelikte olduğu için bu sürenin geçirilmesi durumunda geri alma hakkı düşer. Bu süre geçtikten sonra eski malikin idareden bedel, hak ya da tazminat talebi yetkisi bulunmamaktadır.²⁹

10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'la³⁰ KK'nın 23. maddesine 3. fıkra olarak "*Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılmaz.*" fıkrası eklenmiştir. Bu hüküm, yürürlüğe giriş tarihi olan 11.09.2014 tarihi itibarıyla derdest olan, henüz kesinleşmemiş davalar bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda beş ve bir yıllık sürenin dolmuş olması durumunda eski malik tarafından herhangi bir hak talep edilemeyecektir.³¹

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu KK'da belirtilen beş yıllık dava açma süresinin ve bunu takip eden sürenin hak düşürücü sürenin başlangıcına ve bitimine ilişkin olduğunu, dolayısıyla bu sürelerin kamu düzenine ilişkin olduğunu bunların yorumla değiştirilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtaya göre dava hakkının doğması için ilgili taşınmazların kamulaştırma bedellerinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl geçmesi gerekir.³²

²⁸Tahtalı, s. 514; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, fiiliyatta idarenin taşınmaz malı kamulaştırma amacına tahsisine imkân kalmazsa, KK madde 23/1'deki sürenin beklenmesinde hukuki ve fiili yararın ortadan kalkmış sayılacağını ifade etmiştir.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1977/5-381, K. 1979/9, KT. 17.01.1979; Legalbank, Erişim Tarihi 03.08.2022.

²⁹Erkal, s. 982.

³⁰RG, T: 11/09/2014, S: 29116 (Mükerrer).

³¹Kışla, s. 121; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2013/19896, K. 2014/88, KT. 13.01.2014; Legalbank, Erişim Tarihi 02.08.2022.

³²Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1997/5-654, K.1997/878, KT. 05.11.1997; Legalbank, Erişim Tarihi 02.08.2022.

KK'nın 23. maddesine eklenen 3. fıkranın iptali için AYM'ye iptal davası açılmıştır. AYM bu konuda idarelerin süresiz bir şekilde iade ve dava tehdidi altında kalmalarının önlenmesi için iade talebinin belli bir süreyle sınırlanabileceğini, kanunda belirtilen bir yıllık hak düşürücü sürenin, kişilere dava açmak için yeterli düşünme fırsatı verdiğini, bu durumun hak arama hürriyetine ölçüsüz bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceğini, ayrıca bunun hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçeceğini ifade etmiştir ve iptal talebinin reddine karar vermiştir.³³

AYM'nin bu görüşü, gerekçe olarak makul olsa da netice olarak kamu vicdanını rahatsız eden hususları ortadan kaldırmamaktadır. Öncelikle bu sürelerin ne zaman başladığını ne zaman bittiğini tespit edebilmek her zaman kolay olmamakta, nitekim bu husus bedelin adli yolla kesinleşmesi haricinde, çoğunlukla hukuki uzmanlık gerektirmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere doktrinde kamulaştırmanın ve kamulaştırma bedelinin kesinleşme anı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

AYM'nin bir kararında;

*“Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesi zorunlu koşullardandır. Statü hukukuna ilişkin düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanır. Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır.”*³⁴

şeklindeki yorumla somutlaşan “hukuki belirlilik” ve “hukuk devleti” ilkelerinin de bir gereği olarak, “kamulaştırma bedelinin kesinleşme anının” açık bir şekilde KK'da düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır.

Diğer yandan bir yıllık süre içerisinde eski malikin elinde olmayan nedenlerle geri alma hakkını kullanamaması ve idarenin söz konusu taşınmazı kamu yararı amacına tahsis etmemesi durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerekir? Bu durumda dava yoluna başvurmadan başka seçenek kalmamaktadır. Dava süreci ise incelemiş olduğumuz karardaki olayda olduğu gibi gayrimenkul davaları bakımından uzun ve zahmetli bir yoldur. Bu süreç içerisinde eski malikin mülkiyet hakkından yoksun bırakılması, hakkaniyete

ters düşmektedir.

Eski malikin geri alma hakkının doğumu ve bitimi konusunda, idarenin sürekli olarak dava tehdidi altında kalmaması için belirli sürelerin getirilmesi makul görülse bile en azından bu sürelerin başlangıcının eski malik bakımından netleştirilmesinde fayda vardır. Bu nedenle KK madde 23'te belirtilen bu düzenlemelere, KK madde 22/1'de idareye yüklenmiş olan *eski malike bildirim yükümlülüğünün* eklenmesi, bir yıllık geri alma hakkının idarenin bildirim tarihinden itibaren başlatılması yerinde olacaktır. Böylelikle, eski malik bakımından taşınmazı geri alma hakkının başlangıcı netleşir. Bu durumda sürelerin başlangıç karmaşasından kaynaklanacak muhtemel hak kayıplarının önüne geçilmiş olur.

3. Haklı Nedenler

Eski malikin geri alma hakkının doğabilmesi için KK'da öngörülen haklı nedenlerin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. KK madde 23/1'e göre “kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa” eski malikin geri alma hakkı ortaya çıkacaktır. Kamulaştırılan taşınmaz kamulaştırma amacı haricinde kamu yararı amacına yönelik başka bir gereksinim için kullanılmakta ise eski malikin geri alma hakkı doğmaz.³⁵

Eski malikin geri alma hakkı kapsamında Yargıtay, idarenin “işlem veya tesisat yapma” durumunu geniş yorumlamaktadır.³⁶ Sadece tesisin yapılıp yapılmadığının incelenemeyeceğini, bunun yanı sıra bu amacı gerçekleştirmek üzere yapılan idari hazırlıkların, yazışmaların, bu kapsamda yürütülen işlemlerin de *işlem ya da tesisat yapma* kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁷ Görüldüğü üzere Yargıtayın geri alma hakkı kapsamındaki bu genişletici yorumu, eski malikin geri alma hakkının uygulama alanını daraltmaktadır.

³⁵ Kutlu Gürsel, s. 452; AYM bir kararında yeşil alan ve yol olarak kullanılması için terk edilen taşınmazların, kısa süreliğine terk amacına uygun kullanımından sonra terk amacına aykırı olarak buralarda cami ve belediye hizmet binası yapılmasını, mülkiyet hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir.; Bkz. AYM, B. No: 2019/2755, KT. 29.12.2021.

³⁶ Gölcüklü/Şakır, s. 697.

³⁷ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2015/17361, K. 2015/18684, KT. 17.12.2015; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1997/5-654, K.1997/878, KT. 05.11.1997; Legalbank, Erişim Tarihi 02.08.2022.

³³ AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, KT. 14.5.2015.

³⁴ AYM, E. 2003/67, K. 2003/88, KT. 18.10.2003.

Aşağıda da ifade edileceği üzere, çalışma konumuz olan AYM kararına konu olan olayda Yargıtay, davalı idarenin kamu yararına tahsis amacıyla çeşitli yazışmalar ve başvurular yaptığını, bu nedenle eski malikin geri alma hakkının doğmadığını belirtmiştir. Bu noktada Yargıtayın bu yorumunun kamu yararına tahsis amacının hukuki ya da fiili imkânsızlık nedeniyle gerçekleşmemesi durumunda, uygulamada sorunlara neden olduğu görülmektedir.

KK madde 23/5'e göre "Özel kanunlarda bu maddenin uygulanmayacağına ilişkin hükümler saklıdır. 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanunu'na dayanılarak yapılan kamulaştırmalarda ve bu Kanununun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda bu madde hükmü uygulanmaz."³⁸

Geri alma hakkının bir şartı olarak, eski malikin almış olduğu bedeli yasal faizi ile geri vermesi gerekmektedir.³⁹

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN 2019/4794 BAŞVURU NUMARALI KARARI

AYM'nin 18/1/2022 tarihli ve 2019/4794 başvuru numaralı kararı; olay, ilgili hukuk, hukuki sorunun tespiti, AYM'nin konuya ilişkin değerlendirmesi ve kararı şeklinde tahlil edilecektir.

A. Olay

Davalı idare olan belediye tarafından, İstanbul'da bir cemaat vakfına (başvurucuya) ait olan bir kısım taşınmazlar 28.12.1995 tarihinde, yol genişletme amacıyla kısmen ya da tamamen kamulaştırılmıştır. Belediye, kamulaştırma bedeli olarak eski Türk Lirası (TL) birimi ile 1.659.350 TL

³⁸ 6001 Sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Hizmetleri Hakkında Kanun'un 22. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme ile 775 sayılı Gecekondu Kanunu'nun 40. maddesindeki düzenleme eski malikin geri alma hakkına istisna olarak örnek gösterilebilir. AYM, Gecekondu Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenen bu istisnanın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. AYM'ye göre "geri alma hakkını engelleyen böyle bir düzenleme yine kamu yararının gerçekleşmesi amacı ile getirilmektedir"; Bkz AYM, E. 1992/22, K. 1992/40, KT. 17.6.1992.

Diğer yandan geri alma hakkına bir diğer istisna kısmen kamulaştırmayı düzenleyen KK madde 12'de görülmektedir. KK madde 12/4'te belirtilen hallerde, "...Bu suretle kamulaştırılan mücavir taşınmaz mallar hakkında 22 nci ve 23 üncü maddeler uygulanmaz..." şeklinde düzenleme yapılmış, bunlara ilişkin olarak geri alma hakkının kullanılamayacağı belirtilmiştir.

³⁹Eski malikin geri alma hakkını kullanırken almış olduğu bedeli yasal faiziyle ödemek durumunda kalmasının hakkaniyetle bağdaşmadığı yönündeki görüş için bkz. Tahtalı, s. 519.

takdir etmiş olsa da 02.07.1996'da belediye ve ilgili vakıf arasında sözleşme imzalanarak kamulaştırma bedeli eski TL birimi ile 1.000.000.000 TL olarak belirlenmiştir. Sözleşmede başvurunun, kamulaştırma işleminin iptali ve bedelinin artırılması konusunda idari ve adli başvuru yollarına başvurmayacağı kararlaştırılmıştır. Bu sözleşmenin eki niteliğindeki diğer sözleşme uyarınca belediye, "Yıkılacak dükkanların yerine 65,70 m² alanında tek katlı dükkân" yapma ve bir kısım taşınmazlarda da tadilat yapma borcu altına girmiştir. Sözleşmenin devamında bu işlerin kamulaştırma bedeli karşılığında yapılacağı belirtilmiş, sözleşmenin sonunda "Bu sözleşme Belediye ile Kilise arasında imzalanan 2/7/1996 tarihli sözleşme ekidir. Bu sözleşmede yazılı işler Belediye tarafından yapılmazsa diğer sözleşme geçersiz olacaktır." ifadesi belirtilmiştir.⁴⁰

İlerleyen süreçte taşınmazların bulunduğu bölge, 10/4/1997 tarihli kararla "Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Bölge Müdürlüğüne (Koruma Kurulu)" kentsel sit alanı olarak tespit edilmiş, taşınmazların üzerindeki yapılar kültür varlığı olarak tescil edilmiştir. Belediyenin bu konuda yapmış olduğu gözden geçirme talebi kabul edilmemiştir. Koruma Kurulu, 8/6/2000 tarihli kararında mevcut yolun ana trafik arteri açılana değin araç yolu olarak kullanılabilmesine, fakat ileride yaya yolu olarak kullanılmasına karar vermiştir.⁴¹

Başvurucu, belediyenin sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasıyla tapuda ferağ yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bunun üzerine belediye 11.04.2006'da KK'nın 17. maddesi uyarınca ilgili taşınmazların belediye adına tescili için Kartal 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Dava neticesinde taşınmazların belediye adına tesciline karar verilmiş ve bu karar 21.01.2008'de kesinleşmiştir. Bunun üzerine ilgili taşınmazlar belediye adına tescil edilmiştir.⁴² Bu süreçte başvuru kamulaştırma işleminin iptali için 2007 yılı içerisinde dava açmış, fakat açılan dava süre aşımı nedeniyle 22.04.2008'de reddolunmuştur.⁴³ Bu zaman zarfında Koruma Kurulu çeşitli tarihlerde verdiği kararlarla taşınmazların niteliğinde değişiklik yapılmamasına karar vermiştir. Koruma Kurulu 13.1.2010 tarihinde; "2 parsel sayılı taşınmazda bulunan ihata duvarının 4, 5 ve 6 parsel sayılı

⁴⁰ AYM, B. No: 2019/4794, p. 11.

⁴¹ AYM, B. No: 2019/4794, p. 13.

⁴² AYM, B. No: 2019/4794, p. 14.

⁴³ AYM, B. No: 2019/4794, p. 15.

taşınmazlardaki dükkân ve müstemilatların korunması gerekli kültür varlığı olarak tesciline karar vermiştir.”⁴⁴

Başvurucu, Koruma Kurulunun 13.01.2010 tarihli kararını gerekçe göstererek ilgili yolun genişletilmesinin mümkün olmadığını, bu nedenle kamulaştırma işleminden vazgeçilmesini ve taşınmazların iade edilmesini talep etmiştir. Başvurucu 04.09.2014 tarihinde tekrar davalı belediyeye müracaat etmiş, davalı belediye 17.10.2014 tarihli yazıyla KK'nın 23. maddesindeki zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesiyle talebi reddetmiştir.⁴⁵

Başvurucu, 7.4.2015 tarihinde İstanbul Anadolu 13. Asliye Hukuk Mahkemesinde tapu iptali ve tescil davası açmıştır. Yerel mahkeme tapu iptali ve tescil davasını, süresinde açılmadığı gerekçesiyle usulden reddetmiştir.⁴⁶ Verilen karar Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından onanmıştır. Yargıtay tarafından yapılan esas incelemesinde Yargıtay, davalı idarenin Koruma Kuruluna yapmış olduğu başvuruların ve buna verilen yanıtların kamulaştırma amacına yönelik işlem olduğunu kabul ederek, taşınmazların iade şartlarının oluşmadığına karar vermiştir. Karar düzeltme talebinin de reddi üzerine⁴⁷ başvuru 08.02.2019'da mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AYM'ye bireysel başvuruda bulunmuştur.⁴⁸

B. İlgili Hukuk

AYM'nin kararında ilgili hukuk olarak KK'nın 23. maddesi ifade edilmiştir.⁴⁹ KK'nın 23. maddesinde “*Mal sahibinin geri alma hakkı*” düzenlenmiş olup, yukarıda değinildiği için bu madde burada yinelenmeyecektir.

C. Hukuki Sorun

AYM'ye bireysel başvuru özelinde hukuki sorun, başvuru sahibinin mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği sorundur. Yerel mahkeme aşamasında hukuki sorun eski malikin geri alma hakkının doğup doğmadığı, kamulaştırmadan vazgeçme koşullarının var olup olmadığı meselesidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kamulaştırılan taşınmaz hakkında eski malikin mülkiyet hakkı, uzun yıllar AYM'nin kararlarına konu olmuş, bu

konuda AYM mülkiyet hakkını koruyucu istikrarlı içtihat oluşturmuştur.⁵⁰ AYM, çalışma konumuzu teşkil eden başvuruda yaptığı incelemede, eski malikin geri alma hakkının doğup doğmadığına ya da kamulaştırmadan vazgeçme şartlarının oluşup oluşmadığına ilişkin olarak hukuki değerlendirme yapmamıştır.

Yerel mahkemede ve temyiz aşamasında, KK'da düzenlenen geri alma hakkının şartlarının oluşup oluşmadığı tartışılmıştır. Bu çerçevede yerel mahkeme, geri alma hakkının kullanılabilmesi için öngörülen sürelerin geçtiğini ifade etmiştir. Yargıtay ise eski malikin geri alma hakkının kullanımı için aranan bir şart olan “*taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması*” noktasında davalı idarenin kamu yararı amacına tahsis girişimleri olması hasebiyle bu şartın gerçekleşmediğini ifade etmiştir.

Kamulaştırmanın yapıldığı anda kamu yararı şartı var olmakla birlikte, daha sonra ortaya çıkan hukuki imkânsızlık nedeniyle kamu yararını gerçekleştirmek mümkün olmamıştır. Bu durumda, idarenin kamulaştırdığı taşınmazı eski malikine iade etmesi ya da bu safhada kamulaştırmadan vazgeçmesi mümkün müdür, bu hususun tespiti önem taşımaktadır.

D. Anayasa Mahkemesinin Konuya İlişkin Hukuki Değerlendirmesi

AYM kabul edilebilirlik bakımından yaptığı hukuki değerlendirmede, başvurunun kabul edilebilirliği konusunda “*Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna*” karar vermiştir.⁵¹

AYM esas incelemesinde ise eski malikin mülkiyet hakkının ihlal edildiğine, ayrıca söz konusu olayda mülkiyet hakkının ihlalinin neticelerinin ortadan kaldırılması bakımından yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu gerekçesiyle, yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir. Başvurucu, yapılan işlemlerin aynı zamanda ayrımcılık yasağına aykırılığını iddia etse de bunu yeteri kadar temellendirmediği için AYM bu kapsamda

⁴⁴ AYM, B. No: 2019/4794, p. 16.

⁴⁵ AYM, B. No: 2019/4794, p. 19.

⁴⁶ AYM, B. No: 2019/4794, p. 18-20.

⁴⁷ AYM, B. No: 2019/4794, p. 22-23.

⁴⁸ AYM, B. No: 2019/4794, p. 25.

⁴⁹ AYM, B. No: 2019/4794, p. 25.

⁵⁰Örneğin bkz. AYM, B. No: 2019/40353, KT. 28/6/2022; B. No: 2019/39522, KT. 28/6/2022; B. No: 2016/13545, KT. 23/10/2019; B. No: 2019/17968, KT. 29/6/2022; AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, 14/05/2015; B. No: 2015/6845, KT. 31/10/2018; AYM, B. No: 2013/6151, 21/4/2016; AYM, E.1993/8, K. 1993/31, KT. 22.9.1993; Bu konuda Danıştayın da çeşitli kararları vardır. Örneğin, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2007/2255, K. 2012/801, KT. 24.05.2012; Legalbank, Erişim Tarihi 02.08.2022.

⁵¹AYM, B. No: 2019/4794, p. 37

inceleme yapmamıştır.⁵²

AYM mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin değerlendirmesini kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkesi bakımından yapmıştır.

1. Kanunilik ve Meşru Amaç Değerlendirmesi

AYM mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğini incelerken, öncelikle söz konusu müdahalenin kanuna dayanıp dayanmadığını incelemektedir. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin öncelikle kanuna dayanması gerekir, kanuna dayanma ölçütü gerçekleşmezse, diğer ölçütlere bakmaya lüzum olmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayalı olduğunun kabul edilebilmesi için iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların olması gerekir.⁵³

Mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanuna dayanması, hak sahipleri bakımından güvence sağlar. Kanun, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin iç hukuktaki dayanağını oluşturur ve bunun usulünü belirler. Bu nedenle kanunilik ilkesi mülkiyet hakkının sınırlanması konusundaki keyfiliğin engellenmesinde kullanılan bir vasıtaadır. Kanunla sınırlama, şekli ve organik anlamda kanunu ifade etmekte olup, kanunun öngörmediği bir sınırlama yürütmenin düzenleyici işlemi ile getirilemez.⁵⁴ “*Bununla beraber kanunla düzenleme zorunluluğu, hakka yapılacak müdahalenin uygulanmasının kanun çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi yürütme organının çıkardığı ikincil düzenlemelerle yapılmasına mani değildir.*”⁵⁵

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlemiş olan mülkiyet hakkı, sınırsız bir hak olmayıp bu hak kamu yararını sağlamak amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Diğer yandan bu hakkı sınırlarken temel hakların ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin genel kuralları düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de göz önünde tutulması gerekir. Bu kapsamda mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanuna dayanarak, kamu yararı amacıyla ve ayrıca ölçülülük

ilkesine uygun olarak yapılması gerekir.⁵⁶

Söz konusu olayda başvuru ile davalı belediye arasında imzalanan 02.07.1996 tarihli sözleşmenin hükümlerine uyulmaması, kamulaştırma işleminin kanuni dayanağını ortadan kaldırmamaktadır. Kamulaştırma işleminin hukuki sebebi, taraflar arasında imzalanan bu sözleşme değildir. Belediye tarafından yol genişletmek için alınan ve kamu yararını gerçekleştirmek amacı taşıyan karar, kamulaştırma işleminin hukuki sebebinin oluşturmaktadır. Bu nedenle sözleşme koşullarının yerine getirilmemesi, kamulaştırma işlemi hukuki dayanaktan yoksun hale getirmemektedir.⁵⁷

AYM'ye göre mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin aynı zamanda meşru amaca dayanması gerekir. Söz konusu olayda, kamulaştırma işlemi yol genişletme amacıyla yapıldığı için meşru amaç olan kamu yararı amacıyla yapılmıştır. Bununla birlikte AYM meşru amaç unsurunu müdahalenin ölçülülüğüyle birlikte sorgulamıştır.⁵⁸

AYM'ye göre kamulaştırma tarihinde kamu yararı kararının soyut olarak bulunması kural olarak yeterli değildir; kamu yararının somut olarak gerçekleşmesi de beklenmektedir.⁵⁹ Kamu yararı kavramı, idarenin takdir yetkisini de içeren bir kavram olup, objektif bir tanıma elverişli olmayan, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir ölçüttür.⁶⁰ Kamulaştırma işleminde bireylerin rızası dışında mülkiyet haklarından yoksun bırakılması söz konusu olduğu için sadece somut bir kamu yararının varlığı durumunda Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerine uygunluktan söz edilebilir. Bu nedenle istisnai durumlar dışında kamulaştırma işleminin gelir elde edilmesi ya da özel kişilere menfaat sağlanması gibi amaçlarla kullanılması, kamu yararına dayanan meşru bir amacın bulunmadığını göstermektedir. Diğer yandan kamulaştırılan taşınmazın makul kabul edilemeyecek bir süre kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması, mülk sahibinin taşınmazın zaman içerisinde getireceği artı değerlerden yoksun bırakılması,

⁵⁶ AYM, B. No: 2019/4794, p. 42; B. No: 2014/1546, KT. 2/2/2017, p. 62

⁵⁷ AYM, B. No: 2019/4794, p. 44.

⁵⁸ AYM, B. No: 2019/4794, p. 46-47.

⁵⁹ Benzer açıklamalar için bkz. AYM, B. No: 2013/6151, KT. 21/4/2016, p. 65.

⁶⁰ AYM, B. No: 2019/2755, KT. 29.12.2021, p. 38; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kamu yararı kavramını tanımlamaktan kaçınmakta, hangi durumların kamu yararına olduğu konusunda devletlere geniş bir takdir alanı bırakmaktadır.; Suat Şimşek, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, *Sayıştay Dergisi*, (88), 2013, s. 35.

⁵² AYM, B. No: 2019/4794, p. 32 ve 33.

⁵³ AYM, B. No: 2019/4794, p. 43

⁵⁴ Mehmet Emin Akgül, “Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı ile İmtihani- Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), 2021, s. 1402.

⁵⁵ AYM, B. No: 2012/1246, KT. 06/02/2014; B. No: 2013/1436, KT. 06/03/2014.

eski malike aşırı bir külfet yüklemektedir.⁶¹

2. Ölçülülük Değerlendirmesi

Temel hakların ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılan kriterlerden biri olan ölçülülük ilkesi, tarihsel süreç içerisinde siyasi ve sosyal sebeplerle ortaya çıkmış bir ilkedir.⁶² Ölçülülük ilkesi, temel hakları ve özgürlükleri yasama organına karşı koruyup, yasama organının takdir yetkisini sınırlayan ilkelere birisidir. Sınırlama alanına ne ölçüde sınırlama ile ulaşılabileceğinin tespiti bu ilke ile yapılabilir. Bu ilke, sınırlama amacına ulaşılabilmesi için gereken ölçünün aşılmamasını sağlar. Bir diğer deyişle ölçülülük ilkesi sınırlamayla hedeflenen amaca ulaşmak için temel hakların ve özgürlüklerin ne ölçüde sınırlandırılmasının yeterli olacağını belirler.⁶³

Ölçülülük ilkesi Türk hukuk sisteminde daha önce AYM kararlarında kullanılmış olsa da ilk olarak 2001 yılı Anayasa değişikliği ile temel hakların ve özgürlüklerin genel sınırlama sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiştir.⁶⁴ Ölçülülük ilkesinin mevzuatta yapılmış bir tanımı bulunmayıp, bu ilke AYM'nin ifadesi ile *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* ilkelerinden oluşmakta olup;

*“Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.”*⁶⁵

AYM mülkiyet hakkının sınırlandırılması konusunda vermiş olduğu bir kararda, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrasına istinaden mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar

⁶¹ AYM, B. No: 2019/4794, p. 52.

⁶² Seher Tuncel, *Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkına Etkisi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 108.

⁶³ Yüksel Metin, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2017, s. 3-4.

⁶⁴ Tuncel, s. 108.

⁶⁵ AYM, B. No: 2019/2755, p. 41; AYM, E. 2011/111, K. 2012/56, KT. 11/4/2012; AYM, E. 2014/176, K. 2015/53, KT. 27/5/2015; AYM, E. 2016/13, K. 2016/127, KT. 22/6/2016; AYM, B. No: 2013/817, KT. 19/12/2013.

vermiştir. Arsaların ve arazilerin yüzölçümünde meydana gelecek azalma en çok %35⁶⁶ ile sınırlandırıldığı için ortaya çıkan değer artışı nedeniyle, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine uygun bir sosyal dengenin oluştuğunu ifade etmiştir. İlgili hüküm kişinin ve toplumun yararına olduğu, imara uygun yapılaşma sağlandığı için AYM bu hükmü hukuk devleti ilkesine uygun bulmuştur.⁶⁷

AYM'ye göre kamulaştırılan taşınmazlar hakkında kamu yararı amacına aykırı hukuki işlemlerde ve tasarruflarda bulunulmasının yanı sıra bu taşınmazların, makul bir süre geçtiği halde kamu yararı amacı çerçevesinde kullanılmaması da mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturmaktadır. Kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı amacına tahsis edilmemesi⁶⁸ ve zaman içerisinde mülkte meydana gelen artı değerden mülk sahibinin yararlandırılmaması, esasında taşınmazın gerçek değerinden kamulaştırılmasına engel olmaktadır.⁶⁹

Başvuru konusu olayda AYM, davalı idarenin konuya ilişkin başvurularını ve Koruma Kurulu kararlarını, kamu yararı amacına tahsis işlemi kapsamında kabul etmemiştir. AYM'ye göre taşınmazlar hakkında Koruma Kurulu ile yazışmaların yapılmış olması, kamulaştırılmasından kısa bir zaman sonra kamulaştırma amacı kapsamında kullanılmasının önünde hukuki engellerin olduğu anlaşılan taşınmazların, kamu yararına tahsis edilmeksizin belediyenin elinde tutulmasına haklı gerekçe oluşturmamaktadır. Kamu makamları, kamu

⁶⁶ Bu oran günümüzde %45 olarak yürürlüktedir. 3194 sayılı İmar Kanunu madde 18/2: “Belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtım sırasında bunların yüzölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme alanındaki nüfusun kentsel faaliyetlerini sürdürebilmeleri için gerekli olan umumi hizmet alanlarının tesis edilmesi ve düzenleme dolaşımıyla meydana gelen değer artışları karşılığında “düzenleme ortaklık payı” olarak düşülebilir. Ancak, bu maddeye göre alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüzölçümlerinin yüzde kırk beşini geçemez.”; RG, T: 9/5/1985, S: 18749; Bu maddede belirtilen %45 oranının, neredeyse malın malikin elinden çıkmasına sebep olduğu, bu durumun malike güvensiz bir ortam oluşturduğu yönündeki görüş için bkz. Tuncel, s. 69.

⁶⁷ AYM, E. 1990/7, K. 1990/11, KT. 21.6.1990.

⁶⁸ Danıştay bir kararında, kamulaştırılması gereken taşınmazın kamulaştırılmayarak taşınmaz mülkiyetinin davacılar üzerinde bırakılmasını ve bedelinin ödenmemesini, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir hareket olarak değerlendirerek, taşınmazların süregelen şekilde kullanılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyumlayıp bu hakkın sınırlandırılması anlamına geldiğini ifade etmiş ve idari işlemin iptali gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Danıştay 6. Dairesi, E. 2013/8402, K. 2014/1124, KT. 18.02.2014; Legalbank, Erişim Tarihi 07.09.2022.

⁶⁹ AYM, B. No: 2019/4794, p. 53.

yararı amacına tahsis konusunda makul bir süre içerisinde hareket etmekle yükümlüdürler. Aksi halde kamulaştırılan taşınmazlardan bir kısmının kamulaştırma amacına ya da kamu yararına aykırı kullanılmasının önü açılacak ve bu taşınmazların sadece gelir elde etmek için kullanılması kaçınılmaz hale gelecektir.⁷⁰

Sonuç olarak AYM, dava tarihine kadar yirmi yıl geçtiği halde dava konusu taşınmazların kamu yararına tahsisinin sağlanmadığını, bu zaman süreci içerisinde kamulaştırma bedeli ile ilgili taşınmazların değer artışı arasındaki fark dikkate alındığında, başvuruçunun mülkte meydana gelen artı değerden yoksun kaldığını, başvuruçunun uğradığı bu zararın tazmin de edilmediğini, bu nedenle başvuruçunun mülkiyet hakkına müdahale nedeniyle aşırı ve olağandışı bir külfet altında kaldığını, kamu yararı ile başvuruçunun mülkiyet hakkı arasındaki adil dengenin başvuruçuyu aleyhine bozulduğunu ifade etmiştir.⁷¹

AYM, “İncelenen başvuruda başvuruçunun kamulaştırılan taşınmazlarının kamulaştırma veya kamu yararı amacına uygun kullanılmadığının açık olmasına rağmen iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna” ulaşmış olup,⁷² başvuruçunun mülkiyet hakkı ihlal edildiği için yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.⁷³

Taşınmazlara idare tarafından el atılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası zaman zaman AİHM’in de gündemine gelmektedir. AİHM, mülkiyet hakkına yapılan müdahaleleri incelerken “üç kural analizi” olarak adlandırılan bir metotla inceleme yapmaktadır. Bu ilkelere ilk defa Sporrong ve Lönnroth/ İsveç davasında 23.09.1982 tarihli kararda ana hatlarıyla değinilmiştir. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek 1 numaralı Protokolü’nün 1. maddesi kapsamında bir ihlalin olup olmadığını incelerken ilk olarak, bu bölüm çerçevesinde kalan bir mülkiyet hakkının var olup olmadığını incelemektedir. İkinci olarak bu mülkiyete yönelik bir müdahalenin yapıp yapılmadığını incelemekte, üçüncü olarak ise müdahalenin niteliğini

incelemektedir. Bu kurallardan birincisi mülkiyet hakkına saygı gösterilmesi ilkesini, diğeri mülkiyetten yoksun bırakmayı ve bunun bağlı olduğu birtakım koşulları ifade ederken, üçüncüsü ise devletlere kamu yararına uygun olan ve buna ulaşmak maksadıyla gerekli gördükleri kanunları yürürlüğe koyup, mülklerin kullanımını düzenleme hakkı vermektedir.⁷⁴

AİHM, mülkiyet hakkının kamu gücü tarafından ihlali kapsamında “kamu yararının gerekleri ile başvuruçunun temel haklarının korunması arasında hüküm sürmesi gereken adil dengenin gözetilip gözetilmediğini”⁷⁵ incelemektedir. AİHM, taşınmazın imar planında kamu hizmetine ayrılması ve buna dayanarak idarenin herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın belirsiz bir şekilde herhangi bir tarihte taşınmazı kamulaştırmaya yetkili olması durumunun, mülkiyet hakkının kullanımını belirsizleştirdiğine ve mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirdiğine, kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki adil dengenin bozulduğuna hükmetmektedir.⁷⁶

AİHM Sporrong ve Lönnroth/ İsveç kararında, imar planında umumi ve resmi hizmet alanlarına ayrılmış olan taşınmazlar hakkında verilen kamulaştırma izinlerini birinci kural kapsamında mal ve mülk dokunulmazlığının ihlali kapsamında değerlendirmiş,⁷⁷ taşınmazların uzun süreli kamulaştırmaz hukuki el atma nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine, mülkiyet hakkının tanıdığı tüm imkanların kullanılması kısıtlanarak hakkın özüne dokunulsa da mülkiyet hakkının devam ettiğine, fakat kamu yararıyla mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulması nedeniyle tazmine karar vermiştir.⁷⁸

Benzer şekilde AİHM Keçecioglu ve diğerleri/ Türkiye davasında, kamulaştırma yapılmasına rağmen yirmi yıl gibi uzun bir süre taşınmazın kamu yararı amacına tahsis edilmeyişini, bunun kolay kolay gerçekleşmesinin mümkün görünmeyişini de göz önünde tutarak, bu zaman zarfında taşınmazın değerinde meydana gelen artıştan başvuruçuların mahrum bırakılmasını,

⁷⁴ Yasemin Ünğan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma*, 1. Baskı, Legal Yayınları, 2021, s. 55; Şimşek, s. 28-29.

⁷⁵ AİHM, Hakan Arı/ Türkiye, B. No: 13331/07, KT. 11.1.2011; Legalbank, Erişim Tarihi 07.09.2022.

⁷⁶ AİHM, Sporrong ve Lönnroth/ İsveç, B. No: 7151/75, KT. 23.9.1982; Hakan Arı/ Türkiye, B. No: 13331/07, KT. 11.1.2011; Aktaran Erkal, s. 976-977.

⁷⁷ Şimşek, s. 41.

⁷⁸ AİHM, Sporrong ve Lönnroth/ İsveç, B. No: 7151/75, KT. 23.9.1982; Aktaran Erkal, s. 977.

⁷⁰ AYM, B. No: 2019/4794, p. 55.

⁷¹ AYM, B. No: 2019/4794, p. 56; Benzer bir şekilde AYM’nin B. No. 2019/2755, 29.12.2021 tarihli kararında AYM, “Şarhı olarak terk edilen/bağışlanan taşınmazların terk amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı hususunda ilgili ve yeterli gerekçe belirtilmeden karar verilmesi nedeniyle başvuruçunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.”

⁷² AYM, B. No: 2019/4794, p. 63.

⁷³ AYM, B. No: 2019/4794, p. 57-64.

kişinin yararı ile kamu yararı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulması olarak değerlendirmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ifade ederek, tazmine karar vermiştir.⁷⁹

III. DEĞERLENDİRME

Öncelikle AYM'nin hukuki değerlendirmesinin isabetli olduğunu ve mülkiyet hakkının ölçüsüz bir şekilde ihlal edildiği yönündeki değerlendirmesine katıldığımızı belirtmemiz gerekir. AYM kararında belirtildiği üzere somut olayda başvuru yirmi yıl gibi uzun bir süre mülkiyet hakkından yoksun kalması, bu zaman zarfında taşınmazın kamu yararına tahsis edilmeyişi ve taşınmazın değerinde meydana gelen artıştan mahrum kalması göz önünde tutulduğunda, başvurucuya aşırı bir külfet yüklenmesi ve mülkiyet hakkının ölçüsüz bir şekilde ihlali anlamına gelir.

AYM, söz konusu kararda yeterli ve tatmin edici açıklamalarda bulunduğu için konuyu mülkiyet hakkının ihlali bakımından yeniden değerlendirmeye kanımızca lüzum bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hukuki uyumsuzluğun yirmi sene gibi bir süre çözümsüz kalmasında -bir nevi etkisi olan- KK'nın 22. ve 23. maddeleri bakımından değerlendirilmesinde yarar görünmektedir.

KK'nın 22. maddesi içerik olarak idareye yükümlülük getirirken, 23. maddesi eski malike hak tanımaktadır. KK 22. madde taşınmazın kamulaştırma amacına ya da kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsisine gerek kalmaması durumunda idareye, taşınmazın eski malikine bu durumu bildirme yükümlülüğü getirmiştir. KK 23. madde ise idarenin kamu yararına veya kamulaştırma amacına yönelik tahsis iradesi devam etmekle birlikte, bunu gerçekleştirmeye yönelik herhangi bir işlem ya da tesisat yapılmayarak, taşınmazı olduğu gibi bırakması durumunda, eski mal sahibine taşınmazı geri alma yetkisi tanımıştır.⁸⁰

KK 23. madde uyarınca taşınmazların geri alınabilmesi için bu taşınmazlar üzerinde idare tarafından herhangi bir işlem tesis edilmemesi gerekir. Bu şart söz konusu somut olay bakımından tartışılabilir. Davalı idare çeşitli defalar taşınmazların kamu yararı amacına tahsisi için Koruma Kuruluna başvuruda bulunmuş, fakat olumsuz sonuç almıştır. İlgili taşınmazların sit koruma alanı

içerisinde kaldığının cevaben ifade edilmesinden sonra ortada bir “*hukuki imkânsızlığın*” olduğu açığa çıkmıştır. Bu aşamada idarenin kamu yararına tahsis yönünde hareketinin olduğu, ama tahsis neticesinin gerçekleşmediği söylenebilir.

Kamulaştırma ve devir amacına uygun işlem tesis etmeyen idarenin bu konuda kusurlu olup olmaması KK'nın 23. maddesine göre önem taşımamaktadır. Kamulaştırma amacına uygun işlem yapılamamasının nedeni idarenin kendi kusurlu davranışı olabileceği gibi idarenin haricinde birtakım dış faktörlerin etkisiyle de kamulaştırma amacına uygun işlem yapılamamış olabilir. Eski malikin geri alma hakkının doğması bakımından ikisi arasında bir fark bulunmamaktadır.

Somut olayda davalı idarenin Koruma Kuruluna başvurularını KK'nın 23. maddesinin lafzına uygun hareketler olarak değerlendirmek mümkündür. Fakat bu maddeyi sırf lafzı ile uygulamak, söz konusu olayda hakkaniyete uygun düşmeyebilir. Her ne kadar kamu yararının gerçekleşmemesinde davalı idarenin kusuru olmasa da bundan sonraki aşamalar bakımından idare kendisinden beklenen davranış tarzına uymamıştır. Bu aşamada kamu yararı amacının gerçekleşmeyeceğinin ortaya çıkması ile kamulaştırmadan vazgeçme seçeneğini kullanması, haklı beklenti ilkesi bağlamında davalı idareden beklenen davranış tarzıdır. Buna rağmen davalı idare kamulaştırmadan vazgeçme yoluna gitmemiş, geri alma konusunda ise süre itirazında bulunmuştur.

Temyiz incelemesinde Yargıtay, davalı idarenin bu husustaki Koruma Kuruluna başvurularını, kamulaştırma amacına yönelik işlem tesisi olarak değerlendirmiştir. AYM ise davalı idarenin Koruma Kuruluna başvurularını, kamulaştırma amacına yönelik tesis edilmiş işlem kapsamında değerlendirmemiştir.

Diğer yandan somut olay bakımından geri alma için başvuru sürelerinin ne zaman başladığını ne zaman tamamlandığını tespit etmek, ilk etapta kolay görünmemektedir. Tarafların anlaşarak uzlaşma tutanağı düzenlemesi, ilerleyen süreçte idarenin kamulaştırma bedelini bloke etmesi, başvuru vermemesi, tescil davası ile taşınmazın idare adına tescili, başvuru bu süreçte idareye başvuruları ve açılan davalar gibi hususlar düşünüldüğünde kamulaştırma bedelinin kesinleşme anını, geri almada öngörülen sürelerin başlangıcını ve bitimini tespit etmek, uzmanlık isteyen hususlar olarak değerlendirilebilir. Bu durumda ilgililerin geri alma başvuru süresini kaçırarak

⁷⁹ AİHM, Keçecioglu ve diğerleri/Türkiye, B. No: 37546/02, KT. 8.4.2008; Legalbank, Erişim Tarihi 03.08.2022.

⁸⁰ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2013/19896, K. 2014/88, KT. 13.01.2014; Legalbank, Erişim Tarihi 02.08.2022.

hak kaybına uğraması muhtemel görünmektedir.

Somut olayda kamulaştırmadan vazgeçmeyi düzenleyen KK'nın 22. maddesi de eski malikin taşınmaz mülkiyetini geri kazanmasına hukuki dayanak olarak ileri sürülebilir. İdarenin kamulaştırmadan vazgeçme konusunda takdir yetkisine sahip olup olmadığı konusunda doktrinde bir görüş KK'nın 22. maddesinin taşınmaza ihtiyaç kalmaması durumunda idareye takdir yetkisi tanımadığını belirtmektedir. İdare taşınmaza ihtiyaç kalmaması durumunda taşınmazın sahibine ya da mirasçılara duyuru yapmalıdır.⁸¹

Onar'a göre kamulaştırma işleminin dayandığı sebebin gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde kamulaştırma işlemi de geçersiz hale gelir. Bu durumda idarenin gayrimenkulün mülkiyetini kazanımı, bir nevi bozucu şarta bağlanmıştır. Bu şart ise kamulaştırılan gayrimenkulün kamu yararına dayanan kamulaştırma kararındaki sebep ve maksada uygun davranılmasıdır. Bu şartın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumunda kamulaştırma hükmünün ortadan kalkması, mülkün eski malikine geri verilmesi gerekir. Geri alma hakkının temel dayanağı budur.⁸²

Yıldırım'a göre idarenin kamulaştırmadan vazgeçmesi hâlinde mülkiyet hakkının eski malike geçeceği yönündeki görüş isabetsizdir. Çünkü mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı haller 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda açıkça belirtilmiştir, kamulaştırmadan vazgeçme hali ise açıkça belirtilen haller arasında değildir.⁸³ Yargıtay ise kamulaştırmadan vazgeçme hâlinde mülkiyet hakkının eski malike geri döneceği görüşündedir.⁸⁴ Yargıtay, kamulaştırılan taşınmaz ister bir süre kamu yararı amacıyla kamu hizmeti için kullanılsın isterse hiç kullanılsın, taşınmaza ihtiyaç kalmadığının anlaşılması durumunda, KK'nın 22. maddesinde idareye getirilen eski malike bildirim yükümlülüğünün devam ettiğini ifade etmiştir.⁸⁵

Somut olayda gerçekleşen hukuki imkânsızlık kavramı, genel olarak

“pozitif hukuk kurallarının bir idari işlemin tesisini ya da uygulanmasını olanaksız hale getirmesi”⁸⁶ şeklinde tanımlanabilir. Hukuki imkânsızlık hali ilk olarak kanuni düzenlemeden yoksunluk nedeniyle gerçekleşebilir. Hukuki imkansızlıktan bahsedilebilecek ikinci durum ise iki hukuk kuralının çelişmesi durumudur. Bu halde birbirine zıt nitelikte iki hukuk kuralı bulunmaktadır.⁸⁷ Konumuz bakımından hukuki imkânsızlık kavramı, ikinci türde karşımıza çıkmaktadır. Burada idari işlemin ortaya çıkaracağı hukuki sonucun, başka bir hukuk normu nedeniyle gerçekleşmemesi durumu söz konusudur.

Bu noktada hukuki imkânsızlığın olduğu durumlarda mülkiyetin eski malike geçmesinin bir öneminin kalmadığı iddia edilecek olsa da bu görüşe itibar edilemez. Zira başka bir hukuki işlemle (koruma kurulu kararı gibi) mülkiyet hakkı kısıtlansa bile bu durum mülkiyet hakkının sağladığı tüm yetkileri ortadan kaldırmayabilir. Mülkiyet hakkı sahibine tasarrufta bulunma, yararlanma ve kullanma yetkisi veren en geniş haktır. Mülkiyet hakkını kısıtlayan hukuki işlem, mülkiyet hakkının sağladığı kullanma ve yararlanma yetkisini ortadan kaldırmayabilir. Bir diğer deyişle mülkiyet hakkının sağladığı tasarruf yetkisi bir hukuki işlemle kısıtlansa bile kullanma ya da yararlanma yetkisi devam ediyor olabilir. Bu nedenle ortada hukuki imkansızlığın olduğu her durumda mülkiyetin eski malike geri dönmesinde hukuki yararın bulunmadığı iddiası yersiz kalacaktır.

Somut olayda idare başvuranın taşınmazlarını kamulaştırmış, taraflar bedel konusunda anlaşmaya varmıştır. Fakat ilerleyen süreç içerisinde söz konusu taşınmazlar üzerinde yer alan bina ve bir kısım eklentilerin kültür varlıkları kapsamında kalması nedeniyle, kamulaştırma amacına yönelik işlem ya da tesisat yapılmasının mümkün olmadığı, kamulaştırma amacı olan yol genişletme çalışmalarının yapılamayacağı ortaya çıkmıştır. Bu konuda davalı idare tarafından müteaddit defalar Koruma Kuruluna yapılan başvurular da sonuç vermemiştir. Bu kapsamda fiiliyatta kamulaştırma işleminin amacını oluşturan kamu yararı hedefinin gerçekleşmeyeceği ortaya çıkmakla birlikte, davalı idarenin bu konuda bir kusuru bulunmamaktadır. Bundan sonra izlenmesi gereken prosedür konusunda mevzuatta bir hüküm bulunup

⁸¹ Bkz. Yıldırım, s. 14.

⁸² Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt*, 3. Bası, Hak Kitabevi, 1966, s. 1565.

⁸³ Yıldırım, s. 11.

⁸⁴ Bkz. Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 1981/12271, K. 1981/13236, KT. 22.12.1981; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2005/3565, K. 2005/ 6251, KT. 14.06.2005; Kazancı Hukuk Otomasyon, <<https://www.kazanci.com.tr/>>, Erişim Tarihi 03.08.2022.

⁸⁵ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E. 2011/6988, K. 2011/8016, KT. 30.06.2011, Kazancı Hukuk Otomasyon, <<https://www.kazanci.com.tr/>>, Erişim Tarihi 03.08.2022.

⁸⁶ Ahmet Yayla, “Fiili veya Hukuki İmkânsızlığın İdari İşleme Etkisi Üzerine Bir Deneme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(2), 2015, s. 236.

⁸⁷ Yayla, s. 240; Fiili imkânsızlık ise hukuk kuralı izin vermekle birlikte, maddi alemde gerçekleşen olaylar nedeniyle idari işlemin tesis edilememesini veya uygulanamamasını ifade eder.; Yayla, s. 246. Örneğin yıkım kararı verilen gecekondunun zaten yıkılmış olması, memuriyete iade edilen kişinin vefat etmiş olması gibi...

bulunmadığı incelenmelidir.

Kamulaştırma işleminin tamamlanmasından sonra ortaya çıkan hukuki ya da fiili imkânsızlık hâlinde nasıl bir yol izleneceğine ilişkin olarak KK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. KK'nın 22. maddesinin 1. fıkrası bakımından düşünüldüğünde, burada belirtilen kamulaştırmadan vazgeçme halleri yukarıda ifade edildiği üzere kamulaştırılan *“taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde”* uygulanabilir. Bu ifadeler içerisinde kamulaştırma işleminden sonra kamu yararı amacının gerçekleşmeyeceğinin ortaya çıkması durumu belirtilmemiştir. Bu nedenle söz konusu somut olayda doğrudan KK madde 22/1'in uygulanamayacağı iddia edilebilir. Kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra hukuki ya da fiili imkânsızlığın ortaya çıkması ve kamu yararına tahsisin imkansızlaşması durumunda KK madde 22/1'i uygulamak lafzi yorum çerçevesinde mümkün görünmemektedir. Zira bu madde *“tahsise lüzum kalmaması”* hâlinde idareye vazgeçme yetkisi vermektedir. Hukuki ya da fiili imkânsızlık hali ise tahsise lüzum kalmaması hâlinde farklı bir durumdur; bu hallerin varlığında da kamu yararı amacına tahsise lüzum devam edebilir.

Bununla birlikte bu maddenin düzenleniş amacı, kanun koyucunun bu hususları örnek kâbilinden ifade ettiği görüşü de tamamen dışlanamaz. KK'nın 22. maddesindeki düzenleme geniş yorumlanarak, bu maddenin hukuki ya da fiili imkânsızlık⁸⁸ durumlarını da kapsadığı ileri sürülebilir. Amaca uygun yorum çerçevesinde kamulaştırmadan sonra ortaya çıkan, kamulaştırma kararının uygulanmasına engel olan hukuki imkânsızlık hâlinin kamulaştırmadan vazgeçme gerekçesi olabileceği iddiası, KK'nın 22. maddesinin amacına uygun düşebilir. Yukarıda belirtilen görüşte olduğu gibi idarenin kamulaştırmadan vazgeçme konusunda takdir yetkisinin olmadığı, KK'nın 22. maddesinin idareye vazgeçme yükümlülüğü getirdiği iddia edilebilir.

KK madde 22/1'in bu konuda çözüm getirmediği kabul edilirse bu durumda olayın hakkaniyet hukuku ve genel ilkeler kapsamında değerlendirilerek adil çözümün sunulması gerekir.⁸⁹ Genel hukuk ilkeleri

⁸⁸ Kamu yararı amacına tahsis edilememe durumu kimi zaman da fiili imkânsızlıktan kaynaklanabilir. Örneğin kamulaştırılan maden sahasında kalan arazinin, heyelan nedeniyle kullanılmaması gibi; Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, E. 2006/10494, K. 2007/1581, KT. 13.02.2007; Kazancı Hukuk Otomasyon, <<https://www.kazanci.com.tr/>>, Erişim Tarihi 03.08.2022.

⁸⁹ Yargıtay, uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesini, kamu-

çerçevesine düşünüldüğünde dürüstlük kuralı uyarınca hukuki imkânsızlık durumunda idarenin kamulaştırma işleminden vazgeçerek, başvuruları mağdur etmemesi gerekirdi. Zira kamulaştırma işlemi ile hedeflenen kamu yararı amacının gerçekleşmesi, söz konusu hukuki imkânsızlık nedeniyle ilgili taşınmazların kamu yararı amacına tahsis edilmesi mümkün değildir. Davalı idare ise kamulaştırmadan vazgeçme usulüne başvurmayarak, bir nevi eski malikin mülkiyet hakkını sürüncemede bırakmıştır.

AYM vermiş olduğu bir kararda kamulaştırmanın amacını ve eski malikin mülkiyet hakkını, isabetli bir şekilde şu ifadelerle açıklamıştır:

*“Kamulaştırmanın amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. Anayasa, ancak kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilmek şartıyla özel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmaza tek taraflı bir işlemle el konulmasını meşru görmektedir. Dolayısıyla kamulaştırma sonucu idarelerin mülkiyetine geçen taşınmazların kamu yararı amacına uygun bir hizmete tahsis edilmemesi durumunda malikin mülkiyet hakkından yoksun bırakılmasının hukuki meşruiyeti ortadan kalkmaktadır. Aksi takdirde kamu yararı amacı, taşınmazın kamulaştırılabilmesi için oluşturulması gereken bir gerekçeden öte hiçbir anlam taşımaz. Bu bağlamda, Anayasa'nın, başlangıçta kamu yararı amacının varlığını yeterli gördüğü ve bir şekilde kamulaştırılan bir taşınmazın idarece istenildiği biçimde kullanılabilmesine izin verdiği düşünülemez. Kamulaştırılan arazinin kamu yararına dönük bir amaca tahsisinin mümkün olamayacağına anlaşılması durumunda malike iadesi zemininin yaratılması, mülkiyet hakkının bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 22.9.1993 tarihli ve E.1993/8, K.1993/31 sayılı kararı da bu yöndedir.”*⁹⁰

Bu kararda ifade edildiği üzere; esas olan kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı amacına tahsis edilmesidir. Bunun gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumunda taşınmazın eski malikine iadesi yolunun açılması gerekir. Bu karar çerçevesinde yukarıda belirtildiği üzere KK madde 22/1'in hukuki imkânsızlık hâlini de kapsayacak şekilde amaca uygun, geniş yorumlanması mümkündür. Fakat bu sorunun çözümünü yorum yöntemine ya da genel hükümlere bırakmanın, fiiliyatta etkili bir çözüm olmayacağı da aşikârdır.

laştırma veya takas yoluna başvurulmamasını, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir özellik göstermesi sebebiyle kamulaştırmaz el atma kapsamında idarenin sorumluluğunu doğuran bir durum olarak değerlendirmiştir; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/5-662, K. 2010/651, KT. 15.12.2010; Kazancı Hukuk Otomasyon, <<https://www.kazanci.com.tr/>>, Erişim Tarihi 06.09.2022.

⁹⁰ AYM, E. 2014/177, K. 2015/49, KT. 14/05/2015.

KK'nın 22. maddesi üzerinde bugüne değin pek çok değişiklik yapılmış olmasına rağmen, görüldüğü üzere uygulamada ortaya çıkan birtakım sorunları giderici bir hâl almamıştır. Bu nedenle bu konuda en etkili çözümün KK'nın 22. maddesinin yeniden ele alınarak getirileceğini değerlendirmekteyiz.

İlk olarak KK madde 22/1'de düzenleme yapılarak, kamu yararı amacına tahsisin imkansızlığının sonradan ortaya çıkması durumunda, idareye vazgeçme prosedürünü uygulama yükümlülüğü getirilebilir. KK madde 22/1'in birinci cümlesinde ifade edilen "*Kamulaştırmanın (...) ³ kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması*" ifadesinden sonra "*ya da tahsise engel hukuki veya fiili imkansızlık halinin ortaya çıkması*" ifadesinin eklenmesi ile bu sorunun çözümleneceğini değerlendirmekteyiz. Bu düzenleme, kamulaştırmadan vazgeçme konusunda çekinceli davranabilecek idari tutumun önüne geçecektir.

İkinci olarak KK 22. maddenin 3. fıkrası kanımızca uygulamada ortaya çıkacak birtakım sorunların çözümünü engelleyici niteliktedir ve daha büyük sorunların doğmasına neden olmaktadır. Zira kamu yararının gerçekleşmesi noktasında hukuki veya fiili imkansızlığın sonradan ortaya çıkması ve beş yıllık sürenin de geçmesi durumunda hukuki uyuşmazlığın kamulaştırmadan vazgeçme yoluyla çözümlenmesine engel teşkil etmektedir. Bu düzenleme KK madde 23'te düzenlenen eski malikin geri almaya ilişkin süreleri kaçırmaması durumunda da önem taşımaktadır. Bu nedenle KK'nın 22. maddesinin yeniden ele alınarak, 3. fıkrasının yürürlükten kaldırılması gerektiğini değerlendirmekteyiz.

SONUÇ

Kamulaştırma, başta mülkiyet hakkı olmak üzere aynı haklara yönelik olarak getirilen önemli bir kısıtlamadır. Kanun koyucu burada kamu yararı ile kişinin yararı arasında üstünlüğü kamu yararı lehine kullanmıştır. İdare kamulaştırma yetkisini kamulaştırmanın getiriliş amacı çerçevesinde kullanmalıdır. Eski malike tanınan geri alma hakkının hukuki çerçevede eski malik tarafından kullanımına engel olunmamalıdır. Bu kapsamda çalışmamızda incelenmiş olan kararda AYM, mülkiyet hakkının kamu gücünü kullanan idare karşısında korunması hususunda hukuka uygun, isabetli bir karar vermiştir.

Söz konusu kararda AYM, KK'da öngörülen süreler içerisinde başvurunun yapılıp yapılmadığını incelememiş, kamulaştırma tarihinden itibaren makul sayılamayacak bir zaman geçtiği halde amaca uygun işlem yapılmamış

olmasını, bu süreçteki değer artışından eski malikin faydalandırılmamasını mülkiyet hakkının ihlali kapsamında değerlendirmiştir. Kanımızca AYM'nin bu yaklaşımı yerindedir. Zira aksi yorum mülkiyet hakkının kamu gücü tarafından keyfi olarak ihlali anlamına gelebilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere kamulaştırılan taşınmaz hakkında eski malikin mülkiyet hakkı, uzun yıllar AYM'nin kararlarına konu olmuş ve AYM tarafından mülkiyet hakkını koruyucu istikrarlı içtihat oluşturulmuş olsa da mülkiyet hakkının korunması konusunda istikrarlı kararların bulunması tek başına hukuki uyuşmazlıkların çıkmasına engel olamamaktadır. İncelemiş olduğumuz AYM kararında görüldüğü üzere çoğu zaman eski malikin mülkiyet hakkı sürüncemede kalmakta ve mülkiyet hakkının sağladığı menfaatlardan eski malik uzun yıllar mahrum kalmaktadır. Bu nedenle KK'nın 22. ve 23. maddesindeki düzenlemeler, özellikle kamu yararı amacına ulaşmanın kamulaştırma kararı verildikten sonra imkansızlaşması hâlinde çözüm üretememektedir. Bu ise zaten mağdur olan eski malike, uzun ve zahmetli olan dava yoluna başvurmadan başka çare bırakmamaktadır. Tüm bu nedenlerle KK'nın 22. ve 23. maddesinin, bu husus gözetilerek yeniden ele alınması gerekir.

Kamulaştırma işleminden sonra kamulaştırılan taşınmazın fiili ya da hukuki imkânsızlık nedeniyle kamu yararı amacına yönelik kullanımının mümkün olmaması durumunda, eski malikin mülkiyet hakkından doğan haklarının sürüncemede bırakılmaması için bu konu, KK'nın 22. maddesinde açıkça düzenlenmelidir. Kamulaştırma işlemi tamamlandıktan sonra hukuki ya da fiili engel nedeniyle kamu yararı amacının gerçekleşmeyeceğinin ortaya çıkması durumunda, idareye kamulaştırmadan vazgeçme yükümlülüğü açık bir şekilde kanuni düzenleme ile getirilmelidir. Böylelikle, çalışma konusu olayda olduğu gibi eski malikin senelerce mülkiyet hakkından mahrum bırakılmasının önüne geçilebilir.

KK madde 22/1'in birinci cümlesinde ifade edilen "*Kamulaştırmanın (...) kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması*" ifadesinden sonra "*ya da tahsise engel hukuki veya fiili imkansızlık halinin ortaya çıkması*" ifadesi eklenerek, mevcut sorunun çözümlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Ayrıca KK'nın 22. maddesinin yeniden gözden geçirilerek, 3. fıkrasının yürürlükten kaldırılması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Zira bu fıkra ile vazgeçme konusunda getirilen beş yıllık sürenin, uygulamada getiriliş amacının ötesinde çözümsüzlüklere neden olduğu görülmektedir.

Kanımızca düzenleme yapılması gereken ikinci hüküm ise KK'nın 23. maddesidir. Eski malikin geri alma hakkını düzenleyen bu hüküm, sürelerin başlangıcının net olmayışı hususunda uygulamada ortaya çıkan bazı hukuki sorunlara çözüm üretememektedir. Bu noktada özellikle KK 23. maddede açıkça *kamulaştırma bedelinin kesinleşme anının belirlenmesi* ve bir yıllık geri alım süresinin başlayabilmesi için KK 22. maddede düzenlendiği gibi "*idareye eski malike bildirim yükümlülüğünün getirilmesi*" yerinde bir düzenleme olacaktır. Böylelikle çoğunlukla hukuki uzmanlık isteyen bir konuda, kişilerin muhtemel hak kayıplarının önüne geçilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akgül M E, "Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkının Kamu Yararı ile İmtihani- Kamulaştırma ve Acele Kamulaştırma Kararları Çerçevesinde Tespitler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), 2021, s.1391-1446.
- Akkoyunlu S A, "Kamulaştırmadan Vazgeçme: Kamulaştırma Kanunu'nun 21 ve 22'nci Maddelerinin Uygulanması", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 2022, s. 67-103.
- Akyılmaz B/ Sezginer M/ Kaya C, *Türk İdare Hukuku*, 13. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021.
- Aslan E, "Kamulaştırmanın Sınırlı Aynî Hak ve Kişisel Haklara Etkisi", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), s. 123-158.
- Atay E E, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022.
- Erkal A, "Kamulaştırmaz El Konulan Taşınmazın İdarenin Mülkiyetine Geçmesinden Sonra Eski Mal Sahibinin Taşınmazına Tekrar Kavuşması", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 79(3), 2021, s. 963-999.
- Gölcüklü M A/ Şakır B, *Kamulaştırma Kanunu Şerhi Fiili ve Hukuki El Atma Davaları*, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, 2022.
- Gözler K, *İdare Hukuku*, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınları, 2019.
- Kışla T G, "Kamulaştırma Sürecinde (Eski) Malikin Hakları", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Kutlu Gürsel M, *Kamulaştırma Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Metin Y, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2017, s. 3-74.
- Onar S S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt*, 3. Bası, Hak Kitabevi, 1966.
- Özcan E, "Kamulaştırmada Mal Sahibinin Geri Alma Hakkı", *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*, 14(31), 2022, s. 41-58.
- Özkan H, *Açıklamalı- İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı Özel Yasalarla İlgili Davalar-Kamulaştırma*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık,

2015.

Solmaz E, *Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2015.

Şimşek S, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi”, *Sayıştay Dergisi*, (88), 2013, s. 27-47.

Tahtalı M B, “Türk Hukukunda Kamulaştırılan Taşınmazın Geri Alınmasında İdarenin Sorumluluğunun Eski Malike Yükletilmesi Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (46), 2021, s. 499-528.

Tuncel S, *Kamulaştırmanın Mülkiyet Hakkına Etkisi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.

Üngan Y, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma*, 1. Baskı, Legal Yayınları, 2021.

Yayla A, “Fiili veya Hukuki İmkânsızlığın İdari İşleme Etkisi Üzerine Bir Deneme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(2), 2015, s. 233-271.

Yaylak C, “Kamulaştırmanın Sınırlı Ayni Haklara Etkisi”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 6(2), 2017, s. 84-101.

Yıldırım T, “Kamulaştırmadan Vazgeçme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, 9(101-102), 2013, s. 7-23.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA ÇİFT TARAFLI HATANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

DOUBLE MISTAKE IN TURKISH AND GERMAN CRIMINAL LEGAL
SYSTEMS

Buket ABANOZ ÖZTÜRK*  

Özet

[10.34246/ahbvuhfd.1192472](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1192472) 

Bu çalışmada, Alman ceza hukuku doktrininde “Doppelirrtum” veya “doppelter Irrtum” olarak isimlendirilen ve hakkında güncel tartışmalar yürütülen çift taraflı hata kavramı incelenmektedir. Çift taraflı hatada, düz hata ile tersine hata hali aynı olayda gerçekleşmektedir. Bu durumda fail, gerçekleştirmeyi kast ettiği suçu yanılığısıyla nedeniyle işleyememekte fakat başka bir suç ortaya çıkmaktadır ya da davranışına izin veren bir norm olduğunu düşünmesine rağmen iznin maddi şartlarında hataya değerlendirme hatasıyla birlikte düşmektedir. Çalışmada çift taraflı hatanın çeşitleri olarak gösterilen iki farklı hata türü incelenmektedir. Birincisi, suçun maddi unsurlarında hata ile tersine unsur hatasının birleşimi; ikincisi, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile iznin kapsamında hatanın birleşimidir. Alman doktrininde çift taraflı hata kavramını gereksiz bulun yazarlar, kavramın karışıklığa neden olduğunu ifade ederken; diğer bazı yazarlar çift taraflı hata kavramına olan ihtiyaca dikkat çekmektedir. Türk hukukunda ise çift taraflı hata kavramı henüz yeterince tartışılmamıştır. Dolayısıyla bu çalışma, hata öğretisinin ileri seviye tartışmalarından biri olan çift taraflı hata konusunu, Türk ve Alman Ceza Hukuku bağlamında değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Meslek Yüksekokulu, Adalet Programı / İSTANBUL e-posta: babanoz@fsm.edu.tr
ORCID: 0000-0002-1886-2595 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1192472

* **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.*



Anahtar Kelimeler: Hata • Çift Taraflı Hata • Tipiklik Hatası • Yasak Hatası • Tersine Unsur Hatası • Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata.

ABSTRACT

In this study, the concept of double-sided mistake called “doppelirrtum” or “doppelter Irrtum” in German criminal law doctrine is examined. In double-sided mistake, straight and reverse mistake occur in the same event. In this case, the perpetrator is either unable to commit the crime he/she intends to commit because of his mistake, but another crime emerges, or, although he/she assumes that there is a norm that allows his behavior, he/she makes a mistake in the objective elements justification reasons. In this study, two different types of double-sided mistake are examined. First, the combination of mistake in the objective elements of the crime and the reverse element mistake; the second is the combination of mistake in the objective elements justification reasons and mistake in the scope of the justification reasons. The authors, who find the concept of double-sided mistake unnecessary in German doctrine, state that the concept causes confusion. Some other authors draw attention to the need for the concept of double-sided mistake. In Turkish law, the concept of double-sided mistake has not been sufficiently discussed yet. Therefore, this study aims to evaluate the issue of double-sided mistake, which is one of the advanced discussions of the mistake doctrine, in the context of Turkish and German Criminal Law.

Keywords: Mistake • Double-Mistake • The Mistake Of Elements Of Crime • The Reverse Element Mistake • The Mistake of the Objective Elements Justification Reasons.

EXTENDED ABSTRACT

In this study, the concept of double-sided mistake called “Doppelirrtum” or “doppelter Irrtum” in German criminal law doctrine is examined. The double-sided mistake consist of two different types. The first is the combination of mistake in the objective elements of the crime and the mistake of reverse objective element. In this type of mistake, the perpetrator makes a mistake in the objective elements of the crime, and on the other hand, he/she falls mistake into the opposite element of the crime. The second is the combination of mistake in the objective elements justification reasons and mistake in the limit of the justification reasons. In this type of mistake, even if the conditions of the justification reasons actually exist, the action of the perpetrator will not be lawful due to the evaluation mistake made by the perpetrator.

It is discussed in the doctrine how to determine the criminal responsibility of the perpetrator in the first appearance of the double-sided mistake, that is, in the case of a combination of the mistake in the objective elements of the crime and the reverse of objective elements mistake. The dominant view in the German doctrine argues that there is no need to go down to the other elements (the fault level) for the perpetrator

whose intent is eliminated in case of an mistake in the objective elements of the crime. Therefore, the perpetrator who is mistaken that his act constitutes injustice due to his mistake in the objective elements of the crime, should be evaluated as the person who mistaked on the objective elements of crime (German Criminal Code article 16). However, the opposing view argues that mistake rules should be applied about the normative elements of typicality. This view considers the mistakes made by the perpetrator regarding the fact that the act of the perpetrator constitutes an injustice due to the mistake of interpretation in the normative elements, as the forbidden mistake (GCC art. 17).

An opinion in Turkish criminal law argues that in this mistake the perpetrator should be punished as if he had committed the crime deliberately, which did not actually occur due to his/her mistake. The opposing view put forward in the Turkish criminal doctrine states that in the event that the mistake of objective elements of the crime and the mistake of evaluation are made in the same event, the mistake in the objective elements of the crime will take priority. In our opinion, criminal liability should be determined by evaluating the cases of mistake in which the perpetrator fell, in case of double-sided mistake. In the case study examined in this article, the fault of the perpetrator in the objective elements of the crime eliminates his/her intention in terms of illegal hunting, while the second fall can only lead to an impossible attempt. In this case, since the intention of the perpetrator will be eliminated, if the negligent form of this crime is penalized and the perpetrator has negligence, he/she will be responsible for the negligent form of this crime (TCK art. 30/1). However, if it is not possible to punish the perpetrator due to crime negligence, it is not possible to punish the perpetrator for the crime that occurred as a result of his mistake. Because according to Turkish criminal law, the perpetrator cannot be punished for an impossible attempt.

In the second type of double-sided mistake, according to the solution of the dominant view in German law, the mistake of evaluation will come to the fore and if the mistake of the perpetrator is inevitable according to the rules of injustice mistake (GCC art. 17), the fault of perpetrator will be eliminated. Whether these results, which are valid in terms of German criminal law, will be valid in terms of Turkish criminal law, needs to be evaluated. Because, exceeding the limit for the justification reasons has a content that narrows the criminal responsibility beyond the regulations of mistake in the Turkish Criminal Code. In this case, although it is stated in the doctrine that the perpetrator's punishment will be reduced in accordance with article 27 or that it is possible to apply a state of impunity, I do not agree with this view. Because, in order for the provision of exceeding the limit in Turkish criminal law (TCK art. 27/f. 1) to be implemented, all other material conditions must be fulfilled in the concrete case. Therefore, if there is both an mistake in the justification reasons and a border crossing independently, it would not be fair for the article 27/1 of TCC specifically regulating the border crossing to apply.

Keywords: Mistake • Double-Mistake • The Mistake of Elements Of Crime • The Mistake of the Objective Elements Justification Reasons.

GİRİŞ

Çift taraflı hata konusu, hata öğretisinin ileri seviyelerinde tartışılan ve hata türlerinin yanı sıra suç teorisine de hâkim olunmasını gerektiren bir konudur. Çift taraflı hatada, düz hata ile tersine hata hali aynı olayda gerçekleşmektedir. Bir başka ifadeyle, bir taraftan dış dünyada gerçekleşen bir olay, failin eksik veya yanlış bilgisi nedeniyle zihnindeki gerçeklikle uyuşmazken (olumlu/düz hata); diğer taraftan fail, gerçekte bulunmayan bir olayı var zannederek ceza sorumluluğuna ilişkin doğru olmayan bir sonuca (olumsuz/tersine hata) varmaktadır. Bu durumda, failin yanılması hem dış dünyadaki olgular hem de hukuk kuralları hakkında olmaktadır.

Çift taraflı hata iki şekilde karşımıza çıkmaktadır: (1) Suçun maddi unsurlarında hata ile tersine unsur hatasının birleşimi; (2) Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile iznin kapsamında hatanın birleşimi. Dolayısıyla çift taraflı hataya düşen fail, ya gerçekleştirmeyi kast ettiği suçu yanılması nedeniyle işleyememekte fakat başka bir suçu yerine getirmektedir ya da davranışına izin veren bir norm olduğunu düşünmesine rağmen, iznin maddi şartlarında hataya iznin kapsamında hatayla birlikte düşmektedir. Hatalı tasavvurların birleştiği söz konusu çifte hata durumlarında; failin tasavvuru ile gerçekleşen duruma ilişkin hukuki sonuçların karşılaştırılması, bu kapsamda suçun hangi unsurunun etkilendiğinin veya hangi hata türünün öne geçtiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Alman doktrininde “*Doppelirrtum*” olarak adlandırılan çift taraflı hata hakkında güncel tartışmalar yürütülmektedir. Örneğin, *Gropp* çifte hata ya da çift taraflı hata gibi bir kavrama aslında ihtiyaç olmadığını kanıtlamaya çalışmaktadır. Bu kavramın sadece tipiklik düzeyindeki hatalar alanında, kanundan kaynaklanan cezalandırma boşluğunu doldurmak için işe yarayabileceği, fakat hukuka aykırılık basamağındaki hatalar alanında çift taraflı hata öğretisine başvurmanın gerekli olmadığı, dolayısıyla “çift taraflı hata” kavramına ihtiyaç olmadığı “güle güle çift taraflı hata” (Abschied vom Doppelirrtum) şeklinde ifade edilmektedir¹. *Wolf* ise *Gropp*’un bu çalışmasına cevap niteliğinde kaleme aldığı makalesinde, hata öğretisinde daha fazla sadeleşmeye ihtiyaç olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun çift taraflı hata kavramının öğretilen silinerek elde edilemeyeceğini belirtmektedir². Nitekim

Haft, *Mitsch* ve *Kühl* de çift taraflı hata durumlarında meselenin çözümünün karmaşık ve zor olduğunu belirterek *Gropp*’un aksine bu kavrama olan ihtiyaca dikkat çekmektedir³. Fakat söz konusu yazarların, çift taraflı hata doktrini oluşturmaktan ziyade tipiklik düzeyindeki çift taraflı hata için henüz tatmin edici başka bir çözüm bulunamadığı için bu kavramı kullanmaya devam ettikleri de belirtilmelidir.

Türk ceza hukuku doktrininde ise çift taraflı hata henüz yeterince tartışılmamıştır. Bazı yazarlar, çift taraflı hatayı genel olarak esaslı olmayan hata olarak değerlendirmişlerdir. Bu kapsamda fail hataya düşmeseydi de hareketi suç teşkil edeceği için gerçekleştirmeyi kast ettiği, fakat hatası nedeniyle objektif durumda oluşmayan suçtan kasten işlenmiş gibi cezalandırılması gerektiği savunulmuştur⁴. Diğer görüş ise suçun maddi unsurlarında hata ve değerlendirme hatasına aynı olayda düşülmesi durumunda; suçun maddi unsurlarında hatanın öncelik kazanacağını, dolayısıyla failin söz konusu suç bakımından kastı ortadan kalkacağı için eğer suçun taksirli hali cezalandırılıyorsa ve failin taksiri varsa suçun taksirli şeklinden sorumluluğunun söz konusu olacağını ifade etmektedir⁵.

Bununla beraber, 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) hata konusunda kapsamlı bir düzenleme yapıldığı belirtilmelidir. Türk Ceza Kanunu’nun *hata* kenar başlıklı 30. maddesinde; *suçun maddi unsurlarında hata* (f. 1), *suçun nitelikli unsurlarında hata* (f. 2), *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında hata* (f. 3) ve *işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata* (f. 4) düzenlenmektedir. Türk kanun koyucunun, Alman Ceza Kanunu’nun (ACK) 16. maddesinde düzenlenen *suçun maddi unsurlarında hata* (Tatbestandsirrtum), ve 17. maddesinde düzenlenen *yasak hatası* (Verbotsirrtum) ile benzer bir düzenlemeye yer verdiği, hatta bir adım daha ileri giderek, ACK’da düzenlenmeyen “hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata” ve “kusurluluğu ortadan kaldıran

Strafrechtsdogmatik, 9, 2019, s. 418-434.

³ Fritioj Haft, “Der doppelte Irrtum im Strafrecht”, *JuS*, 1980, Heft 6, s. 430-436; Mitsch, *Strafrecht, Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte*, 3. Aufl. Springer, 2015, s. 878; Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Franz Vahlen, 2017, § 15, kn. 100.

⁴ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, 15. Tıpkı Baskı, Köksal Bayraktar/ Serap Keskin Kızıroğlu/ Hamide Zafer/ Pınar Memiş Kartal/ Hasan Sınar/ R. Murat Önok/ R. Barış Erman (Ed.), Der Yayınları, 2021; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, 2019, s. 422.

⁵ Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 479.

¹ Walter Gropp, “Abschied vom Doppelirrtum”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (9), 2016, s. 601-608.

² Christoph Wolf, “Doppelirrtümer im Strafrecht”, *Zeitschrift für Internationale*

veya azaltan nedenlerin koşullarında hata” halini TCK’nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlediği görülmektedir. Bu kapsamda hem Alman Ceza Kanunu’nda hem de Türk Ceza Kanunu’nda çift taraflı hata durumuna özel bir kanuni düzenleme yer almamaktadır. Çift taraflı hata durumları, ayrı ayrı değerlendirilerek çözüm bulunabileceği için düzenlemeye gerek olmadığı ifade edilmektedir. Fakat failin çift taraflı hataya düştüğü durumlarda çözüm bulabilmek her zaman kolay değildir ve yargı kararlarında da meselenin karıştırıldığı görülmektedir⁶. Dolayısıyla bu çalışmada çift taraflı hata durumlarında Türk ve Alman ceza hukuku sistemlerine göre failin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği ortaya koyularak uygulamadaki bazı hatalı kararların önüne geçilebilmesi de hedeflenmektedir.

Bununla beraber, bu çalışmanın odak noktası çift taraflı hatadır. Fakat çift taraflı hatada iki hatanın birleşiminden söz edileceği için diğer hata türleri de açıklanmak durumundadır. Bu nedenle kanuni düzenleme de dikkate alınarak hata türleri açıklanmış ve hata konusundaki hukuki düzenlemelere çalışma konumuzla bağlantılı olduğu sürece yer verilmiştir. Bu kapsamda çalışmada, öncelikle hata kavramı açıklanacak, ardından Türk ve Alman ceza hukuku sistemlerinde hata düzenlemesinin genel çerçevesi çizilecektir. Akabinde çift taraflı hata kavramı ve türleri açıklanarak çift taraflı hata durumlarında Türk ve Alman ceza hukukuna göre failin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği değerlendirilecektir.

I. CEZA HUKUKUNDA HATANIN GENEL ÇERÇEVESİ

A. Hata Kavramı

Hata⁷, “hakikata uygun olmayan ve fakat hata eden kimsece katî surette, yani tereddütsüz hakikat olarak kabul edilen” olarak tanımlanmaktadır⁸.

⁶ İzzet Özgenç, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 450, dipnot 786; Ragıp Barış Erman, *Yanılgı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 104.

⁷ Doktrinde hata kavramı yerine “yanılgı” veya “yanılma” kavramları da kullanılmaktadır. Alman hukukunda “irrtum”, İtalyan Hukukunda “errore”, Fransız hukukunda “erreur”, Amerikan ve İngiliz hukukunda ise “mistake, error” şeklinde karşımıza çıkan bu kavramı, Türkçe’de karşılamak için “hata” ve “yanılma” kavramları kullanılmaktadır. Bkz. *Türk Hukuk Lügatı*, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 120. Bununla birlikte, Kıyığı’nın Almanca sözlüğünde *irrtum* kavramının “hata, yanılma” anlamına geldiği belirtilerek her iki kelimenin bir arada kullanıldığı da belirtilmelidir. Bkz. Nazım Kıyığı, *Almanca Sözlük*, Beck C.H., 2010, s. 429. Çalışmamızda terim birliğini sağlamak adına, Türk kanun koyucunun ilgili madde başlığındaki tercihinin sadık kalınarak *hata* kavramı kullanılmıştır.

⁸ Türk Hukuk Lügatı, s. 120.

Bu bağlamda hata, kişinin zihnindeki gerçeklik ile objektif gerçekliğin birbirine uymaması anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, hatanın “*kasta maktun olmayarak insandan sadır olan yanılgılık*” şeklinde tanımlandığı da görülmektedir⁹. Dolayısıyla *tasavvur ile gerçekliğin bilinçli olmayan uyumsuzluğunun*, hatayı ortaya çıkardığı söylenmelidir¹⁰. Burada failin, mutlaka aktif bir düşünme eylemine girmesi aranmayıp o sırada zihninde oluşan resim ile olgulara veya normlara ilişkin gerçekliğin örtüşmemesi yeterli kabul edilmektedir¹¹.

Ceza hukukunda hata, failin dış dünyadaki maddi olgulara veya normatif dünyaya ilişkin *bilgisizliği* yahut var olan bilgileri *hatalı değerlendirmesi* olarak tanımlanabilir¹². Failin gerçeklikle ilgili hiçbir düşünceye sahip olmadığı (bilgisizlik) ya da tam olmayan (eksik) veya bu şartlarla ilgili olmayan (yanlış) bilgiye sahip olduğu durumlarda hatanın ortaya çıktığı kabul edilmektedir¹³. Doktrinde hatanın bir üst kavram olarak hem bilmeme hem de yanlış bilmeyi bünyesinde toplayan bir kavram olarak benimsendiği belirtilmelidir. Bu bilgi eksikliği veya var olan bilginin hatalı değerlendirildiği durumlarda; failin tasavvuru ile olgusal gerçeklik (*Sahverhalt*) veya hukuk kuralları (*Rechtsnorm*) örtüşmemektedir¹⁴. Örneğin, akrabalar arasında yaşanan cinsel ilişkiyi bulunduğu ülkede suç zanneden kişinin yanılgısı bilgisizliğinden kaynaklanırken; duyduğu trafik kazası sesini bomba zanneden kişinin yanılgısı ise değerlendirme eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Ceza

⁹ Türk Hukuk Lügatı, s. 120.

¹⁰ Arthur Kaufmann, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Verlag Krach, Mainz, 1949, s. 77; Erman, s. 4.

¹¹ Erol Cihan, *Ceza Hukukunda Fiili Hata*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1971, s. 4; Erman, s. 4.

¹² Alman hukukunda *unkenntnis* ve *irrige annahme* kavramlarının kullanıldığı ve hatanın türlerinin de bu iki forma göre değerlendirildiğini görülmektedir. Bkz. Gropp Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, 2015, s. 563, kn. 15; 592, 594, 601, vd. Anglo Sakson hukukunda da *mistake of fact* ve *mistake of law* ayrımı bulunmaktadır. *Mistake of fact*, failin olgusal gerçekler hakkında yanılmasını ifade ederken; *mistake of law* halinde fail fiilinin suç teşkil etmediği konusunda hataya düşmektedir. Bkz. Rollin M. Perkin, “Ignorance and Mistake in Criminal Law, *University of Pennsylvania Law Review*, 1939, s. 35; Joel Samaha, *Criminal Law, Criminal Law*, (12th Edition), Cengage learning, 2017, s. 148.

¹³ Akbulut, 2021, s. 472

¹⁴ Akbulut, 2020, s. 596; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 300; Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 420; Fatih Selami Mahmutoğlu/ Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Basım, 2017, s. 672.

hukukunda failin dış dünyadaki olgular ya da hukuk kuralları hakkında yanılmasına, failin hataya düştüğü hususun suçun unsurlarındaki konumuna göre farklı sonuçlar bağlanmaktadır. Aşağıda Türk Ceza Kanunu ve Alman Ceza Kanunu'nda hatanın nasıl düzenlendiği açıklanacaktır.

B. Kanuni Düzenleme

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile *hata* konusunda kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır. 765 sayılı eski TCK'nın sadece şahısta hata ve hedefte sapma halini düzenleyen 52. maddesi ve yasak hatasını mazeret kabul etmeyen 44. maddesi karşısında; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *hata* kenar başlıklı 30. maddesinde; *suçun maddi unsurlarında hata* (m. 30/f. 1), *suçun nitelikli unsurlarında hata* (m. 30/f. 2), *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında hata* (m. 30/ f. 3) ve *işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata* (m. 30/f. 4) düzenlenmiştir.

Bununla beraber, Alman Ceza Kanunu'nun 16. paragrafında *suçun maddi unsurlarında hata* (Tatbestandsirrtum), 17. paragrafında ise *yasak hatası* (Verbotsirrtum) düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesi düzenlenirken mehaz ülke olarak kabul edilen Alman Ceza Kanunu'nun 16 ve 17. maddeleri ile benzer bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bunun yanı sıra, ACK'da düzenlenmeyen "hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata" ve "kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında hata" halinin TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlendiği belirtilmelidir.

1. Suçun Maddi Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1, ACK m. 16/1)

TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrasında; "*Suçun maddi unsurlarını bilmeyen kimse kasten hareket etmiş sayılmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*" hükmü yer almaktadır¹⁵. Benzer şekilde, Alman Ceza

Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasında; "*Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan bir durumu [maddi unsuru] bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır.*" hükmüne yer verilmektedir. Maddi unsurlar ile kastedilen suç tipinde yer alan ve dış dünyada algılanabilen objektif olgulardır. Örneğin, dikkatsizliği nedeniyle yerlerin cilalanmasında kullanılan maddeyi elbiseleri temizlemek için kullanan kuru temizlemeci, mala zarar verme suçundan (TCK m. 151) sorumlu olmayacaktır. Çünkü bu suç, sadece kasten işlenebilmektedir ve failin hatası suçun manevi unsurunu yani failin kastını ortadan kaldırmıştır. Ayrıca taksirle işlenen suçlarda fail, suçun maddi unsurlarında hataya dikkatsizliği veya özensizliği nedeniyle düşüyse bu durumda ceza sorumluluğu devam etmektedir. Örneğin, dolu tabancayı boş sanarak şaka maksatlı ateş eden ve bunun sonucunda bir insanı öldüren kimse taksirle öldürme suçundan dolayı sorumlu olacaktır¹⁶.

2. Suçun Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m. 30/2, ACK m. 16/2)

TCK'nın 30. maddesinin ikinci fıkrasında; "*Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*" hükmü yer almaktadır¹⁷. Benzer şekilde ACK'nın 16. maddesinin 2. fıkrasında; "*Fiilin icrası sırasında hata nedeniyle, daha hafif ceza öngören bir kanundaki suç tipini oluşturan durumların var olduğunu zanneden bir kişi, kasten işlenen suçtan dolayı, sadece daha hafif ceza öngören kanuna göre cezalandırılabilir.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu kapsamda, fail suçun temel şeklini gerçekleştirdiğini zannederken hatası nedeniyle nitelikli halini gerçekleştirirse sadece suçun temel şeklinden

meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabilir; taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanılığında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kasdıyla işlenebileceği belirtildiği için; böyle bir olay dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır." açıklaması yapılmıştır.

¹⁶Özgenç, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 553.

¹⁷Madde gerekçesinde ise; "*Kastın varlığına engel olan hata, suçun sadece temel şekline ilişkin unsurlar hakkında değil, aynı zamanda failin daha ağır veya hafif ceza ile cezalandırılmasını gerektiren nitelikli unsurları bakımından da ortaya çıkabilir. İkinci fıkra ile kişinin, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hatasından yaralanması öngörülmüştür.*" açıklaması yapılmıştır.

dolayı cezalandırılabilir. Örneğin; TCK m. 82/f. 1/d bendinde kasten öldürme suçunun; “*üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı*” işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Eğer fail, düştüğü hata nedeniyle babasını öldürürse; öldürme suçunun “*üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı*” işlenmesi halini düzenleyen nitelikli şeklinden değil, temel şeklinden dolayı cezalandırılacaktır.

3. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerin Koşullarında Hata (TCK m. 30/3)

TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında ise “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” hükmü yer almaktadır¹⁸. Madde gerekçesinde sadece hukuka uygunluk nedenlerinde hata zikredilmekle beraber, madde metninde *ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler* ifadesine yer verilmiştir. *Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin* neler olduğu ise Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitap ikinci kısım ikinci bölümünde gösterilmektedir. *Ceza sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler* başlığı altında; kanunun hükmü ve amirin emri (m. 24), meşru savunma ve zorunluluk hali (m. 25), hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (m. 26), sınırın aşılması (m. 27), cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit (m. 28), haksız tahrik (m. 29), hata (m. 30), yaş küçüklüğü (m. 31), akıl hastalığı (m. 32), sağır ve dilsizlik (m. 33) ve geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma (m. 34) hallerine yer verilmiştir. İlgili bölümde hem hukuka uygunluk nedenleri hem de kusurluluğu etkileyen nedenler birlikte düzenlenmiştir¹⁹. Bu nedenle, 3. fıkranın her iki hata halini de kapsadığı

kabul edilmelidir. Uygulamada da Yargıtay, söz konusu fıkranın hem hukuka uygunluk nedenlerini hem de kusurluluğu etkileyen nedenleri kapsadığını kabul etmektedir²⁰.

TCK'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında yer verilen hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata, Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu hata, Alman hukukunda “*Erlaubnistatbestandsirrtum*” (*izin tipinde hata*) veya “*Erlaubnissachverhaltsirrtum*” (*izin normunda olgusal gerçeklik hatası*) gibi farklı şekillerde ifade edilmektedir. Örneğin, bir yabancının aceleyle kendisine doğru yaklaştığını ve elini cebine attığını gören kişi, cebinden bıçak çıkaracağını düşünerek onu yere serer. Oysa yere serdiği yabancı, yol tarifi almak amacıyla cebindeki haritaya uzanan bir turisttir²¹. Bu durumda fail, meşru savunmanın koşullarından biri olan *saldırımın varlığında* hataya düşmüştür. Hukukun bu hataya nasıl bir sonuç bağlayacağı konusunda Alman ceza hukuku doktrininde kapsamlı tartışmalar yürütülmektedir²². Baskın görüş, kanuni düzenleme olmaması nedeniyle failin lehine olan tipiklik hatası kurallarının kıyasen uygulanmasını öngören *sınırlı kusur teorisidir*²³

²⁰Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararı, E. 2014/1-336, K. 2015/352, K. 04.04.201 tarihli kararında; “*Fıkra da hem hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarında hata, hem de kusurluluğu etkileyen hata halleri düzenlenmiştir.*” Benzer yönde; bkz. YCGK Kararı, E. 2013/1-664, K. 2013/622, T. 25.09.2012.

²¹Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 14, s. 622, kn. 52; Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 31, s. 472, kn. 67.

²²Bu hususta Alman ceza hukuku doktrininde (1) Katı Kusur Teorisi (die strenge Schuldtheorie), (2) Değiştirilmiş Kast Teorisi (modifizierte Vorsatztheorie), (3) Tipikliğin Olumsuz Unsurları Teorisi (die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen), (4) Sınırlı Kusur Teorisi (die eingeschränkte Schuldtheorie), (5) Hukuki Sonuçları Yönlendirilmiş Kusur Teorisi (die rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie), (6) Bağımlı kusur teorisi (die unselbstständige Schuldtheorie), (7) Hukuki Sonucu Bağımsız Kusur Teorisi ve (8) İzin Verilen Risk Görüşü olmak üzere sekiz farklı yaklaşım geliştirilmiştir. Teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. Buket Abanoz Öztürk, *Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2021.

²³Börker Rudolf, Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, *JR (Juristische Rundschau)*, 1960, s.168-170, s.168; Engisch Karl, “Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958”, *ZfSW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)*, 1958, s. 566-615, s. 585; Kaufmann Arthur, “Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen”, *JZ*, 1954, s. 653-659; Köhler Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1. Aufl., Springer, 1997, s. 326; Krey, Esser, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, § 20 kn. 712; Kuhlen Lothar *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, 1. Aufl., Peter Lang, Frankfurt am Main Bern New York Paris, 1987, s. 298; Kühl Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Franz Vahlen, 2017, § 13 kn. 18, 71; Roxin, *AT*, § 14, kn. 62, 64; Schaffstein Freidrich: “Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre”,

¹⁸Madde gerekçesinde; “*Hükümet Tasarısının 23 üncü maddesinin 3 üncü fıkra veya bendinde düzenlenen “hukuka uygunluk nedenlerinde hata” ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki “hukuka uygunluk nedenleri” yerine, “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” ibaresi konulmuştur. Somut olayda söz konusu nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.*” açıklaması yapılmıştır.

¹⁹Benzer bir düzenleme yönteminin, İngiliz hukukunda da tercih edildiği görülmektedir. Genel mazeret nedenleri (general-legal defences) başlığı altında, fiilin hukuka aykırılığının yanı sıra ceza sorumluluğuna, ceza miktarına ve suça etki eden nedenlerin tamamı düzenlenmiştir. Bkz. John Smith, *Criminal Law*, 9th Edition, London-Edinburgh-Dublin, Butterworths, 1999, s. 189 vd. Bu yöntemin eleştirisi için bkz. Tuğrul Katoğlu, “Türk Ceza Kanunu ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin sistematigi”, *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich*, 3, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Yener Ünver (Yayına Hazırlayanlar), 2010, s. 147- 155, s. 149.

(*die eigenschranke Schuldtheorie*) (ACK m. 16). Nitekim bu çözüm yolu için kast, *haksızlık kastı* olarak yorumlanmıştır. Kastı kaldıran hata hallerinin suçun maddi unsurlarında hata ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata olduğu, ancak kanunda bu hata hallerinden sadece birinin düzenlendiği, diğeri bakımından ise suçun maddi unsurlarında hataya ilişkin hükmün (ACK m. 16) failin lehine olması sebebiyle *kıyasen* uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nda bu konuda bir düzenlemenin (TCK m. 30/f. 3) varlığına rağmen hükmün belirsizliği ve mahkeme kararlarındaki²⁴ farklı sonuçlar bu konudaki tartışmanın sürmesine neden olmaktadır. Fakat Türk doktrininde de baskın görüş, söz konusu düzenlemeyi hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya düşen failin kastının ortadan kalktığı şeklinde yorumlamaktadır²⁵ (TCK m. 30/ f. 1).

TCK'nun 30. maddesinin 3. fıkrasında yer verilen “kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin koşullarında hata” ise Alman hukukunda “*Entschuldigungssachverhaltsirrtum*” (*mazeret nedenlerinde hata*) olarak adlandırılmaktadır. Alman kanun koyucu, TCK m. 30/f. 3'ün muadili olabilecek bir düzenlemeye gitmemiştir. Fakat ACK m. 35'de *kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin koşullarında hataya düşülmesi* özel olarak düzenlenmiştir. ACK m. 35, f. 2'de: “*Fail, fiili gerçekleştirirken hataya düşerek, birinci fıkra uyarınca kusurluluğunu ortadan kaldıracabilecek nitelikte olan durumların var olduğunu zannederse, sadece hataya düşmekten*

MDR, 1951, s. 196-200, s. 196; Scheffler Uwe: “Der Erlaubnistatbestandsirrtum uns seine Umkehrung, des Fehlens subjektiver Rechtfertigungselemente, *Jura*, 1993, s. 617- 626, s. 617; Günter Stratenwerth, Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Franz Vahlen, 2011, § 9, kn. 158; Hellmuth Weber, “Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund”, *JZ*, 1951, s. 260-263, s. 260.

²⁴Yargıtay bazı kararlarında (Yargıtay 14. CD., E7351/1926, T. 10.04.2017; 14. CD., E. 2013/14-349, K. 2014/96, T. 4.12.2007) söz konusu hatayı kusurla ilişkilendirse de diğeri bazı kararlarında (Yargıtay 13. CD., E. 2018/13059, K. 2019/6299, T. 11.4.2019; YCGK, E. 2014/15-259, K. 2017/449, İtirazname: 2011/224343) kaçınılmaz hatanın kastı ortadan kaldırdığına hükmetmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kaçınılmaz hatada failin kastının ortadan kalktığından bahisle failin beraatine karar verdiği kararı bulunmaktadır (YCGK E. 2014/15-229, K.2017/449, T. 31.10.2017). Dolayısıyla Yargıtay kararlarından bu hatanın kastla mı yoksa kusurla mı ilişki olduğu konusunda istikrarlı bir sonuç çıkarmak mümkün gözükmemektedir. Yargıtay kararlarına ilişkin detaylı bilgi çalışmanın üçüncü bölümünde yer almaktadır.

²⁵Özgenç, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, s. 470; Artuk/Gökçen/Alşahin/ Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Adalet Yayınevi, 2020, s. 653; Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *TBB*, 110, 2014, s. 129-188, s. 177; Erman, s. 386; Raşit Karaaslan, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata”, *Legal Hukuk Dergisi (LHD)*, 15(172), 2017, s. 1665-1721, s. 1694.

kaçınabileceği hallerde cezalandırılır. Ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilir.” hükmüne yer verilmektedir²⁶. Kusurluluğu ortadan kaldıran diğeri hallerde kaçınılmaz hataya düşülmesi durumunda failin ceza sorumluluğunun nasıl etkileneceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. 35. maddenin kıyasen kusurluluğu ortadan kaldıran diğeri nedenler için de geçerli olduğu ileri sürülebilir²⁷. Bu durumda failin hatası kaçınılmazsa, kusuru ortadan kalkacaktır (TCK m. 30/f. 3; ACK m. 35). Eğer failin hatası kaçınılabiliirse ne kastı ne de kusuru ortadan kalkmayacak ve fail işlediği suçtan sorumlu olacaktır.

4. Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4, ACK m. 17)

Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 4. fıkrasında ise “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*” hükmü yer almaktadır. Benzer şekilde, ACK m. 17'de; “*Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabılır bir hata ise, ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.*” hükmüne yer verilmiştir²⁸. Dolayısıyla fail, işlediği fiili cezalandıran bir kuralın varlığı konusunda bilgi sahibi olmadığı veya bu kuralı yanlış değerlendirdiği için hareketine izin verildiğini düşünürse *doğrudan haksızlık hatası* ortaya çıkmaktadır²⁹. Bununla birlikte fail, hareketine izin veren bir hukuk normu olduğuna inanmasına rağmen aslında böyle bir norm mevcut değilse veya normun kapsamını gerçekte olduğundan geniş zannediyorsa *dolaylı haksızlık hatası* veya *izin hatası* ortaya çıkar. Dolayısıyla doğrudan haksızlık hatasında fail, hareketini yasaklayan ve hukukun kabul ettiği bir normun varlığı veya kapsamı hakkında hataya düşerken; dolaylı haksızlık hatasında fail, hareketine izin veren bir normun varlığı veya kapsamı hakkında hataya düşmektedir³⁰. Örneğin; 1990'lı

²⁶Yenisey/Plagemann, *Alman Ceza Kanunu*, Strafgesetzbuch (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük, Genişletilmiş 2. Baskı, 2015, s. 18.

²⁷Christian Brand /Maximillian Lenk, “Probleme des Nötigunhsnotstands”, *JuS*, 2013, s. 885 vd.

²⁸*Karşılaştırmak için bkz. § 17 StGB: “Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum nicht vermeiden konnte. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach §49 Abs. 1 gemildert werden.”* bkz. Yenisey/Plagemann, *Alman Ceza Kanunu*, Strafgesetzbuch (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük, Genişletilmiş 2. Baskı, 2015, s. 18.

²⁹Dönmezer S/Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 340; Gropp, *AT*, s. 565, kn. 27.

³⁰Wessels/Beulke/Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 49. Auflage, C.F. Müller, 2019, s. 258,

yıllarda Münih'te intihar etmek isteyen insanlara ihtiyaç duydukları ilaçları sağlamak suç değildir ve cezalandırılmaz³¹. Uzun yıllar yurtdışında yaşayan ve ülkeye dönen (A) bu süre zarfından yürürlüğe giren intihara yardım etme suçunun varlığından habersiz olarak birine ilaç sağlarsa *doğrudan haksızlık hatasına* düşmüş olur. Bununla beraber, bir futbol maçında kendisine saldıran taraftarla aralarında yaşanan gerginlik sona erdikten sonra bile meşru savunma kapsamında saldırgana vurmaya devam edebileceğini düşünen fail, meşru savunmanın kapsamı konusunda yanılmaktadır. Bu durumda *dolaylı haksızlık hatası* (izin hatası) ortaya çıkar. Her iki durumda da failin hatası kaçınılmazsa kusurunun ortadan kalktığı kabul edilmektedir (TCK m. 30/f. 4; ACK m. 17).

II. ÇİFT TARAFLI HATA

A. Çift Taraflı Hata Kavramı

Çift taraflı hatada, düz (olumlu) hata ile tersine (olumsuz) hata hali aynı olayda gerçekleşmektedir. Bir başka ifadeyle, bir taraftan dış dünyada gerçekleşen bir olay failin eksik veya yanlış bilgisi nedeniyle zihnindeki gerçeklikle uyuşmazken; diğer taraftan fail gerçekte bulunmayan bir olayı var zannederek ceza sorumluluğuna ilişkin doğru olmayan bir sonuca varmaktadır. Bu durumda, failin yanılması hem dış dünyadaki olgular hem de hukuk kuralları hakkında olmaktadır.

Örneğin, fail hatalı tasavvuru nedeniyle bir taraftan suçun maddi unsurlarında hataya düşerken (düz hata-olgusal gerçeklik hakkında); diğer taraftan tersine unsur hatasına (tersine hata-normatif gerçeklik hakkında) düşebilir. Veyahut fail, hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hata (olgusal gerçeklik hakkında hata) ile gerçekleştirdiği failin haksızlık teşkil ettiği hususunda izin hatasına (normatif gerçeklik hakkında hata) aynı olayda düşebilir. Dolayısıyla çift taraflı hatanın ilk şeklinde fail, gerçekleştirmeyi kast ettiği suçu yanılması nedeniyle işleyememekte fakat başka bir suç yerine getirmektedir. İkincisinde ise hareketine izin veren bir norm olduğunu düşünmesine rağmen söz konusu hukuka uygunluk nedeninin (izin normu) maddi koşullarında hataya düşer, fakat söz konusu koşullar fiilen var olsalar bile failin düştüğü değerlendirme hatası nedeniyle hareketi hukuka uygun olmayacaktır. Hatalı tasavvurların birleştiği bu gibi durumlarda çözüm bulabilmek her zaman kolay değildir. Aşağıda çift taraflı hata türleri ve hukuki

kn. 761.

³¹Örnek için bkz. Wessels/Beulke/Satzger, s. 249, kn. 731.

sonuçları örneklerle birlikte açıklanacaktır.

B. Çift Taraflı Hata Türleri

1. Suçun Maddi Unsurlarında Hata ile Tersine Unsur Hatasının Birleşimi

Doktrinde “gelincik olayı” (Mauswieselfall) olarak bilinen olayda³²; ormanda avlanan bir kişi, avlanması yasak³³ olan bir gelinciği, fare zannederek vurur. Fakat fail, farenin de avlanması yasak olan hayvanlar arasında olduğunu düşünmektedir. Aslında fare, avlanması yasak olan hayvanlar arasında değildir (hata 1) ve zaten failin vurduğu hayvan da fare değil; avlanması yasak olan gelinciktir (hata 2). Failin gerçekleştirmek istediği suçu hatası nedeniyle işleyemediği (suçun maddi unsurlarında hata), fakat başka bir suçun maddi unsurlarını gerçekleştirdiği (tersine unsur hatası) bu gibi durumlarda *çift taraflı hata* bulunmaktadır.

Bu kapsamda, failin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği doktrinde tartışılmaktadır. Örnek olayın yazarı *Baumann*, ilk başta meseleyi “yasak hatası” başlığı altında “haksızlık bilincinin bölünebilirliği” bağlamında çözmüştür. Nitekim kitabının üçüncü basısında, “tipiklik hatası ve yasak hatası kombinasyonunda” failin davranışının haksızlık teşkil ettiğini bilmemesi nedeniyle bir yasak hatası olduğunu yazmaktadır³⁴. Fakat yazar, kitabının beşinci basısında bu görüşünü değiştirerek “tipiklik hatası ile yasak hatası kombinasyonundan” bahsetmez ve olayda “tersine hata” ve “tipiklik hatası” bileşimi olduğunu söyler³⁵. Failin farenin avlanmasını yasak zannetmesini *mefruz suç*; vurduğu hayvanın gelincik olduğunu bilmemesini ve fare zannetmesini ise kastı ortadan kaldıran tipiklik hatası olarak

³²Maus-wiesel örneği için bkz. Baumann, *Strafrecht, AT*, 3. Bası, 1964, s. 383; Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht, AT*, § 21, kn. 56. Gropp, *Doppelirrtum*, s. 601; Wolf, *Doppelirrtümer im Strafrecht*, s. 418.

³³Türk Ceza Hukukunda 6831 sayılı Orman Kanunu'na göre idari para cezasını gerektiren kaçak avlanma; Alman Ceza Kanunu'nun 292. Maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre: “Her kim başkasına ait avlanma hakkını veya avlanma iznini ihlal ederek, 1. Yabani hayvanları avlamak üzere izler, yakalar, telef eder, kendisine veya üçüncü bir kişiye mal edinirse veya 2. Av hukukuna tabi bir eşyayı, kendisine veya üçüncü bir kişiye mal edindirir, buna zarar verir veya ihmal ederse, üç yıla kadar hapis cezası veya idari para cezası ile cezalandırılır.”

³⁴Baumann, *AT*, s. 383.

³⁵Baumann, *AT*, s. 419.

değerlendirmektedir³⁶.

Alman doktrininde baskın görüş gelincik olayında, suçun maddi unsurlarında hata ve yasak hatası arasında bir rekabet söz konusu olduğunu ve suçun maddi unsurlarında hatanın varlığı durumunda, kastı ortadan kalkan fail için diğer unsurlara (kusur basamağına) inmeye gerek olmadığını ifade etmektedir³⁷. Bu çözüme göre; olayda suçun maddi unsurlarında hata uygulama alanı bulduğu takdirde, failin kastı ortadan kalkacağından suçun taksirli hali düzenlenmiyorsa failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte, failin gerçekleştirdiği netice bakımından kastı ortadan kalkarken; düşündüğü ve gerçekleştirmeyi istediği konu (farenin öldürülmesi) bakımından bir sorumluluğu doğacak mıdır? Fare, avlanması yasak olan hayvanlar arasında sayılmamasına rağmen fail yanılarak avlanmasının yasak olduğunu zannetmiştir. Bu durumda iki görüş ortaya çıkmaktadır. Bir görüş, failin suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre; faili teşebbüsten cezalandırmak, kişinin zihninden geçirdikleri nedeniyle bir başka ifadeyle “düşünce haksızlığından” dolayı cezalandırılması anlamına gelebilir³⁸. Bu nedenle failin düştüğü bu hatada (vurduğu hayvanın fare olduğunu düşünmesi), cezalandırılmayan eylem söz konusudur.

Doktrinde azınlıkta kalan yaklaşım ise failin kaçak avlanma suçu bakımından sorumluluğu doğmamakla birlikte hırsızlık suçu bakımından cezalandırılmasının mümkün olabileceği yönündedir³⁹. Alman Ceza Kanunu’nun 292. maddesinde yer alan “vahşi” özelliğini hatalı olarak varsayan fail için kaçak avlanmaya teşebbüsten dolayı ceza verilememesinin kanundan

kaynaklanan bir boşluk olduğu düşünülmektedir. Bu yaklaşıma göre, kaçak avlanmaya teşebbüsün kanunda düzenlenmemesi nedeniyle failin hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılması gerekir. ACK m. 242/f. 1’de düzenlenen hırsızlık suçunun subjektif tipikliğinin gerçekleştiğini kabul etmek isteyen eşdeğerlilik teorisi kaçak avlanma amacının hırsızlık amacının gerekliliklerini yerine getirdiğini savunmaktadır. Eyalet mahkemesi düzeyinde de bu görüşe yakın bir kararın verildiği görülmektedir⁴⁰. Fakat kanaatimizce, Alman Ceza Kanunu’nun 242. (hırsızlık), 246. (güveni kötüye kullanma) ve 292. (kaçak avlanma) maddeleri arasındaki benzerliğe rağmen, iki yarımından ve dolayısıyla gerçekleşmeyen tipiklikten bir suç çıkarılması mümkün değildir. Böyle bir çıkarım, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırılık teşkil etmektedir⁴¹. Ayrıca kaçak avlanma kastının hırsızlık kastıyla (mal edinmek) aynı olduğunu söylemek, istenilen sonuca göre düşünmek olacaktır.

Özetle, bu olayda tartışılan dogmatik soru “*normatif alandaki yanlış pozitif özgüllemenin ampirik alandaki yanlış negatif özgüllemeyi ortadan kaldırıp kaldırmayacağı*” şeklinde formüle edilebilir⁴². Dolayısıyla şu soruyu sormak mecburi hale gelir: Failin kastı neyi kapsamalıdır? Bir başka ifadeyle, kastın konusu nedir?

Örnek olay bakımından kastın konusu üç farklı şekilde formüle edilebilir:

1) Suç tipine uyan maddi olayın unsurları (vurduğu hayvanın Federal Avcılık Yasası listesinde yer aldığını bilmesi aranmaz);

2) Avlanabilir hayvan veya avlanması yasak hayvana dair bilgi (failin

⁴⁰Karara konu olayda fail, satın aldığı fakat henüz ücretini ödemediği bir makineyi başkasına vermiştir. Fail, ücreti ödenmemiş bir malın mülkiyetinin kendisine geçmediğini, dolayısıyla söz konusu eşyanın başkasına ait olduğunu düşünmektedir. Mahkeme konuya ilişkin kararında sanığın haksız mal edinme suçunu kasten işlediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, “*malın bir başkasına ait olması, Al.CK § 264 uyarınca suç tipinin maddi unsurlarından biridir. Buna göre, kastın var kabul edilmesi için bu başkasına ait olma durumunun dayanağı olan maddi vakıaların bilinmesi kast açısından yeterli kabul edilemez. Tipin içe dönük yönü ancak malın sahibinin bir başkası olduğunun fail tarafından bilinmesi veya en azından hesaba katılması durumunda gerçekleşmiş sayılabilir. Diğer yönden ise bu bilgi, kastın varlığı açısından yeterli olacaktır. Fail, malın üçüncü bir kişiye ait olduğunu varsayar ve bu varsayım sonuç olarak gerçekte örtüşür ise, kasten haksız mal edinme suçundan sorumlu tutulabilecektir; hatta fail kendi zihninde, doğru bir hukuksal değerlendirme ile malın sahibi olarak kendisini görmesi gerekecek bir maddi vakıanın varlığına inanmış olsa bile*”. Bavyera Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin 14 Kasım 1962 tarih ve RReg. 1 St 532/62 sayılı kararı, NJW 1963, s. 310.

⁴¹Gropp, *Doppelirrtum*, s. 606.

⁴²Schünemann/ Lauffhütte, Rissing-van Saan, Tidemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 292, kn. 67.

³⁶Baumann’ın başlangıçta bir yasak hatası olduğunu düşünmesinin nedeni, Alman doktrininde kast teorisinin hâkim olduğu bir zamanda bu açıklamaları yapmasına dayanıyor olabilir. Nitekim Baumann’ın da o zaman savunduğu kast teorisine göre, haksızlık bilinci kastın ayrılmaz bir parçasıdır ve kastın ana sorusu failin (hangi nedenle olursa olsun) eylemlerinin hukuka aykırılığı konusunda hataya düşüp düşmediğidir. Bu bağlamda, Baumann kastı “hukuka aykırı bir suç işlemediğini bilmek ve istemek” olarak anlamaktadır. Bu yaklaşım, benzer şekilde kast teorisini savunan Bindokat tarafından gelincik olayında yapısal olarak benzeyen bir çift taraflı hata bileşeni olduğu, haksızlık bilincinin farkında olmak için sadece “normun doğru bilgisi değil, aynı zamanda belirli bir vakadaki geçerliliğinin doğru bilgisinin” olduğu yönünde desteklenmiştir. Bkz. Bindokat, NJW, 1963, s. 745.

³⁷Baumann, AT, s. 419; Gropp, AT, § 13, kn. 30.

³⁸Gropp, AT, § 13, kn. 30.

³⁹Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 6. Aufl. 1958, s. 295; Kindhauser/Böse, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 10. Aufl. 2019, § 11, kn. 42; Gropp, *Doppelirrtum*, s. 601, 606.

vurduğu hayvanın Federal Avcılık Yasası listesine dahil olduğunu bilmesi aranır)

3) Bu iki unsurun birleşimi (suç tipine uyan maddi olay ve hayvanın avlanmasının yasak olup olmadığı bilgisi)⁴³.

Baskın görüş, örnek olayda kastın kapsamı konusunda üçüncü formülü tercih etmektedir. Bir taraftan vahşi hayvanla ilgili hukuki hatanın, failin kastını ortadan kaldırmayacağını kabul etmektedir. Diğer taraftan, gelincik olayında failin kastının ortadan kalkması gerektiğini ifade etmektedir. Eğer maddi olay, kastın konusu olarak kabul edilmezse, bu konudaki bir yanılma kastı ortadan kaldıramaz. Yani eğer gelincik olayında kastın konusu, “avlanması yasak hayvan” olarak kabul edilir ve fail bunu “bilerek” avlarsa, o zaman mefruz suç oluşmaz. Çünkü failin avlanması yasak bir hayvanı vurmaya yönelik kastı her halükârda vardır. Gerçekleşen suçta da failin düşüncesinde de avlanması yasak olan bir hayvan söz konusudur. Bu hayvanın “gelincik”, “sansar” veya “fare” olmasına bakılmamalıdır. Dolayısıyla hukuki yorum hatasında, anlam bilgisinin mevcudiyetine rağmen fail fiiline izin verilmediğini zannettiği için haksızlık bilinci bulunmaktadır. Bu görüşe göre, olayda objektif tipikliği yerine getiren fail, hem “avlanması yasak bir hayvan” olduğunu hem de “av haklarının ihlalini” varsayar ve bu nedenle Alman Ceza Kanunu’nun 292. maddesinin birinci fıkrasına göre, cezası objektif olarak haklı görülür.

Karşı görüşe göre ise gelincik olayında, mesele *tipikliğin normatif unsurları hakkında hata* kuralları çerçevesinde çözülebilir⁴⁴. Tipikliğin normatif unsurları, dış dünyada algılanamayacak olan ve bir normun varlığıyla tasavvur edilebilen unsurlardır. Normatif unsurlara ilişkin hataya düşen failin, bu unsurların hukuki anlamını bilmesi aranmayıp kastının bu unsurların somut olaydaki varlığını kapsaması yeterli görülmektedir. Bunun nedeni olarak, ortalama bir kişiden yalnızca ceza normunun çekirdeği hakkında bilgi sahibi olmasının beklenebileceği kuralı gösterilmektedir. Olayda failin avlanması yasak olan hayvan hakkında yanılması, tipikliğin normatif unsurları hakkında hataya düşmesine neden olmuştur⁴⁵. Failin suçun kanuni tanımında yer alan bir unsurun ceza hukukundaki niteliği konusunda düştüğü bu hata, *hukuki yorum hatası* (Subsumtionsirrtum) veya *hukuki değerlendirme hatası*

olarak kabul edilmektedir⁴⁶. Fail bu durumda maddi unsur kapsamına giren olgunun gerçekliği konusunda doğru düşünceye sahip olmakla birlikte hukuki düzenlemedeki yorumu konusunda hataya düşmektedir⁴⁷. Failin normatif unsurlardaki yorum hatası nedeniyle hareketinin haksızlık teşkil ettiği hususunda düştüğü hatalar yasak hatası kapsamında değerlendirilmektedir. Bilgisizliğin konusu, tipikliğin normatif unsuru olan “avlanması yasak olan hayvan” ise bu durumda failin kasten hareket ettiği kabul edilmelidir. Çünkü burada failin kastının varlığı için “avlanması yasak olan hayvan” kavramını bir hukukçu gibi yorumlaması aranmaz. Normatif unsurlarda ve yoruma ihtiyaç duyulan tanımlanabilir unsurlarda, failin normun içeriğini anlayıp anlamadığı doktrinde kabul edilen *uzman olmayanlar alanında paralel değerlendirme* (Parallelwertung in der Laiensphäre) esaslarına göre yapılmaktadır. Olayda fail, vurduğu hayvanın avlanması yasak bir hayvan olan gelincik olduğunu bilmemektedir. Avlanma ve mal edinme hakkı, ayrılmaz bir şekilde avlanması yasak olan hayvan listesine bağlıdır. Dolayısıyla suçun konusu, yani hayvanın türü burada önemlidir. Her ne kadar fail, vurduğu farenin de avlanması yasak bir hayvan olduğunu düşünse de hukuken yasak değildir. Dolayısıyla burada fail yasak hatasına düşmektedir. Dış dünyada gerçekleşmemiş ve failin zihninde kalmış olan kaçak avlanma suçundan dolayı fail cezalandırılmamalıdır.

Türk doktrinde farklı konuların söz konusu olduğu bu gibi durumlarda failin nasıl cezalandırılacağı tartışılmaktadır. Genel olarak, konunun aynı değerde olup olmamasından yola çıkılarak belirleme yapılmaktadır. Konu aynı değerde ise failin yanılması önemli olmayıp sadece bir motivasyon (saik) hatası bulunduğundan fail cezalandırılmaktadır⁴⁸. Doktrinde bir görüş, düşünülen konu bakımından teşebbüs, fiilen gerçekleşen konu bakımından ise kanunda belirtilmişse taksirli sorumluluğun söz konusu olacağını belirtmektedir⁴⁹. Diğer görüş, gerçekleşen fiilin taksirli şekli var ise fail ancak taksirinden dolayı sorumlu olacağını kabul etmektedir⁵⁰.

⁴⁶Subsumtionsirrtum kavramı Türk doktrininde hukuki yorum hatası veya niteleme hatası olarak ifade edilmektedir. (Bkz. Erman, s. 39). Benzer şekilde hukuki değerlendirme hatası şeklinde ifade eden yazarlar da mevcuttur (Yerdelen, “Ceza Hukukunda Yorumlama Hatası (Der Subsumtionirrtum)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 9 (25), 2014, s. 69-101). Bununla birlikte kavram, Türkçe’de “altlama hatası” olarak da karşılanmaktadır. Bkz. Kıyğı, *Almanca-Türkçe Sözlük*, s. 372.

⁴⁷Akbulut, s. 478.

⁴⁸Koca/Üzülmez, s. 242; Öztürk/Erdem, s. 292.

⁴⁹Koca / Üzülmez, s. 243.

⁵⁰Akbulut, s. 476.

⁴³Wolf, *Doppelirrtümer im Strafrecht*, s. 432.

⁴⁴Gropp, *Doppelirrtum*, s. 605.

⁴⁵Kindhäuser, *AT*, § 27, kn. 19, 20.

Bununla beraber, Türk ceza hukukunda bir görüş, çift taraflı hatayı “esaslı olmayan hata” olarak değerlendirmiş, fail hataya düşmeseydi de hareketi suç teşkil edeceğinden gerçekleştirilmeyi kast ettiği, fakat objektif durumda hatası nedeniyle oluşmayan suçtan kasten işlenmiş gibi cezalandırılması öngörülmüştür. Fakat irade lehine çözümü benimseyen bu görüş, çift taraflı yanılan failin durumu için hata teorisi ile uyumlu bir çözüm sunmamaktadır. Suçun maddi unsurlarında hata ve değerlendirme hatasına aynı olayda düşülmesi durumunda suçun maddi unsurlarında hatanın öncelik kazanacağı belirtilmektedir⁵¹. Bu durumda, failin söz konusu suç bakımından kastı ortadan kalkacağı için eğer suçun taksirli hali cezalandırılıyorsa ve failin taksiri varsa suçun taksirli şekliyle sorumluluğu söz konusu olacaktır (TCK m. 30/f. 1). Kanaatimizce çift taraflı hata durumunda, failin düştüğü hata halleri ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Gelincik olayında, failin suçun maddi unsurlarında düştüğü hata, yasak avlanma suçu bakımından kastını ortadan kaldırırken; ikinci düştüğü hatta ancak elverişsiz bir teşebbüse neden olabilir. Bu durumda, Türk ceza hukukuna göre failin cezalandırılması mümkün gözükmemektedir.

2. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata ile İzin Kapsamında Hatanın Birleşimi

Çift taraflı hatanın diğer görünümü olarak; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata (olgusal gerçeklik hakkında hata) ile izin kapsamında hatanın (normatif gerçeklik hakkında hata) birleşimi gösterilmektedir. Örneğin: Bahçesinden elma çalan çocukları gören ev sahibi, malın değerinin azlığına rağmen meşru savunma hukuka uygunluk nedeni kapsamında olduğunu düşünerek (hata 1: izin kapsamında) çocuklara ateş etmiştir. Oysa çocukların elmaları aldığı ağaç, ev sahibinin bahçe duvarının arkasında kalan terkedilmiş bir ağaçtır. Fakat fail çocukları dalda gördüğü için kendi bahçesindeki ağaçlar ve terkedilmiş ağacı karıştırmıştır (hata 2: meşru savunmanın saldırı koşulu)⁵². Fail hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya (hata 2) hem de izin kapsamında hataya (hata 1) düşmüştür. Fail, birkaç elma gibi bir malvarlığı değeri için meşru savunma

kapsamında ateş edilmesine hukukun izin verdiğini düşünmektedir. Bir başka ifadeyle, örnek olayda fail, mevcut olmayan (varsayılan) saldırıda savunmanın sınırını aşmaktadır. Bununla birlikte, “savunmanın saldırı ile orantılı olması” da hukuka uygunluk nedenlerinin bir maddi şartıdır. Fakat fail, savunmanın sınırını düştüğü *norm hatası* nedeniyle aşmaktadır. Bu nedenle olayda hem olgusal gerçeklik hem de normatif gerçeklik hakkında hataya düşmektedir.

Bu olayda failin düştüğü hatayı nitelendirme konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Alman doktrininde baskın görüş; failin hem hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında hem de izin normunun kapsamında hataya düştüğü yönündedir⁵³. Çünkü failin bahçesinden gerçekte elma çalınmamıştır ve eğer öyle olsaydı bile her ne kadar malvarlığına yönelik bir saldırıya karşı meşru savunma yapılabilirse de birkaç elma çalınması nedeniyle insan öldürmeye izin verilemez. Bu olayda fail; hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hataya düşer ama bu koşullar (saldırının varlığı) mevcut olsaydı bile hareketinin meşru olmayacağını fark etmez. Bu durumda Alman hukukundaki baskın görüşün çözümüne göre; izin hatası öne geçecek ve haksızlık hatası (ACK m. 17) kurallarına göre failin hatası kaçınılmaz ise kusuru ortadan kalkacaktır⁵⁴.

Diğer görüş ise böyle bir olayda failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya düşmediği, sadece tek bir hataya düştüğü onun da dolaylı bir haksızlık hatası (izin hatası) olduğu yönündedir⁵⁵. Dolayısıyla bu görüşe göre, ortada çift taraflı bir hata bulunmamaktadır. Fail hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiğini zannederek hareketinin hukuka uygun olduğuna inanıyorsa, bu sadece dolaylı bir yasak hatasıdır. Çünkü failin tasavvur ettiği durum (kendi bahçesinden elma çalınması) gerçekleşseydi dahi hareketi (ateş etmek) hukuka uygun olmayacaktır. Bu nedenle söz konusu

⁵³Sternberg/Lieben/Schuster buna benzer bir örnek için bir izin hatasının kümülatif karşılaşmasından bahsediyor. Bkz. Sternberg/Lieben./Schuster/Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 17, kn. 11. Köhl ise “hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata ile izin hatası tesadüfünden” bahseder ancak daha sonra sonuçta sadece bir izin hatası (hukuka uygunluk nedeninin varlığında hata) olduğunu kabul eder. Bkz. Köhl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Aufl. 2017, § 13, kn. 80. Benzer şekilde Heinrich de hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hata ve izin hatasının “bir araya gelmesinden” bahseder. Bkz. Heinrich, *AT*, kn. 1148.

⁵⁴Roxin, *AT*, I, § 22, kn. 95.

⁵⁵Gropp, *Doppelirrtum*, s. 607; Wessels/Beulke/Satzger, *AT*, s. 261, kn. 768. Wolf da bu görüşü destekleyerek failin hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında hatanın oluşmadığı ve iki hatanın rekabetinin söz konusu olmadığını belirtmektedir. bkz. Wolf, *Doppelirrtümer im Strafrecht*, s. 423.

⁵¹Akbulut, s. 479.

⁵²Gropp, bu örneği gerçekten kendi bahçesinden elma çalan çocuklara ateş eden kişi üzerinden kurgulamaktadır (bkz. Gropp, *Doppelirrtum*, s. 607). Fakat yazarın kurgusu çift taraflı hata için doğru bir örnek olmayabilir. Çünkü çift taraflı hatada failin hem düz hem tersine hataya düşmektedir. Bu nedenle örnek Wolf’un da belirttiği şekilde yeniden kurgulanmıştır. Wolf, *Doppelirrtümer im Strafrecht*, s. 423.

durumu çift taraflı hata olarak nitelendirmeye gerek olmadığı ve bu kavramın karışıklığa neden olduğunu düşünülmektedir⁵⁶. Fakat ikamesi olmadan, kavramın kullanımını ortadan kaldırmanın doğru olmayacağı; failin çift taraflı hatası göz önüne alındığında, hukuka uygunluk düzeyinde çift taraflı hatadan bahsetmenin ve onun bir izin hatası ya da dolaylı bir yasak hatası olarak sınıflandırılması gerektiği de savunulmaktadır⁵⁷.

Alman ceza hukuku bakımından geçerli olan bu sonuçların, Türk ceza hukuku bakımından geçerli olup olmayacağı da değerlendirilmelidir. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda izin hatası olarak kabul edilen ve yasak hatası hükümleri ile çözülen sınır aşımı, Türk Ceza Kanunu'nda hata kurumunun ötesinde ceza sorumluluğunu daraltan bir içeriğe sahiptir. Örnek olayda fail, meşru savunmanın maddi koşullarından biri olan saldırının varlığında hataya düşmektedir. Ayrıca iznin kapsamı konusunda düştüğü hata nedeniyle de savunmanın sınırını aşmaktadır. Bu durumda, eğer sınırın aşılması hükümleri (TCK m. 27/f. 1) uygulanırsa; fail suçun taksirli halinden sorumlu tutulacak ve ceza indirimi de uygulanacaktır. Fakat hukuka uygunluk nedeninin koşullarında hata (TCK m. 30/f. 3) kapsamında görülürse, en iyi ihtimalle suçun taksirli halinden sorumlu tutulacak ve ceza indirimi uygulanmayacaktır. Son olarak, yasak hatası (TCK m.30/f. 4) hükümleri uygulanırsa failin hatasının kaçınılmaz olması durumunda kusuru ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla uygulanacak hükmün tespiti hukuki sonuçları itibariyle önem arz etmektedir.

Bu durumda; eğer hataya düşmeseydi failin davranışı hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacaksa, fail hakkında hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/3) hükümleri uygulanmalıdır. Fakat fail hataya düşmemiş olsaydı dahi davranışı hukuka uygun hale gelmeyecekse ve haksızlık bilinci de mevcut değilse hatasının kaçınılmaz olup olmadığı araştırılarak yasak hatası (TCK m. 30/4) hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır⁵⁸. Bununla birlikte, doktrinde fail hataya düşmemiş olsaydı dahi davranışı hukuka uygun hale gelmeyecekse ve failin haksızlık bilincinin (veya olası haksızlık bilinci) de var olduğu sonucuna ulaşırsa; bu durumda fail hakkında 27'nci maddedeki indirim veya cezasızlık hali uygulanmasının

mümkün olduğu ifade edilmiştir⁵⁹. Her ne kadar kanun koyucu, sınırın aşılması açısından bir ayırım yapmasa da (yani failin kastının olmaması hukuka uygunluk nedeninin varlığında bir yanılmadan kaynaklanabilir veya failin yanlış bir öngörüsü sonucunda kasıtlı eylem faile yüklenemiyor olabilir), Türk ceza hukukunda sınırın aşılması (TCK m. 27/f. 1) hükmünün uygulanabilmesi için diğer tüm maddi koşulların somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Aksinin kabulü durumunda; aslında mevcut olmayan (varsayılan) bir saldırıya karşı savunmada sınırı aşan fail, meşru savunmanın tüm şartlarını sağlamakla birlikte sadece savunmada sınırı aşan faille aynı konuma getirilmiş olacaktır⁶⁰. Dolayısıyla somut olayda hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata hem de bundan bağımsız olarak sınır aşımı varsa; bu durumda sınır aşımını özel olarak düzenleyen TCK m. 27/1 uygulama alanı bulması isabetli olmayacaktır.

Sonuç olarak, somut olayda; ortada bir saldırı olmamasına rağmen fail savunma yapmakta ve düştüğü değerlendirme hatası nedeniyle sınırı da aşmaktadır. Dolayısıyla olayda varsayılan meşru savunmada izin yanılığına dayanan bir sınır aşımı söz konusudur. Failin zihnindeki durum (saldırının varlığı) gerçek olsaydı dahi davranışı (savunma hareketi) hukuka uygunluk nedeninin sınırları içerisinde olmayacaktır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata (TCK m. 30/f. 3) hükmü uygulanamaz. Fail, varsayılan savunma hareketinin, hukuka uygunluk nedeninin sınırları içerisinde olduğunu düşünerek hareket etmektedir. Bu durumda somut olayda failin haksızlık bilincinin olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla Türk ceza hukuku bakımından yasak hatası hükümleri (TCK m. 30/f.4) uygulama alanı bulabilir.

Çift taraflı hata, uygulama açısından da önem arz etmektedir. Nitekim yargı kararlarında da hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile sınırın aşılmasının aynı olayda gerçekleşmesinde dahi müesseselerin karıştırıldığı görülmektedir. Örneğin; Kahramanmaraş'ta sabaha karşı el feneriyle camiden dönen iki yaşlının terörist zannedilerek öldürüldüğü olayda, yerel mahkeme hukuka uygunluk nedeninde sınırın taksirle aşıldığını kabul ederken; Yargıtay hareketin kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamında hukuka uygun olduğunu ve sınırın aşılmadığını kabul ederek yerel mahkemenin hükmünü bozmuştur⁶¹. Bu olayda, kanaatimizce ortada bir

⁵⁶Gropp, *Doppelirrtum*, 2016.

⁵⁷ Wolf, *Doppelirrtümer im Strafrecht*, 2019, s. 422-423.

⁵⁸Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 288-289; Değirmenci, *TBB*, s. 181, Karaaslan, *LHD*, s. 1681.

⁵⁹Erman, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, s. 288-289.

⁶⁰Kühl, *AT*, s. 473, kn. 69.

⁶¹Yargıtay 1. CD, E. 2007/5329, K. 2008/1382. Özgenç, 765 sayılı TCK döneminde kanunda

saldırı olmadığı için sınırın aşılması hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir. Bir başka kararda ise kuru sıkı tabancayla kendisine ateş eden husumetlisini, tabancanın kuru sıkı olduğunu bilmeden ve silahlı saldırı devam ederken iki el ateş ederek (yüzünden ve göğsünden) öldüren fail için ceza mahkumiyeti veren yerel mahkeme kararını Yargıtay, TCK m. 27/2 hükmünün uygulanması gerektiğinden bahisle bozmuştur⁶². Oysa karara konu olayda elverişli bir saldırı bulunmadığı için sınırın aşılması hükümlerinin uygulanması isabetli olmamıştır.

SONUÇ

Bu çalışmada, hata öğretisinin ileri seviyelerinde tartışılan ve Alman ceza hukuku doktrininde “Doppelirrtum” olarak isimlendirilen *çift taraflı hata* kavramı incelenmiştir. Çift taraflı hatada, düz hata ve tersine hata hali aynı olayda gerçekleşmektedir. Bir başka ifadeyle, bir taraftan dış dünyada gerçekleşen bir olay failin eksik veya yanlış bilgisi nedeniyle zihnindeki gerçeklikle uyuşmazken; diğer taraftan fail gerçekte bulunmayan bir olayı var zannederek ceza sorumluluğuna ilişkin doğru olmayan bir sonuca varmaktadır. Bu durumda, failin yanlılığı hem dış dünyadaki olgular hem de hukuk kuralları hakkında olmaktadır.

Çalışmada çift taraflı hatanın çeşitleri olarak gösterilen iki farklı hata türü incelenmiştir. Birincisi, suçun maddi unsurlarında hata ile tersine unsur hatasının birleşimidir. Bu durumda fail, hatalı tasavvuru nedeniyle bir taraftan suçun maddi unsurlarında hataya düşerken, diğer taraftan tersine unsur hatasına düşmektedir. Böylece fail, gerçekleştirmeyi kast ettiği suçun yanlılığı nedeniyle işleyememekte fakat başka bir suçun maddi unsurlarını gerçekleştirmektedir. İkincisinde ise fail, hareketine izin veren bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının somut olayda gerçekleştiğini düşünmesine rağmen söz konusu nedenin maddi koşullarında hataya değerlendirme hatası ile birlikte düşmektedir. Bu durumda, hukuka uygunluk nedeninin koşulları

hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hataya ilişkin bir düzenleme olmadığından sorunun hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılmasına ilişkin 50. madde ile bağlantılı olarak çözülmeye çalışıldığını belirtmektedir. Bu nedenle yerel mahkemenin taksirden hüküm kurmasının kısmen doğru bir karar olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, 2016, s. 450, dipnot 786.

⁶²Bu karar doktrinde de eleştirilmektedir ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. İlhan Üzülmöz, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Sartlarında Hata (Karar Tahlili)”, *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi*, 26 Mayıs/May- 4 Haziran/June 2010, C: II, s. 2137 vd.

fiilen var olsaydı bile failin düştüğü değerlendirme hatası nedeniyle hareketi hukuka uygun olmayacaktır.

Çift taraflı hatanın ilk görünüm şekli olan suçun maddi unsurlarında hata ile tersine unsur hatasının birleşimi durumunda, failin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği doktrinde tartışılmaktadır. Alman doktrininde baskın görüş, suçun maddi unsurlarında hatanın varlığı durumunda kastı ortadan kalkan fail için diğer unsurlara (kusur basamağına) inmeye gerek olmadığı yönündedir. Bu nedenle, suçun maddi unsurlarında hatası nedeniyle hareketinin haksızlık teşkil ettiği konusunda yanılan fail için suçun maddi unsurlarına hata hükümleri (ACK m. 16) uygulanmalıdır. Bununla birlikte, karşı görüş ise özellikle çalışmada incelenen gelincik olayının *tipikliğin normatif unsurları hakkında hata* kuralları çerçevesinde çözülebileceğini savunmaktadır. Bu görüş, failin normatif unsurlardaki yorum hatası nedeniyle hareketinin haksızlık teşkil ettiği hususunda düştüğü hataları yasak hatası (ACK m. 17) kapsamında değerlendirmektedir.

Türk ceza hukukunda bir görüş, çift taraflı hatayı esaslı olmayan hata olarak değerlendirerek fail hataya düşmeseydi de hareketi suç teşkil edeceği için gerçekleştirmeyi kast ettiği, fakat objektif durumda hatası nedeniyle oluşmayan suçtan kasten işlenmiş gibi cezalandırılmasını öngörmektedir. Fakat failin iradesi lehine çözümü benimseyen bu görüş, kanaatimizce çift taraflı yanılan failin durumu için hata teorisi ile uyumlu bir çözüm sunmamaktadır. Bu kapsamda karşı görüş, suçun maddi unsurlarında hata ve değerlendirme hatasına aynı olayda düşülmesi durumunda Alman doktrininde baskın görüşün benimsediği gibi suçun maddi unsurlarında hatanın öncelik kazanacağını ifade etmektedir. Bu durumda, failin söz konusu suç bakımından kastı ortadan kalkacağı için eğer suçun taksirli hali cezalandırılıyorsa ve failin taksiri varsa suçun taksirli şeklinden sorumluluğu söz konusu olacaktır (TCK m. 30/1).

Kanaatimizce çift taraflı hata durumunda failin düştüğü hata halleri ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Gelincik olayında, failin suçun maddi unsurlarında düştüğü hata yasak avlanma suçu bakımından kastını ortadan kaldırırken, ikinci düştüğü hatta ancak elverişsiz bir teşebbüse neden olabilir. Bu durumda, failin söz konusu suç bakımından kastı ortadan kalkacağı için eğer suçun taksirli hali cezalandırılıyorsa ve failin taksiri varsa suçun taksirli şeklinden sorumluluğu söz konusu olacaktır (TCK m. 30/1). Eğer taksirli suçtan dolayı da cezalandırılması mümkün olmamışsa; Türk ceza hukuku bakımından elverişsiz teşebbüsün de cezalandırılmıyor

olması nedeniyle düştüğü çift taraflı hata sonucu ortaya çıkan suçtan failin cezalandırılması mümkün gözükmemektedir.

Çift taraflı hatanın ikinci görünüm şekli olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata ile izin kapsamında düşülen değerlendirme hatasının birleşimi incelenmiştir. Alman hukukundaki baskın görüşün çözümüne göre; bu durumda değerlendirme hatası öne geçecek ve haksızlık hatası (ACK m. 17) kurallarına göre failin hatası kaçınılmaz ise kusuru ortadan kalkacaktır. Alman ceza hukuku bakımından geçerli olan bu sonuçların, Türk ceza hukuku bakımından geçerli olup olmayacağı değerlendirmeye muhtaçtır. Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda yasak hatası hükümleri ile çözülen sınır aşımı, Türk Ceza Kanunu'nda hata kurumunun ötesinde ceza sorumluluğunu daraltan bir içeriğe sahiptir. Fakat doktrinde ifade edilen; fail hataya düşmemiş olsaydı dahi davranışı hukuka uygun hale gelmeyecekse ve failin haksızlık bilincinin de var olduğu sonucuna ulaşırsa; bu durumda fail hakkında 27'nci maddedeki indirim veya cezasızlık hali uygulanmasının mümkün olduğu görüşüne katılmıyoruz. Her ne kadar kanun koyucu, sınırın aşılması açısından bir ayırım yapmasa da (yani failin kastı hukuka uygunluk nedeninin varlığında düştüğü hata nedeniyle olmayabilir veya failin hatalı bir öngörüsü nedeniyle kasıtlı suç faile yüklenemiyor olabilir), Türk ceza hukukunda sınırın aşılması (TCK m. 27/f. 1) hükmünün uygulanabilmesi için diğer tüm maddi koşulların somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Aksinin kabulü durumunda; aslında mevcut olmayan (varsayılan) bir saldırıya karşı savunmada sınırı aşan fail, meşru savunmanın tüm şartlarını sağlamakla birlikte sadece savunmada sınırı aşan faille aynı konuma getirilmiş olacaktır⁶³. Dolayısıyla somut olayda hem hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata hem de bundan bağımsız olarak sınır aşımı varsa; bu durumda sınır aşımını özel olarak düzenleyen TCK m. 27/1 uygulama alanı bulması adil olmayacaktır. Dolayısıyla bu durumda kural olarak karşımıza iki ihtimal çıkmaktadır:

1. Fail hataya düşmeseydi, davranışı hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalacaksa; hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata (TCK m. 30/3) hükümleri uygulanmalıdır.
2. Fail hataya düşmemiş olsaydı dahi davranışı hukuka uygun hale gelmeyecekse ve haksızlık bilinci de mevcut değilse -hatasının kaçınılmaz olup olmadığı araştırılarak- yasak hatası (TCK m. 30/4) hükümleri uygulanmalıdır.

⁶³Kühl, *AT*, s. 473, kn. 69.

KAYNAKÇA

- Abanoz Öztürk B, *Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2021.
- Akbulut B, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Artuk M. E/ Gökçen A/ Alşahin M/ Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Adalet Yayınevi, 2020.
- Baumann J, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 1964.
- Baumann J/ Weber U/ Mitsch W, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2003.
- Bindokat H, “Zur Frage des doppelten Irrtums”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 16. Jahrgang-1. Halbband, München, Berlin und Frankfurt am Main: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1963, s.745-748.
- Börker R, “Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irr tümliche Annahme der tatbestandlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes”, *JR (Juristische Rundschau)*, 1960, s.168-170.
- Brand C/ Lenk M, “Probleme des Nötigunhsnotstands”, *JuS*, 2013.
- Cihan E, *Ceza Hukukunda Fiili Hata*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul, 1971.
- Değirmenci O, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *TBBD*, 110, 2014, s. 129-188.
- Dönmezer S/ Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, 15. Tıpkı Baskı, Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kiziroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, R. Murat Önok, R. Barış Erman (Ed.), Der Yayınları, 2021.
- Engisch K, “Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, Kritische Betrachtungen zu den §§ 19 und 40 des Entwurfs 1958”, *ZtSW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)*, 1958, s. 566-615.
- Erman B, *Yanı lmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Springer, 2015.

- Gropp W, “Abschied vom Doppelirrtum”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (9), 2016, s. 601-608.
- Haft F, “Der doppelte Irrtum im Strafrecht”, *JuS*, 1980, Heft 6, s. 430-436.
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Kohlhammer, 2016.
- Karaaslan R, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Koşullarında Hata”, *Legal Hukuk Dergisi (LHD)*, 15(172), 2017, s. 1665-1721.
- Katoğlu T, “Türk Ceza Kanunu ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin sistematiği”, *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Das Strafrecht im deutsch-türkischen Rechtsvergleich*, 3, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Yener Ünver (Yayına Hazırlayanlar), 2010, s. 147- 155.
- Kaufmann A, *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Verlag Krach, Mainz, 1949.
- Kaufmann A, “Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen”, (21), *JZ*, 1954, s. 653- 659.
- Kıyığı N, *Almanca Sözlük*, Beck C.H., 2010.
- Kindhauser B, *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 10. Aufl., Nomos, 2019.
- Koca M/ Üzü lmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Köhler M, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1. Aufl., Springer, 1997.
- Krey E, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1*, 5. Aufl., Kohlhammer, 2012.
- Kuhlen L, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, 1. Aufl., Peter Lang, 1987.
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Franz Vahlen, 2017.
- Mahmutoğlu F, Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta Basım, 2017.
- Mitsch, *Strafrecht, Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte*, 3. Aufl, 2015.
- Özbek V, Doğan K, Bacaksız P, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Özbek V, Doğan K, Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Özgenç İ, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2016.

- Perkin R, “Ignorance and Mistake in Criminal Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, November 1939, s. 35-70.
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I*, Verlag C. H. Beck, 2006.
- Samaha J, *Criminal Law*, (12th Edition), Cengage learning, 2017.
- Scheffler U, “Der Erlaubnistatbestandsirrtum und seine Umkehrung, des Fehlen subjektiver Rechtfertigungselemente”, *Jura*, 1993, s. 617- 626.
- Schaffstein F, “Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre”, *MDR*, 1951, s. 196-200.
- Schünemann, Laufhütte, Rissing-van Saan, Tidemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10*, 12. Aufl. 2008.
- Smith J, *Criminal Law*, 9th Edition, London-Edinburgh-Dublin, Butterworths, 1999.
- Sternberg, Lieben, Schuster, Schönke und Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014.
- Stratenwerth G, Kuhlen, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Franz Vahlen, 2011.
- Türk Hukuk Lügatı*, Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Üzülmez İ, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata (Karar Tahlili)”, *Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi*, II(2137) vd. 26 Mayıs/ 4 Haziran 2010.
- Weber H, “Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund”, *JZ*, 1951, s. 260-263.
- Welzel H, *Das Deutsche Strafrecht*, 6. Aufl., Walter de Gruyter, 1958.
- Wessels J, Beulke W, Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 49. Auflage, C.F. Müller, 2019.
- Wolf C, “Doppelirrtümer im Strafrecht”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 2019, s. 418-434.
- Yenisey F, Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük*, Genişletilmiş 2. Baskı, 2015.
- Yerdelen E, “Ceza Hukukunda Yorumlama Hatası (Der Subsumtionirrtum)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 9(25), 2014, s. 69-101.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

GVK MADDE 18 KAPSAMINDA TELİF KAZANCININ VE İHTİRA BERATININ (PATENTİN) VERGİLENDİRİLMESİ

TAXATION OF COPYRIGHT AND PATENT EARNING IN THE SCOPE
OF ARTICLE 18 OF THE INCOME TAX LAW

Enes İNCEL*  

Özet

10.34246/ahbvuhfd.1167553 

Fikir ve sanat eseri üretiminin teşvik edilmesi, bilgisayar programcılığının gelişiminin desteklenmesi amacıyla müellif, mütercim, heykeltıraş, hattat, ressam, bestekâr, bilgisayar programcısı ve mucitlerin ürettikleri eser ve buluşlardan elde edilen hasılatın belirli bir tutarı aşmayan kısmı 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) 18'inci maddesiyle gelir vergisinden istisna tutulmuştur.

GVK'nin 18'inci maddesinde düzenlenen istisna kapsamında olan kazançlar için daha önce herhangi bir sınırlama bulunmazken, 2019 yılında 7194 sayılı Kanun'la istisnaya kazanç yönünden bir sınır getirilmiştir. Buna göre, GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen kazanç tutarı bir takvim yılında GVK'nin 103'üncü maddesinde yazılı tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşması durumunda istisna uygulanmayacaktır. Bu halde elde edilen kazancın tamamı yıllık gelir vergisi beyannamesiyle beyan edilecektir.

Çalışmada GVK'nin 18'inci maddesinde düzenlenen istisnanın uygulanabilmesi için gerekli şartlar incelenecek, güncel değişiklikler ve tartışmalı hususlar üzerinde durulacaktır.

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** incel.enes@hbv.edu.tr, **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-9496-4833> **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1167553

• **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.*



Anahtar Kelimeler: Fikir ve Sanat Eseri • Patent • Faydalı Model • Telif Kazancı • Vergi İstisnası.

ABSTRACT

In order to encourage the production of intellectual and artistic work, to support the development of computer programming, the proceeds from the works and inventions produced by authors, translators, sculptors, calligraphers, painters, composers, computer programmers and inventors are exempt from income tax with Article 18 of the Income Tax Law No. 193 (GVK).

Accordingly, if the amount of earnings received under Article 18 of the Income Tax Code exceeds the amount contained in the fourth income tranche of the tariff written in Article 103 of the Income tax Code in a calendar year, an exception will not be applied. In this case, all of the income earned will be declared with the annual income tax return.

In the study, the necessary conditions for the application of the exception regulated in Article 18 of the GVK will be examined, current changes and controversial issues will be discussed.

Keywords: Intellectual And Artistic Work • Patent • Utility Model • Copyright Earn • Tax Exemption.

EXTENDED ABSTRACT

The work created by the author with the use of original and creative thought is called intellectual and artistic work. A number of rights arise in terms of the Law on Intellectual and Artistic Works that the author can benefit on this intellectual and artistic work. These rights are called copyrights. Copyrights are categorized as financial rights and moral rights. The copyright income is obtained by using the financial rights on the work.

Copyright income refers to the income obtained from the evaluation of intellectual and artistic works. Income generated by the author's selling of works and patents or transferring or leasing their existing rights on them is called copyright income. This income is exempted from income tax, subject to the conditions regulated in Article 18 of the Income Tax Law. This tax exemption, which is regulated in Article 18 of the Income Tax Law, has been included in the Turkish tax system to ensure that cultural quality and creativity are protected. According to the conditions determined in the article of the law, which is called "copyright income exception" in the doctrine, firstly the person who produced the work as the author can benefit from the tax exemption. The professional title that the author can benefit from the tax exemption is determined as "writer, translator, sculptor, calligrapher, painter, composer, computer programmer and inventor". People other than those listed here cannot benefit from

the tax exemption. In order for the author to benefit from the tax exemption, it is not necessary for him to constantly deal with these works or turn these works into a profession. This tax exemption can also be applied by performing these works temporarily. Apart from the authors, the legal heirs of the authors can also benefit from this tax exemption. According to the regulation of the law, the appointed heirs cannot benefit. Thus, the persons who can benefit from the tax exemption are limited by law. Revenues obtained by people other than these, due to the work, are not covered by this tax exemption.

Another condition of the regulation is that the work produced by the author is accepted as a work within the framework of the provisions of the Law on Intellectual and Artistic Works and the patent is also registered. At the same time, the work must be included in one of the types of work listed in Article 18 of the Income Tax Law or should be one of the works that are similar to these works. In the Article 18 of the Income Tax Law, the types of works are not counted as limited. By using the preposition "like" in the regulation of the law, it is regulated that works similar to the works listed here may also be within the scope of tax exemption. The authorized body to make the final decision regarding the implementation of the regulation in this regard is the relevant departments of the Ministry of Treasury and Finance.

Another condition for the application of the tax exemption is that the work has been created within the framework of self-employment activity and the income obtained is in the nature of self-employment earnings. Article 18 of the Income Tax Law is regulated under the title of "Tax Exemption in Self-Employment Earnings". Accordingly, if the work is produced under an employer and dependent on a certain workplace, no tax exemption is applied to this income. The work must be produced under the personal responsibility of the author, on his own behalf and account, without being subject to an employer.

Other than all these conditions, amendments were made to Article 18 of the Income Tax Law with the Law numbered 7194 on 05.12.2019. According to this law amendment, income tax exemption is not applied if the copyright income received in a calendar year exceeds the amount in the fourth slice of the income tax schedule. Thus, the application of the copyright income exception is limited in terms of the amount of the income. This change causes earners to bear a heavy tax burden and also to face tax procedures such as filing tax returns and documenting expenses. This regulation, which removes the copyright income exception from being a tax exemption, is also contrary the tax justice and certainty principles.

Apart from all these conditions, this tax exemption is far from a permanent tax exemption. According to Article 18 of the Income Tax Law, which regulates the tax exemption, "self-employment earnings exemption has no effect on the tax to be paid by withholding in accordance with Article 94 of this Law." Accordingly, applying an income tax exemption to copyright incomes does not prevent the income tax deduction to be made in accordance with Article 94 of the Income Tax Law. If a transaction is

made with persons and institutions that are liable to withhold tax, the counterparty of the transaction withholds according to Article 94 of the Income Tax Law. The rate of withholding was determined as 17% with the Decree of the Council of Ministers dated 12.01.2009 and numbered 2009/14592. If the income is obtained from persons who are not liable for withholding, no tax deduction is made. In this case, Article 18 of the Income Tax Law is applied as a complete tax exemption. This tax deduction, which is included in the tax exemption, causes the provision to move away from the nature of a tax exemption and turn into a single-rate taxation. The application of tax deduction, which is contrary to the increasing rate structure of the income tax system, is contrary to the application of this tax exemption.

GİRİŞ

Fikir ve sanat eserlerinin değerlendirilmesiyle elde edilen hasılat, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) "Serbest Meslek Kazançlarında İstisna" başlığıyla düzenlenen 18'inci maddesinde gelir vergisinden istisna tutulmuştur. İstisna; şiir, hikâye, roman, makale, bilimsel araştırma ve incelemeler, bilgisayar yazılımı, röportaj, karikatür, fotoğraf, film, video bant, radyo ve televizyon senaryo ve oyunu gibi eserlerin yayınlanmasını; kitap, CD, disket, resim, heykel ve nota halindeki eserlerin ile ihtira beratlarının satılmasını; bunlar üzerindeki hakların devredilmesini veya kiralanmasını kapsamaktadır. Söz konusu istisnanın uygulanabilmesi için hasılatın müellif, mütercim, heykeltıraş, hattat, ressam, bestekar, bilgisayar programcısı, mucitler veya bunların kanuni mirasçıları tarafından elde edilmesi, fikri ürünün Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ve GVK kapsamında eser olarak kabul edilmesi ve hasılatın serbest meslek kazancı niteliğinde olması gerekmektedir. Serbest meslek faaliyetinin devamlılığı açısından herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Bu sebeple GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen kazançların arızı olarak elde edilmesi, istisnanın uygulanmasına engel değildir.

Öğretide telif kazancı istisnası olarak isimlendirilen GVK'nin 18'inci maddesinde düzenlenen istisna, kültürel niteliğin ve yaratıcılığın himaye edilmesi bakımından son derece önemlidir. Buna karşın telif kazancı istisnası sürekli bir istisna değildir. Eser sahibi tarafından eserin, GVK madde 94'te sayılan tevkifat yapmakla yükümlü kişi ve kurumlara devredilmesi durumunda hasılat, vergi kesintisine tabi olur. Başka bir ifadeyle telif kazancı istisnasının GVK madde 94 uyarınca tevkif suretiyle ödenen vergiye etkisi yoktur.

05.12.2019 tarihinde 7194 sayılı kanunla GVK'nin 18'inci maddesinde

birtakım değişiklikler yapılmıştır. İlk olarak istisnanın uygulanması bakımından hasılat miktarına sınırlama getirilmiştir. Buna göre, GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen kazançları toplamı 103'üncü maddede yazılı gelir vergisine esas tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşanlar bu istisnadan faydalanamayacaklardır. Böylece, GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen ve aynı kanunun 103'üncü maddesinde yazılı gelir vergisine esas tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşmayan kazançların tamamının gelir vergisi istisnası kapsamında olduğu; belirlenen tutarın üzerinde hasılat elde edildiği durumda istisnanın hiçbir şekilde uygulanmayacağı düzenleme altına alınmıştır.

Söz konusu istisna hakkında yayımlanan 311 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde yeni uygulamanın esasları duyurulmuştur. Genel tebliğde yeni düzenlemeye göre istisnanın uygulanması, beyan ve tevkif suretiyle ödenen vergilerin mahsubu, istisnada tevkifat uygulaması ve defter tutma ve belge düzeni hakkında açıklamalar yapılmıştır.

Bu çalışmada telif kazancının vergilendirilmesinde GVK madde 18'de düzenlenen istisna hükmünün üzerinde durulacak; istisnadan yararlanma şartları ve öğretide tartışmalı olan mevzular ele alınacak; 7194 sayılı kanunla getirilen sınırlamanın nedenleri, sonuçları ve etkileri değerlendirilecek; 311 Seri No'lu Genel Tebliğinde açıklanan şekli yükümlülükler incelenecektir. Son olarak telif kazançlarına Katma Değer Vergisi'nin (KDV) uygulanması açıklanacaktır.

I. TELİF KAZANCI İSTİSNASI

GVK'nin 18'inci maddesinde "Serbest Meslek Kazançlarında İstisna" başlığıyla fikir ve sanat eserlerinin değerlendirilmesi sonucunda elde edilen telif kazancının gelir vergisi bakımından vergilendirilmesi düzenlenmektedir. Belirli şartların sağlanması halinde bu kazançlar üzerinden gelir vergisi hesaplanmayacaktır. Buna göre, GVK'nin 18'inci maddesinde düzenlenen istisna hükmüyle telif haklarının değerlendirilmesi sonucunda elde edilen hasılat, gelir vergisinden istisna tutulmaktadır.

İstisna hükmü, öğretide telif kazancı istisnası olarak isimlendirilmektedir. Bu durumun tarihi dayanağı, 5421 sayılı ilk GVK'nin¹ 18'inci maddesinin başlığının "telif kazançları istisnası" olmasıdır.² Bundan başka 193 sayılı

¹ 9 Haziran 1949 Tarihli ve 7228 Sayılı Resmî Gazete.

² Fikir ve sanat eserlerinin değerlendirilmesi yoluyla elde edilen gelirlerin vergiden istisna

GVK'nin çeşitli maddelerinde de “*telif haklarından elde edilen kazanç*” ifadesinin kullanılması bu isimlendirmenin yerleşmesini sağlamıştır.³ İstisnanın konusu, fikir ve sanat eserlerinin değerlendirilmesi sonucunda elde edilen hasılattır. Bu sebeple hükmün bu isimle anılması doğru ve yerindedir.⁴

Telif kazançlarına gelir vergisi istisnası uygulanabilmesi için kanunda belirlenen şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Buna göre bu bölümde ilk önce kavramsal yönüyle telif hakları ve ihtira beratı incelenecek, telif haklarından gelir elde etme yöntemleri üzerinde durulacak ve sonrasında telif kazancı istisnasının şartları açıklanacaktır.

A. Telif Hakkı ve İhtira Beratı

1. Kavramsal Çerçeve

Telif hakkı, özgün nitelikteki yaratıcı düşünce gücüyle ortaya konan fikir ve sanat ürünleri üzerindeki haklardır.⁵ Fikri haklar olarak da isimlendirilen bu haklar ilim ve edebiyat eserlerinde, müzik eserlerinde, güzel sanat eserlerinde, sinema eserlerinde ve işleme eserlerinde vücut bulur. Bu haklar, eşyanın cismine ait olan bir değeri değil onları meydana getiren fikre ait olan, gayri maddi bir değeri ifade eder.⁶ Bu yönüyle telif hakkı somutlaştığı maddeden ayrı, bağımsız bir varlığa ve hukuki değere sahip olur.⁷

Telif hakkının maddi dünyada görünümü, sahibinin hususiyetini taşıyan bir eser üzerinde ortaya çıkar.⁸ Eser kavramının kapsamı ve niteliği, 5846 sayılı FSEK’te açıklanmaktadır. FSEK anlamında bir eser üzerinde doğan telif hakları, mali haklar ve manevi haklar olarak kategorize edilir.

edilerek eser sahiplerinin korunması, ilk defa 14.03.1926 tarihinde yürürlüğe giren, 755 sayılı Kazanç Vergisi Kanunu ile gerçekleşmiştir. (14.03.1926 tarih ve 321 sayılı Resmî Gazete).

³ 193 Sayılı GVK, Madde 70/1-6, Madde 80/1-3, Madde 94/1-2-b-4, Madde 101/3.

⁴ Fikir ve sanat eserlerinden başka bilgisayar yazılımları ve patent hakkının değerlendirilmesiyle elde edilen hasılat da GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında gelir vergisinden istisnadır. Çalışmada telif kazançları istisnası; fikir ve sanat eserlerini, bilgisayar yazılımlarını ve patent hakkını kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

⁵ Özgür Semiz, *Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi ve Kamusal Denetim Boyutları*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 42; Muhiddin Altuntaş, *Telif Kazançlarının Vergilendirilmesinin Mevzuat ve Uygulama Açısından Analizi*, 1. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, 1996, s. 11.

⁶ H. Alperen Evrensel, *Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.24.

⁷ <http://www.telifhaklari.gov.tr/Telif-Hakki-Nedir> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2022.

⁸ Mustafa Altuğ Yalın, *Türk Hukukunda Telif Hakları ve Vergilendirilmesi*, (Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 14.

2. Eser Kavramı ve FSEK’e Göre Eser Şartları

Eser, sahibinin zihni ve yaratıcı düşüncesiyle ortaya konan fikri üründür. FSEK’e göre ise eser, “sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleridir.”⁹ Bir fikri ürünün hukuki anlamda korunması için FSEK’te gösterilen tanıma uyması ve kanunda belirlenen koşulları taşıması gerekir. Eser mahiyeti için gerekli unsurları taşımayan fikri ürünler hukuki koruma hükümlerinden de yararlanamaz. FSEK m. 1/B-a tanımında belirlenenlere göre bu koşullar; eserin bir insan tarafından meydana getirilmesi, eserin FSEK’te yer verilen eser türlerinden birinin kapsamında üretilmesi¹⁰, eserin fikri bir gayretin sonucunda oluşması, eserin sahibine ait bir özelliği bünyesinde taşıması¹¹ ve bunu dışarıya aksettirecek bir yapıda meydana gelmesidir.¹²

Eser kavramı, GVK'nin 18'inci maddesinde düzenlenen telif kazançları istisnası bakımından önem arz eder. Telif kazançları ve ihtira beratına ilişkin istisna hükmünde eser kavramı tanımlanmamış; ancak istisnanın uygulanabilmesi için meydana getirilen eserlerin FSEK kapsamında eser niteliğinde olması bir unsur olarak kabul edilmiştir.

3. Eser Sahibi ve Eser Sahibinin Eser Üzerinde Hakları

a. Eser sahibi

Eser sahibi, eser üzerindeki malvarlığına ve şahsiyete ilişkin mali ve manevi hak ve yetkilerin sahibi olan kişidir.¹³ FSEK’in 1-B/b maddesine

⁹ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Madde 1/B-a. 13/12/1951 Tarihli, 7981 Sayılı Resmî Gazete.

¹⁰ Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1-B/a maddesinde, fikir ve sanat ürününün, 2 ila 5'inci maddeleri arasında sayılan ana eser kategorilerinden birine dahil olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu ana eser grupları, bilim ve edebiyat eserleri, müzik eserleri, güzel sanatlar eserleri, sinema eserleridir. Bunlara ek olarak kanunda düzenlenen işleme ve derlemeler de ana eser grubu kabul edilmektedir. Öğretide, ana eser kategorilerinde sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu yani, “numerus clausus” ilkesinin varlığı kabul edilmiştir.

¹¹ Bir fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için o ürünü diğerlerinden ayırabilecek bir özelliğin ve özgünlüğün bulunması; zihni bir faaliyetin neticesinde ortaya çıkan, sahibinin hususiyetini taşıyan, orijinal bir yaratma eseri olarak özgün bir çalışma olması gerekmektedir.

¹² Fikri ürünün eser olarak korunabilmesi için, eser sahibinin fikir dünyasından çıkarak, üçüncü kişilerin algılayabileceği bir aşamaya geçmiş olması gerekmektedir. Fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için doğrudan veya dolaylı biçimde objektif olarak algılanabilir nitelikte olması gerekmektedir.

¹³ Musa Yıldırım, *Gayrimaddi Haklar ve Vergilendirilmesi*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 30.

göreyse eser sahibi, eseri meydana getiren gerçek kişidir. Kişinin eser sahibi olarak kabul edilmesi için, bir hukuki işlem yapmasına veya kayıt işlemi gerçekleştirmesine kural olarak gerek yoktur.¹⁴ Eser sahipliği kavramı, FSEK'te düzenlenen telif haklarından yararlanılması bakımından önemlidir.¹⁵

b. Eser sahibinin eser üzerinde hakları

FSEK anlamında eser kabul edilen bir fikri ürün üzerinde doğan haklara telif hakları denir. Telif hakları, mali haklar ve manevi haklar olarak kategorize edilir. Buna göre manevi haklar; eseri kamuya sunma hakkı, eserde sahibinin adını belirtme hakkı, eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı ve eser sahibinin zilyet ve malike karşı haklarıdır. Mali haklar ise; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı, pay ve takip hakkıdır. Mali haklar devredilebilir niteliktedir. Manevi haklarsa şahsa sıkı sıkıya bağlı niteliğe sahiptir ve devredilemezler.¹⁶ Eser üzerinden elde edilen telif kazancı mali hakların değerlendirilmesiyle elde edilir.

4. Telif Haklarının Devredilmesi ve Telif Kazancı Elde Edilmesi

a. Telif haklarının devredilmesi

FSEK kapsamında mali hakların devredilmesinin iki yöntemi vardır. Bunlardan birincisi eser sahibinin ölümü üzerine mali hakların intikali, ikincisi ise sözleşme ilişkisi kurulmasıdır.

Eser sahibinin ölümü üzerine miras yoluyla mali hakların intikali, 4721 sayılı TMK'nin miras hükümlerine göre gerçekleşmektedir. Bu hususta FSEK'in 63'üncü maddesinde, mali hakların miras yoluyla intikal edebileceği

¹⁴ İstisnai olarak; FSEK m. 13'e göre "sinema ve müzik eserlerinde filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları tarafından,

-Hak ihdas etmek amacı taşımaksızın,

-Sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması,

-Mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilebilmesi amacıyla, kayıt-tescil işleminin yapılması zorunludur." Bunlar dışında kalan eserler için kayıt tescil işlemi zorunlu değildir.

¹⁵ Eser sahipliği kavramı, GVK'nin 18'inci maddesi açısından da önemlidir. Hükümde telif kazançları istisnasının uygulanabilmesi için eser sahibinin müellif, mütercim, heykeltıraş, hattat, ressam, bestekar, bilgisayar programcısı ve mucit olması gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁶ Artür Karademir, *Çalışanların Yaratığı Eserler Üzerinde Fikri Hakların Kullanılması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 31.

ve mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruf yapılabileceği düzenlenmiştir. Böylece eser üzerindeki mali haklar, eser sahibinin ölümüyle terekeye dahil olarak mirasçılara geçer. Mirasla geçen telif hakları üzerinde mirasçıların tasarruf hakkı doğar ve mirasçılar mali haklar dolayısıyla telif kazancı elde edebilirler.¹⁷ Manevi hakların akıbeti ise daha farklıdır. Eser sahibinin ölümüyle birlikte manevi hakların kendisi değil, yalnızca manevi haklara ait kullanma yetkisi mirasçılara geçer.¹⁸

Telif haklarının devredilmesi yöntemlerinden bir diğeri ise sözleşme ilişkisi kurulmasıdır. Bu yöntemle, eser üzerindeki haklar kısmen veya tamamen üçüncü kişilere devredilir. FSEK'te kabul edilen iki tür sözleşme ilişki vardır. Birincisi mali hakların devredildiği telif haklarının devri sözleşmesidir.¹⁹ İkincisi ise mali hakların yalnızca kullanımının devredildiği ruhsat (lisans) sözleşmesidir.²⁰ Sözleşme ilişkisinin kurulmasıyla telif kazancı elde edilir.

b. Telif kazancı

Telif kazancı, fikir ve sanat eserlerinin değerlendirilmesi sonucunda elde edilen kazancı ifade eder. Eser sahiplerinin; eserleri ile ihtira beratlarını satmak veya bunlar üzerindeki mevcut haklarını devretmek veya kiralamak suretiyle elde ettikleri gelirler telif kazancı kapsamındadır. Eser üzerindeki mali hakların devredilebilir niteliği sayesinde, mali hakların değerlendirilmesi yoluyla telif kazancı elde edilir. Manevi hakların devri mümkün olmadığı için bunlardan ekonomik kazanç elde edilemez.

Telif kazancı, eser üzerindeki mali hakların bizzat kullanılması, devredilmesi veya kiralanması suretiyle elde edilebilir. Bu kazanç ile eser sahibi, eserindeki yaratıcılığının karşılığı olarak yararlanma ve imtiyaz haklarını kullanarak gelir elde etmektedir.²¹

¹⁷ Yalın, s. 54.

¹⁸ Evrensel, s. 162.

¹⁹ Telif haklarının devri sözleşmesine ilişkin hüküm FSEK madde 48'te yer almaktadır. Buna göre, "eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla süreli veya süresiz, karşılıklı veya karşılıksız olarak yazılı şekilde yapılacak bir sözleşmeyle başkalarına devredebilirler."

²⁰ Telif haklarının kullanımının devri sözleşmesine ilişkin hüküm FSEK madde 48-2'de yer almaktadır. Buna göre bu sözleşme eser sahibinin eser üzerindeki hakları şahsında tutarak, karşı tarafa bu haklar üzerindeki kullanma yetkisini tanıdığı bir sözleşme türüdür.

²¹ Altuntaş, s. 29.

5. İhtira Beratı

İhtira, bilinmeyen ya da farkında olunmayan bir şeyi ortaya çıkarmaktır.²² Berat ise resmî belge anlamına gelir. İhtira beratı ise, yeni bir buluş, icat veya bir yapıt ya da ürün üzerinde daha önce ortaya çıkarılmamış herhangi yenilik oluşturanlara kanunen ayrıcalık tanımak amacıyla verilen belgedir.²³ İhtira beratının pozitif hukukta karşılığı patent belgesidir.

Bir probleme yeni bir teknik çözüm getiren veya çözümün yeni bir yapılış yolunu gösteren fikir ve öğretici niteliğindeki buluşlar için patent belgesi verilir.²⁴ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre, “teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması” şartlarıyla patent verilebilir.

Patent, buluşun belirli bir süre için başkaları tarafından izinsiz biçimde kullanılmasını engelleyen hukuki bir koruma sağlar. Buluş için buluşu yapan ya da onun mirasçıları patent isteme hakkına sahiptir. Türkiye'nin ilk patent kanunu, 23 Mart 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu'dur. Bu kanun 116 yıl boyunca yürürlükte kalmış ve 1995 yılına dek kullanılmıştır. İktisadi ve teknolojik gelişmeler de gözetilerek 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu düzenlenmiştir. Buna göre, eski dilde ve mülga kanunda ihtira beratı olarak kullanılan kavram günümüzdeki patent belgesidir.

B. Telif Kazancının Vergilendirilmesinde İstisna Uygulaması

Telif haklarının değerlendirilmesi sonucunda elde edilen hasılat, GVK'nin 18'inci maddesinde belirlenen koşulların sağlanması halinde gelir vergisinden istisna tutulmuştur. Bu istisnadan yararlanma hakkı; müellif, mütercim, heykeltıraş, hattat, ressam, bestekâr, bilgisayar programcısı, mucitler ve bunların kanuni mirasçılarına tanınmıştır.

İstisna kapsamına; şiir, hikâye, roman, makale, bilimsel araştırma ve incelemeleri, bilgisayar yazılımı, röportaj, karikatür, fotoğraf, film, video band, radyo ve televizyon senaryo ve oyunu gibi eserler ile ihtira

beratları girmektedir.

İstisnanın uygulanabileceği hasılat, eserlerin; gazete, dergi, bilgisayar ve internet ortamı, radyo, televizyon ve videoda yayınlanması veya kitap, CD, disket, resim, heykel ve nota halindeki eserleri ile ihtira beratlarının satılması veya bunlar üzerindeki mevcut hakların devredilmesi veya kiralanması karşılığında elde edilebilir. Eserlerin neşir, temsil, icra ve teşhir gibi suretlerle değerlendirilmesi karşılığında alınan bedel ve ücretler de istisna kapsamındaki hasıllara dahildir.

Telif kazancı istisnasının uygulanabilmesi için fikri ürünlerin serbest meslek faaliyeti kapsamında meydana getirilmesi ve 5846 sayılı FSEK uyarınca eser kabul edilmesi gerekir.²⁵ Bundan başka bu istisnadan eser sahipleri ve bunların kanuni mirasçıları yararlanabilir. Bunlar dışında kimselerin eser dolayısıyla elde ettiği hasılat, telif kazancı istisnası kapsamında olmaz.

1. İstisna ile Hedeflenenler

GVK'nin 18'inci maddesinde düzenlenen istisna, kültürel niteliğin ve yaratıcılığın himaye edilmesini sağlamak amacıyla Türk vergi sistemine dahil edilmiştir. İstisna hükmü eser yaratma amacıyla çalışan kişilerin vergi işlemleriyle meşgul olmasının önüne geçilmesi bakımından son derece önemlidir.²⁶ Danıştay'ın bir kararında da toplumun kültürüne katkıda bulunan kişilerin eserlerinin devamının sağlanması, onların teşvik edilmesi ve özendirilmesi amacıyla bu istisnanın düzenlendiği belirtilmiştir.²⁷

1982 Anayasası'nın 64'üncü maddesi gereği devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korumakla görevlendirilmiştir. GVK'de yer alan telif kazancı istisnası bir anlamda bu hükmün temin edilmesine de katkı sağlar.²⁸ Kültür ve sanat faaliyetlerinin teşvik edilmesi, özendirilmesi, sosyal ve hukuki yönden korunması 5846 sayılı FSEK ile sağlanırken; bu türden faaliyetlerin, iktisadi ve mali yönden himaye edilmesi ise telif kazancı istisnasıyla gerçekleşir.

²² Erdal Noyan, *Patent Hukuku*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2015, s. 205.

²³ Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar / Burçak Yıldız / Dilek İmirlioğlu, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2021, s. 210; Serkan Yazıcı / Sıla Şahin, “Osmanlı Devleti'nde Patent Uygulaması: Örneklerle İhtira Beratı Kanunu İncelemesi”, *History Studies*, 2(11), 2019, s. 816.

²⁴ Güneş Yılmaz, *Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi) 2004, s. 32.

²⁵ Danıştay 4. Daire, E. 2001/1831 K. 2002/1996 T. 14.5.2002 (LegalBank); Danıştay 4. Daire, E. 2003/1481 K. 2004/1088 T. 17.5.2004, (LegalBank).

²⁶ İmdat Türkay, *Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 259.

²⁷ Danıştay 4. Daire, E. 1346, K. 5194, T. 28.12.1999, (LegalBank).

²⁸ Abdullah Çavdar, *Gelir Vergisi Sistemi Çerçevesinde Yatay Eşitlik Kavramı*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi), 2014, s. 93-94.

2. Telif Kazancı İstisnasının Şartları

Fikri ürünün değerlendirilmesiyle elde edilen hasılatın gelir vergisi istisnası kapsamında olması için GVK'nin 18'inci maddesinde belirlenen şartların yerine getirilmesi gerekir. Çalışmanın bu bölümünde bu şartlar incelenecektir.

a. Konu bakımından FSEK ve GVK kapsamında eser kabul edilme

Eser, kişinin fikri çalışması sonucu ortaya koyduğu, hukuki açıdan kıymet gören neticedir.²⁹ Telif kazançları istisnasının uygulanabilmesi için, fikri ürünün ilk olarak FSEK hükümleri çerçevesinde eser olarak kabul edilmesi ve ihtira beratının da tescil edilmesi gerekir.³⁰ Eser niteliğinin FSEK'e göre belirlenmesinin asıl sebebi, GVK'de eser kavramının tanımlanmaması ve bu hususta GVK'nin 18'inci maddesinde açıklama yapılmamasıdır.

(1) Fikir ve sanat eserleri bakımından istisnanın uygulanması

Telif kazancı istisnasının uygulanmasında fikri ürünün FSEK kapsamında eser kabul edilmesinin yanında, aynı zamanda GVK'nin 18'inci maddesinde sayılan eser türlerinden birine dahil olması veya bu eserlere benzerlik gösteren eserlerden olması gerekir. GVK'nin 18'inci maddesine göre “*şiiir, hikaye, roman, makale, bilimsel araştırma ve incelemeleri, bilgisayar yazılımı, röportaj, karikatür, fotoğraf, film, video band, radyo ve televizyon senaryo ve oyunu, kitap, cd, disket, resim, heykel ve nota ve ihtira beratları*” istisna kapsamındadır. Düzenlemede eser türlerinin ardından ‘gibi’ edatının kullanılması, eser kavramının kapsamının belirlenmesinde sınırlı sayma ilkesinin geçerli olmadığını göstermektedir. Böylece, istisna kapsamında olan eserler sayılanlarla sınırlı değildir. Buna göre cam, ahşap gibi bir malzeme kullanılarak yapılan gravür ve rölyef çalışmaları³¹, mikro heykel çalışmaları,³² hat çalışması,³³ tekstil ürünleri kullanılarak yapılan resim çalışmaları,³⁴ çini

²⁹ Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 55.

³⁰ Danıştay 4. Daire, E. 2001/1831, K. 2002/1996, T. 14.5.2002 (LegalBank)

³¹ Gelir İdaresi Başkanlığı, Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: B.07.1.G.İB.4.06.16.01-120[18-11/10]-239, Tarihi: 20.02.2012, (https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat).

³² Gelir İdaresi Başkanlığı, Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: 38418978-120[18-13/12]-836, Tarihi: 31.07.2013, (https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat).

³³ Gelir İdaresi Başkanlığı, Edirne Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: 99689007-120.01.02.11[GVK: 3-1]-7280, Tarihi: 10.03.2021, (https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat).

³⁴ Gelir İdaresi Başkanlığı, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: 62030549-120[18-

kullanılarak yapılan ebru çalışmaları,³⁵ gümüş takı tasarım ve imalat (savat süslemeciliği) çalışmaları³⁶ da telif kazancı istisnası kapsamındadır.

Eser türleri bakımından GVK madde 18'de sınırlı sayım yapılmaması, FSEK'e göre eser kabul edilen ve diğer şartları da sağlayan tüm fikri ürünlerin telif kazancı istisnası kapsamında olduğu anlamına gelmez. Özelgeler ve yargı kararlarında gösterildiği üzere FSEK'e göre eser kabul edilen fikri ürünlerin tamamı bu istisna kapsamında değildir. İstisnanın uygulanabilmesi için eserin, GVK'nin 18'inci maddesinde sayılan eser türlerinden birine dahil olması veya bu eserlere benzerlik gösteren eserlerden birisi olması şarttır. Buna göre örneğin, bir özalgede tekstil ve moda tasarım çalışmaları (destinatörlük) 5846 sayılı FSEK kapsamında güzel sanat eseri olmasına karşın, söz konusu çalışmaların GVK'nin 18'inci maddesinde sayılan eser grupları içerisinde yer almadığı için istisnanın kapsamında olmadığı belirtilmiştir.³⁷ Telif kazançlarına

2019/1656]-508706, Tarihi: 11.05.2022, (https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat).

³⁵ Kütahya Valiliği, Defterdarlık Gelir Müdürlüğü, Özelge Sayısı: B.07.4.D.EF.0.43.10.00-20182/12446-18, Tarihi: 25.02.2012, (https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat).

³⁶ Düzce Valiliği, Defterdarlık Gelir Müdürlüğü, Özelge Sayısı: 13334133-120.01.02-10, Tarihi: 02.08.2013, (https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat).

³⁷ Gelir İdaresi Başkanlığı, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: 62030549-120[18-2021/523]-1175232, Tarihi: 28/12/2021, (https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat). “Tekstil ve moda tasarım çalışmalarınız, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çerçevesinde güzel sanat eseri olarak değerlendirilmiş olmakla birlikte, söz konusu çalışmalar Gelir Vergisi Kanunu'nun 18 inci maddesinde sayılan eser gurupları içerisinde yer almadığından, aynı maddede belirtilen istisna hükümlerden faydalanmanız mümkün bulunmamaktadır.”; Gelir İdaresi Başkanlığı, Ankara Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: B.07.1. GİB.4.06.16.01-120[18-11/23]-, Tarihi: 21.02.2012, (https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat). “Moda ve ayakkabı tasarım çalışmalarınız ise, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çerçevesinde güzel sanat eseri olarak değerlendirilmiş olmakla birlikte, söz konusu çalışmalar Gelir Vergisi Kanununun 18'inci maddesinde sayılan eser gurupları içerisinde yer almadığından, aynı maddede belirtilen istisnadan faydalanmanız mümkün bulunmamaktadır.”; Gelir İdaresi Başkanlığı, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: 62030549-120[18-2018/582]-91519, Tarihi: 24.01.2020, (https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat). “Eserinizin çeşitli sanat teknikleri (Art Nouveau, Idar-Oberstein işleme tekniği olarak bilinen taş işleme tekniği, mihlama, kayıp mum tekniği) ile fil dişi, bağa olarak bilinen doğal kaplumbağa kabuğu, zümrüt, yakut, safir, elmas kullanılarak yapılan ve Osmanlı dönemi kültürü izlerini taşıyan değerli bir obje olduğu belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü tarafından ... tarih ve ... tescil numaralı olarak kayıt ve tescil edilen... adlı sanat çalışmanız 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine göre ilim ve edebiyat eseri olarak kayıt ve tescil edilmiş olmakla birlikte, söz konusu çalışmalar Gelir Vergisi Kanununun 18 inci maddesinde sayılan eser gurupları içerisinde yer almadığından, bu çalışmanızdan dolayı anılan maddede belirtilen istisnadan faydalanmanız mümkün bulunmamaktadır.”; Danıştay 4. Daire, E.1999/1346, K.1999/5194 T. 28.12, (LegalBank) “Öğretim üyesinin bir banka için düzenlediği ülkenin ekonomik durumuna ilişkin raporların eser sayılamayacağı ve bu nedenle alınan telif ücretinin GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında istisnadan yararlanamayacağı.”; Gelir İdaresi

istisnanın uygulanması bakımından nihai olarak kararı verecek yetkili organ, Hazine ve Maliye Bakanlığının ilgili birimleridir.

(2) Patent ve faydalı model bakımından istisnanın uygulanması

İhtira beratları bakımından telif kazancı istisnasının uygulanabilmesi için, 149 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde ihtira beratlarının tescil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. İhtira beratının günümüzdeki karşılığı patent belgesidir. Patent, yetkili kurum tarafından düzenlenen, belirlenmiş araştırma ve incelemelerden sonra verilen, buluş hakkını belgeleyen ve sahibine tekel niteliğinde haklar tanıyan belgedir.³⁸ Patent belgesinin alınması, 149 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinde belirtilen tescil şartını sağlamaktadır. Bu şekilde patent belgesi alındıktan sonra patent hakkının üçüncü kişilere kullandırılması ya da patent konusu ürünün kiralanması, mülkiyeti muhafaza kaydıyla devredilmesi, lisans verilmesi veya ödünç verilmesiyle elde edilen hasıllara GVK'nin 18'inci maddesinde düzenlenen istisna uygulanabilir.³⁹

Patent teknik yönü olan, tekniğin bilinen durumunu aşan, sanayiye uygulanabilir buluşlara verilmektedir. Bundan başka, bilimsel ve teknolojik temelleri yetersiz veya tartışmalı nitelik barındıran, ancak pratik ve küçük katkılar sağlayan, buluş adımının zayıf ya da eksik olduğu ve buluş basamağına yönelik bir incelemenin yapılmadığı buluşlara da faydalı model belgesi verilerek hukuki koruma sağlanmaktadır.⁴⁰

Faydalı model, patentle korunamayan ama teknolojik yenilik içerdiği

Başkanlığı, Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: 1203, Tarihi: 28.03.2006 “tekstil tasarımı (desinatörlük) faaliyetinin, GVK'nin 18'inci maddesinde sayılan meslek grupları içinde ve çalışma türleri içinde yer almaması nedeniyle istisna kapsamına girmeyeceği” belirtilmiştir.;

Danıştay'ın bir kararında ise aksi yönde görüş belirtilmiştir. Söz konusu Danıştay kararında, “tekstil tasarımı faaliyetinde bulunan desinatörlerin ilgili maddede sayılmadığı gerekçesiyle istisnadan yararlandırılmaması uygun bulunmamış ve tekstil tasarımı faaliyetinin de istisnadan yararlanabileceği yönünde karar verilmiştir” Danıştay 3. Daire, E. 1997/798, K. 1998/407, T. 13.02.1998, (LegalBank) ve Danıştay 3. Daire, E. 1991/1480, K. 1992/1543, T. 30.4.1992, (LegalBank).

³⁸ İlhami Güneş, *Sınai Mülkiyet Kanunu İşığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 19.

³⁹ “Patent hakkı sahibi, üçüncü kişilere lisans sözleşmesi yoluyla patent hakkının kullanımını tesis edebilir. Lisans sözleşmeleriyle patent, üçüncü kişilerin kullanımına açılır. Lisans sözleşmesiyle patent sahibi, buluşu üzerindeki kullanma ve yararlanma hakkını üçüncü kişiye belirli bir bedel karşılığında tesis etmektedir.” Daha fazla bilgi için bkz. Onur Sarı, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019 s. 21.

⁴⁰ Güneş, s. 481.

için korunması faydalı ve gerekli görülen buluşların hukuken korunması ihtiyacından doğan, patente göre daha ziyade küçük buluşlara verilen, ucuz, kolay ve daha kısa sürede elde edilebilen, hukuki koruma sağlayan belgedir.⁴¹ Patent ve faydalı model arasında hukuki koruma süreleri, buluş basamağı bulunması gibi belirli konularda farklılıklar olsa da her iki belge de sahibine tekel niteliğinde haklar sağlamasıyla hukuki koruma bakımından aynı niteliktedir. Patent de faydalı model de ürünlerin özgün ve teknik yönlerini konu almaktadır. Kısacası faydalı model koruması, patent hukukunun bir parçasıdır.⁴²

Faydalı modeller de hukuki işleme konu olabilmektedir. Bunların değerlendirilmesiyle kazanç elde edilmektedir. Faydalı modelden elde edilen kazançta telif kazancı istisnasının uygulanması tartışmalı bir konudur. İlk olarak faydalı model, istisna kapsamında olan eser grupları içerisinde sayılmamıştır. Bu sebeple faydalı modelin telif kazancı istisnasına uygulanmayacağı ileri sürülebilir. Buna karşın istisna kapsamında olan eserler bakımından sınırlı sayım ilkesinin geçerli değildir. Bu sebeple faydalı modelin de telif kazançları istisnası kapsamında olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki faydalı model, birçok özelliğiyle ihtira beratına (patente) benzemektedir. Her ikisi arasında telif kazancı istisnası bakımından ayırım yapılmasını gerekli kılabilecek bir gerekçe söz konusu değildir. Bu nedenle patente birçok yönden benzeyen ve patent gibi konusu yeni bir buluş olan faydalı modelin de istisna kapsamında olduğunun kabulü gereklidir.

Bundan başka telif kazancı istisnasında eser sahipliği unsurunda, mucitlerin bu istisnadan faydalanabileceği hükümde yer almaktadır. Yeni bir buluş ortaya koyan kişiye mucit denir. Faydalı modelin de, küçük nitelikli buluşlara verilen bir belge olmasından dolayı bu yönüyle de, faydalı modelin mucidinin de telif kazançları istisnasından faydalanabileceği kabul edilmelidir. Buna karşın, vergi hukukunda yorum yapılırken, kanuni sınırlamalar içerisinde kalınması ve yapılan yorumun verginin kanuniliği ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil etmemesi son derece önemlidir.⁴³ Kanunun belirlediği bir kural, sırf nitelikleri ve kuruluşları ona benzeyen fakat kanunda düzenlenmeyen

⁴¹ Rauf Karasu / Cahit Suluk / Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 226.

⁴² Karasu, Suluk, Nal, s. 295.

⁴³ Mualla Öncel / Ahmet Kumrulu / Nami Çağan / Cenker Göker, *Vergi Hukuku*, 30. Bası, Turhan Kitabevi, 2021, s. 35.

bir başka olaya uygulanarak kıyas yoluyla genişletilemez.⁴⁴ Fakat, kanunda belirli bir kavrama özel olarak dar anlam verilmediği durumda bu kavramın en geniş anlam ve kapsamıyla yorumlanması yani kıyasa varmayacak biçimde genişletici yorum yapılması mümkündür.⁴⁵ Kaldı ki, kanun metninde belirli unsurların sayılmasının ardından ‘gibi’ edatının kullanılması durumunda genişletici yorum yapılması zorunluluğu doğar.⁴⁶ Telif kazancı istisnasında da istisnanın uygulanabileceği eserler sayılırken sınırlı sayım ilkesi yapılmadığı ve gibi edatı kullanıldığı için, istisnanın kapsamı dar yorumlanmamalıdır. Bu kapsamda faydalı modellerin de istisna kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Tüm bu tartışmaların giderilmesi adına bir kanun değişikliğine ihtiyaç vardır. Nihayetinde ihtira beratı kavramı artık kullanılmamaktadır. Güncel mevzuatın takibi açısından ihtira beratı yerine patent kavramının kullanılması ve bundan başka patent ve faydalı modelin benzer özellikleri dikkate alınarak faydalı modelin de istisna kapsamına alınması gerekir.

(3). Bilgisayar Yazılımları Bakımından İstisnanın Uygulanması

Yazılım, elektronik aygıtların belirli bir işi yapmasını sağlayan programların tümü için kullanılan genel isimdir.⁴⁷ Temelde bilgisayara nasıl çalışacağını söyleyen komutlar ve veriler bütününe yazılım denmektedir. Yazılımlar, bilgisayarlara veya donanıma yüklü sistem yazılımları gibi donanımla birlikte satılabildiği gibi, kullanıcı gereksinimleri ve talepleriyle birlikte bilgisayarlara yüklenebilecek şekilde CD, taşıyıcı bellek veya internetten bilgisayara yüklenebilir, ya da doğrudan internet vasıtasıyla uzaktan bir sunucuda çalıştırılan programlar aracılığı ile sunulabilir.⁴⁸

Yazılımlara ait program kodları da dahil olmak üzere, ifade şekilleri ve bilgisayar programları eser kabul edilmenin koşullarını sağlaması kaydıyla, FSEK kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak korunmaktadır.⁴⁹ FSEK’te bilgisayar programı, bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev

yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesi ve bu emir dizgenin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları biçiminde tanımlanmaktadır.

Bilgisayar yazılımı GVK’nin 18’inci maddesi gereği, diğer unsurların da sağlanması koşuluyla birlikte telif kazançları istisnası kapsamındadır. Buna ilişkin bir özeldede⁵⁰, “GVK’nin 18’inci maddesinde yer alan bilgisayar programcısı ve bilgisayar yazılımı kavramlarının, bir yazılım üretimi ile ilgili olduğu ve bilgisayar kullanılarak yapılan her işin bu kapsama girmediği belirtilmiştir. Başka bir deyişle, telif kazancı istisnasının kapsamına önceden üretilmiş programları kullanarak işlem yapılmasının girmeyeceği, sadece işletim veya uygulama programları üretilmesi ya da yaratılması gibi özgün özellikleri olan ve lisanslama/telif hakları ile de ulusal veya uluslararası düzeyde korunan program üretimi ve yaratımı faaliyetlerinin gireceği ifade edilmiştir. Bu özeldede bilgisayar programcısının ürettiği bilgisayar yazılımının satılması, bu yazılım üzerindeki mevcut hakların devredilmesi veya bu yazılımın kiralanması yoluyla elde edilen hasılatın GVK’nin 18’inci maddesi kapsamında gelir vergisinden istisna olduğu, buna karşın yazılımın internette kullandırılmasından elde edilen gelirlerinse istisna kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.”

b. Kayıt Tescil Belgesi

311 Seri No’lu Gelir Vergisi Genel Tebliği’nden önce, telif kazancı istisnasının uygulanabilmesi için tüm eserler bakımından Telif Hakları Genel Müdürlüğünde kayıt ve tescil işleminin yapılması ve işlem sonucunda düzenlenecek kayıt ve tescil belgesi⁵¹ ile Hazine ve Maliye Bakanlığının ilgili birimlerine (Vergi Dairesi Başkanlıkları, Müdürlükler, Defterdarlık) başvurulması gerekmektedir.

Kanun maddesinde yer almayan bu şart, Kültür ve Turizm Bakanlığı

⁴⁴ Öncel, Kumrulu, Çağan, Göker, s. 33.

⁴⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan, Göker, s. 26.

⁴⁶ Öncel, Kumrulu, Çağan, Göker, s. 26; Yusuf Ziya Taşkan, *Vergi Hukuku*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2021, s. 79.

⁴⁷ Pelin Özkaya / Refik Samet, “Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, 6(1), 2020, s. 20.

⁴⁸ Dilek Karaman / Muhammet Damar, “Fikri Mülkiyet Haklarının Yazılım Sektörü Açısından Değerlendirilmesi: Usedsoft ve Verisil Davaları”, *Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 12(24), 2021, s. 1168.

⁴⁹ Özkaya / Samet, s. 22.

⁵⁰ Gelir İdaresi Başkanlığı, Bursa Vergi Dairesi Başkanlığı, Özeldede Sayısı: 17192610-120[GV-18-80]-E.188679, Tarihi: 10.12.2020, (<https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>).

⁵¹ FSEK m. 13 ve Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili hakkında Yönetmeliğe göre, “eserlerin ve yapımların kayıt ve tescilli mali ve manevi hak sahiplerinin söz konusu haklarının ihlal edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilebilmesi amacıyla yapılmakta olan bir işlemdir.” Yönetmeliğe göre “kayıt-tescil zorunlu ve isteğe bağlı olarak iki türden ibarettir. Sinema ve müzik eserlerinde filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları tarafından yapılması gerekmekte olan işlem zorunlu kayıt-tescil işlemi iken, zorunlu kayıt tescile tabi olanlar dışındaki eser gruplarında eser sahipleri tarafından yapılabilecek işlem isteğe bağlı kayıt-tescil işlemi oluşturmaktadır.”

tarafından Gelir İdaresi Başkanlığına gönderilen 16/8/2017 tarihli ve 46729386-640-E.168250 sayılı yazı ile ve Gelir İdaresi Başkanlığının 05.06.2017 tarih ve 68126 sayılı idari yazısı⁵² ile uygulanmaya başlanmıştı.⁵³ Kayıt ve tescil belgesi, istisnanın uygulanabilmesi için adına tüm eserlerde aranan bir şarttı.⁵⁴

FSEK kapsamında eser kabul edilme şartının tereddüte mahal bırakmayacak biçimde sağlanabilmesi adına bu uygulamanın kabul edildiği anlaşılmaktadır. Buna karşın telif kazancı istisnasının amacı göz önüne alındığında, tüm eserler için kayıt ve tescil belgesi aranması, kazanç sahibi açısından ek mali külfet ve zaman kaybına neden olan olumsuz bir uygulamadır. Bu sorunlar dikkate alınarak, 7194 sayılı kanun değişiklikleri sonrası GVK'nin 18'inci maddesinde gerçekleşen değişiklikleri açıklamak üzere 27 Mayıs 2020 tarihinde yayımlanan 311 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde yalnızca FSEK kapsamında kayıt ve tescili zorunlu olan eserlerin kayıt ve tescilinin şart olduğu, diğer eser için kayıt ve tescil şartının aranmayacağı belirlenmiştir.

Düzenleme ile birlikte kanunda yeri olmayan bu yanlış uygulama sonlandırılmış, özgelgelerle ve bakanlıkların idari yazılarıyla kabul edilen tüm eserlerin kayıt ve tescil edilmesi uygulaması ortadan kaldırılmıştır. Buna göre, bundan sonra istisnanın uygulanabilmesi için, FSEK'e ve Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmeliğe göre kayıt ve tescil

işleminin yapılması zorunlu olan eserler⁵⁵ için bu işlemin varlığı aranacak ve bunlar dışında kalan eserler için kayıt ve tescil şartı aranmayacaktır. İstisnanın uygulanabilmesi için Hazine ve Maliye Bakanlığının ilgili birimlerine (Vergi Dairesi Başkanlıkları, Müdürlükler, Defterdarlık) başvurulması yeterli olacak, bunun dışında herhangi bir işleme ihtiyaç duyulmayacaktır. Telif kazancı istisnasının uygulanması konusunda nihai kararıysa Hazine ve Maliye Bakanlığı verecektir.

c. İstisnadan Yararlanabilecekler Bakımından

GVK'nin 18'inci maddesine göre telif kazancı istisnasından; müellif (yazar), mütercim (çevirmen), heykeltıraş, hattat, ressam, bestekar, bilgisayar programcısı ve mucitler ve bunların kanuni mirasçıları yararlanabilir. İstisnadan eser sahibi sıfatıyla yararlanabilecek olanlar sınırlı olarak belirlenmiştir. Buna göre eserin sadece kanunda sayılanlar tarafından değerlendirilmesiyle elde edilen hasıllata telif kazancı istisnasının uygulanması mümkün olur. Sayılanlar dışında kalan kişilerin eser dolayısıyla elde edeceği hasıllata istisna uygulanmaz. Bunlar kanunun ilgili hükümlerine göre vergilendirilir.

Eser sahibinin istisnadan yararlanabilmesi için, bu işlemlerle sürekli şekilde uğraşması ya da bu işleri meslek haline getirmesi şartı yoktur. Bu işlerin arızı olarak yapılması istisnanın uygulanmasına engel oluşturmaz. Buna göre örneğin, yılda bir kez kitap yazan bir kişi, yazdığı kitabını çoğaltarak satışını gerçekleştirdiği durumda buradan elde ettiği kazancı gelir vergisi istisnası kapsamında olur.

Eseri birden fazla kimsenin müştereken veya iştirak halinde meydana getirmesi halinde ise eseri meydana getirenlerin her biri ayrı ayrı istisnadan yararlanabilir. Telif kazancı istisnasında, kişilerin istisnadan yararlanabilmeleri

⁵² Niyazi Koray Gürhayta / Enes Özkan, "Serbest Meslek Kazanç İstisnası Uygulamasında Yetki Karmaşası", *Vergi Raporu Dergisi*, 1(227), 2018, s. 25.

⁵³ <<https://telifhaklari.gov.tr/Eser-Sahipleri-Icin-Gelir-Vergisi-Muafiyeti> >, Erişim Tarihi 1 Ağustos 2022

⁵⁴ İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: 62030549-120[18-2018/1517]-E.996744, Tarihi: 19.11.2019, (<https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>). "Gelir Vergisi Kanunu'nun 18 inci maddesi kapsamında serbest meslek kazanç istisnasından yararlanmak üzere Vergi Dairesi Başkanlığına/Defterdarlığa başvuruda bulunan mükelleflerin, eserlerini 5846 sayılı Kanunun 13'üncü maddesi çerçevesinde kayıt ve tescil ettirdiklerine ilişkin belgeyi ibraz etmeleri üzerine, söz konusu eserin üretildiği tarihten itibaren elde edilen gelirin istisna edilmesi mümkün bulunmaktadır."; Çanakkale Valiliği, Defterdarlık Gelir Müdürlüğü, Özelge Sayısı: 47423198-120.01[37-2018/11]-E.4760, Tarihi: 27/01/2020, (<https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>). ". Bulmaca ve zeka oyunları dergisini matbaada bastırarak internet üzerinden web sitesinde satışının gerçekleştirilme çalışmalarınızın, çalışmalarınızın, 5846 sayılı Kanun hükümlerine göre Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğüne eser olarak kayıt ve tescil ettirilmiş olması halinde, çalışmalarınızdan dolayı elde edeceğimiz hasıllata münhasır olmak üzere, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 18 inci maddesinde yer alan istisnadan faydalanmanız mümkün bulunmaktadır."

⁵⁵ "Sinema ve müzik eserlerinde filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlal edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve mali haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilebilmesi amacıyla sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırırlar. Zorunlu kayıt-tescil işleminin dayanağı FSEK m. 13'tür. -Müzik eseri içeren yerli ve ithal yapımlar-Sinema eseri içeren yerli ve ithal yapımlar-Yerli ve ithal bilgisayar oyunları zorunlu kayıt tescil işlemine tabidir. Başvuruda bulunmak isteyenler kayıt tescil başvuru formları ve sunulması gereken diğer belgeleri içeren başvuru dosyasını incelenmek üzere ilgili meslek birliklerine (müzik eseri içeren yapımlar için MÜ-YAP, MESAM,MSG) iletirler. Başvuru sahipleri ilgili meslek birliklerinin incelemesinden geçirilmiş başvuru dosyası ile birlikte İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğüne başvururlar. İşlem bandrol ücretine tabidir." Detaylı bilgi için bkz. <<http://www.telifhaklari.gov.tr/Zorunlu-KayıTescil> > Erişim Tarihi 2 Ağustos 2022.

bakımından tam ve dar mükellef ayrımı yapılmamıştır. Buna göre, dar mükellefler de telif kazançları dolayısıyla gelir vergisi istisnasından yararlanabilirler.⁵⁶

(1). İstisnadan Yararlanabileceklerin Sınırlı Sayıda Belirlenmesi

Eser türleri günden güne çeşitlilik kazanmaktadır. Bu nedenle GVK'nin 18'inci maddesinde eser türleri itibariyle sınırlama yapılmamıştır. Buna karşın bu eserleri üretenlerin meslekleri itibariyle sınırlı bir belirleme yapılması hükmün amacına aykırılık teşkil etmektedir. Nihayetinde eser türleri gibi, eser sahiplerinin nitelendirilmesi de farklılaşmaktadır. Bu sebeple istisnadan yararlanabileceklerin meslek gruplarında yapılan sınırlı belirleme, gelecekte problemler yaratacaktır.

Vergi tekniği açısından değerlendirilecek olursa GVK'nin 18'inci maddesi bir istisna hükmüdür. Vergi hukukunda istisna, vergi kanunlarında vergilendirilmesi öngörülen bir konunun kısmen veya tamamen, süreli veya süresiz vergi dışında tutulmasıdır. Buna göre vergilerde istisna, konuya yönelik düzenlemeleri içerir. İstisnalarda kazancı kimin elde ettiğinin önemi bulunmamakta, kazancı kendisi önemli olmaktadır.⁵⁷ Bu sebeple meslek grupları bakımından yapılan sınırlama, hükmün niteliğine de aykırılık teşkil etmektedir. Meslek grupları bakımından sınırlı bir belirleme yapılmaması gerekmektedir.

(2). Telif Kazancı İstisnasında Kanuni Mirasçı-Atanmış Mirasçı Ayrımı

Mirasçılar miras bırakanın ölümü ile birlikte külli halefiyet ilkesi gereği eser üzerindeki mali hakların sahibi olur. Mirasla geçen telif hakları üzerinde mirasçılar diledikleri tasarrufla bulunarak telif kazancını ve diğer telif gelirlerini tahsil edebilirler.⁵⁸

Telif kazancı istisnasından yararlanabilecek meslek grupları sayılırken, bunlara sadece eser sahipleri ve kanuni mirasçılar dahil edilmiştir. Buna göre, atanmış mirasçılar istisnadan yararlanması mümkün değildir.⁵⁹ İstisnadan

⁵⁶ Ömer Duman, "Telif Haklarından Elde Edilen Kazançların GVK Karşısındaki Durumu", *Vergi Dünyası*, 19(217), 1999, s. 4; Mehmet Yüce, "Fikri Haklar ve Bunların Telif Kazancı İstisnası Karşısındaki Durumu", *Mali Çözüm Dergisi*, 12(53), 2000, s. 51.

⁵⁷ Yüce, s. 51.

⁵⁸ Yalın, s. 54.

⁵⁹ "Atanmış (iradi) mirasçılık, miras bırakanın bir vasiyetname veya miras sözleşmesi gibi ölüme bağlı bir tasarrufla bir veya birkaç kişiyi mirasçı olarak ataması halidir. Atanmış

yararlanabilecek mirasçılar kanuni mirasçılardan ibarettir.⁶⁰ İstisnadan yararlanma konusunda kanuni mirasçı ve atanmış mirasçı ayrımı yapılarak, telif kazancı istisnasından yararlanabilecek kişilerin sınırlanması hedeflenmektedir. Kanun koyucu bu ayrımla istisnadan yararlanma hakkının ölüme bağlı bir tasarrufla öngörülemez biçimde genişletilmesinin önüne geçmek istemiştir.⁶¹ İstisnadan yararlanma kapsamı ilk olarak eser sahibiyle sınırlı tutulmuştur. Bu sınırlamanın ölüme bağlı bir tasarrufla aşılması için, mirasçılar bakımından da yalnızca kanuni mirasçılar istisnadan faydalanabileceği düzenlenmiştir. Böylece atanmış mirasçılar istisnadan yararlanma kapsamı dışında bırakılmıştır.

ç. Hasılat Bakımından

Telif kazancı istisnası, eserin sahibi (ya da kanuni mirasçısı) tarafından değerlendirilmesi sonucunda elde edilen hasılat için uygulanabilir. Hasılat, eserlerin; gazete, dergi, bilgisayar ve internet ortamı, radyo, televizyon ve videoda yayınlaması veya kitap, CD, disket, resim, heykel ve nota halindeki eserler ile ihtira beratlarının satılması veya bunlar üzerindeki mevcut hakların devredilmesi veya kiralanması karşılığında elde edilmesi halinde gelir vergisinden istisna tutulur.

Eserlerin neşir, temsil, icra ve teşhir gibi suretlerle değerlendirilmesi karşılığında alınan bedel ve ücretler de istisnaya dahildir. Örneğin, bir yazarın meydana getirdiği piyes veya roman gibi eserlerinin sahnede temsil edilmesi

mirasçılar da tıpkı yasal mirasçılar gibi miras bırakanın külli halefidir. Tereke üzerinde maddi anlamda etki yaratan ölüme bağlı tasarrufla, miras bırakanın ölümü ile birlikte kendiliğinden ve doğrudan sonuç doğuracaktır. İradi (atanmış) mirasçılar miras bırakanın ait eserin değerlendirilmesi sonucu elde ettiği hasılat için GVK madde 18 istisnasından yararlanmasına imkân bulunmamaktadır." Daha fazla bilgi için bkz. O. Gökhan Antalya / İpek Sağlam, *Miras Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 151.

⁶⁰ "Kanuni mirasçılar, evlilik, hısımlık ya da uyrukluk gibi biçimsel nesnel ve hukuksal ilişkilerin varlığına dayanarak, doğrudan doğruya yasanın kendilerine mirasçılık sıfatını verdiği kişilerdir. Medeni Kanun 495-501 hükümlerine göre, kanuni mirasçılık sıfatını kazanabilecek olanlar; zümre sistemine göre kan hısımları, miras bırakanın sağ kalan eşi, miras bırakanın evlatlığı ve evlatlığın altsoyu ve devlettir." Daha fazla bilgi için bkz. Rona Serozan / Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 150.

⁶¹ FSEK'in 63. maddesinde, eser üzerindeki mali hakların miras yoluyla intikal edebileceği ve mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarrufla yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre eser sahibi, ölüme bağlı bir tasarrufla (vasiyetname ya da miras sözleşmesi yoluyla) eser üzerindeki mali haklarını 3. kişilere devredebilir. Böyle bir durumda, GVK madde 18 gereği istisna hükmünden yalnız kanuni mirasçılar yararlanacağı için, atanmış mirasçılar bu mali hakları değerlendirmesi sonucu elde edeceği kazanç istisna kapsamında olmaz, kanunun ilgili hükümlerine göre vergilendirilir.

karşılığında alınan bedele istisna uygulanabilir.⁶² Bundan başka kitap, şiir, makale, röportaj ve karikatürlerin, gazete ve dergi gibi süreli yayınlarda yayınlanması neticesinde sağlanan kazanç da gelir vergisinden istisnadır.

II. TELİF KAZANCI İSTİSNASINDA HASILATIN NİTELİĞİ

Telif kazancına gelir vergisi istisnasının uygulanabilmesi için eserlerin münhasıran sürekli veya arızı olarak serbest meslek faaliyeti çerçevesinde meydana getirilmiş olması ve elde edilen gelirin de serbest meslek kazancı niteliğinde olması gerekmektedir.⁶³ Eser yaratma çalışmaları, serbest meslek faaliyeti kapsamında olması için GVK'nin 65'inci maddesindeki unsurları taşımalıdır.

A. Telif Kazancının Serbest Meslek Kazancı Niteliğinde Olması

GVK'nin 65'inci maddesinde her türlü serbest meslek faaliyetinden doğan kazançların serbest meslek kazancı olduğu düzenlenmiştir.⁶⁴ Serbest meslek faaliyeti bir işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına iş yapılmasıdır. Serbest meslek kazancıysa bir hesap dönemi içinde serbest meslek faaliyeti olarak tahsil edilen para ve aylar ile, diğer surette sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlardan, bu faaliyet dolayısıyla yapılan giderler indirildikten sonra kalan farktır.

Serbest meslek kazancı niteliğinde olan telif kazançlarını belirli şartlar dahilinde gelir vergisinden istisna tutan GVK'nin 18'inci maddesi "Serbest Meslek Kazançlarında İstisna" başlığıyla düzenlenmiştir. Dolayısıyla, telif kazancı istisnası, yasal düzenleme gereği sadece sürekli veya arızı serbest meslek faaliyeti çerçevesinde meydana getirilen serbest meslek kazancı niteliğindeki hasıllata uygulanır.⁶⁵ Telif kazancı istisnasının hem sürekli hem de arızı olarak elde edilen hasıllat için uygulanmasına imkân tanınmıştır.

⁶² Duman, s. 3.

⁶³ Yılmaz, s. 68.

⁶⁴ "Bir faaliyetin serbest meslek faaliyeti olup olmadığı, faaliyetin; sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanması, bir işverene bağlı olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması, devamlı olması, unsurlarını taşıyıp taşımadığına bağlıdır. Bu unsurlar, bir taraftan serbest meslek kazancı ile ticari kazanç, öte yandan serbest meslek kazancı ile ücret ilişkisinin sınırlarını belirlemektedir." Bkz. 221. Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği. (<https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>).

⁶⁵ Danıştay 4. Daire, E. 2001/1831, K. 2002/1996, T. 14.5.2002, (LegalBank).

B. Telif Kazancının Ücret Niteliğinde Olması

Fikir ve sanat eserini meydana getiren kişi, bu işi bir işverene tabi ve belli bir işyerine bağımlı olarak yaptığı durumda aldığı bedel ücret niteliğinde olur. Örneğin; bir gazete veya dergi işletmesinde, bu işletmelere bağlı ve işverenin emir ve talimatlarına uygun olarak çalışan kişiler, bu yerlerin hizmetlisi sayılırlar ve meydana getirdikleri fikri ve sanat ürünleri için kendilerine bu işletmelerce ödenen bedeller ücret olarak vergilendirilir.⁶⁶

Eserden sağlanan kazancın ücret olup olmadığı ayrımında esas ölçü, çalışan ve çalıştıran (işçi ile işveren) ilişkisi olup olmadığıdır. Bu ilişki, işverene bağlılık şeklinde olduğu takdirde işi yapan ve eseri meydana getirene ödenen para, onun hizmetinin karşılığı olarak ücret niteliğinde olur. Bu halde telif eser bir işverene tabi olarak hizmet sözleşmesi kapsamında üretildiği için elde edilen gelire telif kazancı istisnası uygulanamaz. Söz konusu hasıllatın GVK 61, 94, 103 ve 104'üncü maddeleri uyarınca ücret olarak gelir vergisine tabi tutulması gerekir.

İstisnanın uygulanmasında bu ayırım, kendi nam ve hesabına eser meydana getirenler ile bir işverene bağlı olarak işveren adına eser üreten kişiler arasındaki risklerin aynı olmaması sebebiyle serbestçe eser üretenlerin korunması maksadıyla getirilmiştir.⁶⁷

Bir işletmeye bağlı olarak çalışan hizmet erbabının işyeri ve mesaisi dışında bağımsız biçimde çalışarak bir eser meydana getirmesi ve buradan bir kazanç sağlaması durumunda elde ettiği kazancın niteliği; eser sahibinin bu eseri dolayısıyla işverenle arasında hiçbir ilişki olmaması, meydana getirdiği eser doğrudan doğruya kendi malı olması ve eser sahibinin şahsi mesai harcaması sonucu eserin üretilmesi gerekçeleriyle bu halde elde edilen

⁶⁶ Yalın, s. 76.

⁶⁷ Özge İnci Hürşitoğlu, "Telif Hakları İstisnası Yanılgısı", *Vergi Sorunları Dergisi*, 39(339), 2016, s. 94-95; GVK'nin 18'inci maddesindeki istisnanın Vergi Reform Komisyonunun gerekçesinde "ismi geçen eser sahiplerinin eserlerini ekonomik anlamda değerlendirilmelerinin zaman alabileceği, eserin tutmayabileceği, masraflarını telafi edemeyebilecekleri bu bakımdan serbestçe eser telif edenlerle bir yere bağlı olarak ücret mukabili yazarlar arasında farklılık olduğu, kazancın eserin satıldığı yılda vergilendirilmesinin müterakki tarifeye göre yüksek nispette hesaplanacak verginin ağır ve adaletli olamayacağı, ilmi edebi ve bedii faydaları nesle intikal edecek olan bazı eserlerin teşvik ve himaye edilmiş olması da mali istisna asıl sebeplerinden olmamakla birlikte kültür hayatımızın bakımından istisnanın hayırlı bir netice olarak kabul edilebilir." denilmektedir. Bkz. Muharrem Özdemir, 2012, "Telif Haklarının Vergilendirilmesi-I", <<http://www.alomaliye.com/2012/08/29/telif-haklarinin-vergilendirilmesi/>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2022.

hasıllata telif kazancı istisnası uygulanır. Örneğin bir Danıştay kararında, iş sözleşmesinde test sorusu ve deneme kitapçığı hazırlanacağına dair bir hüküm bulunmayan özel dersane öğretmenlerinin hazırladıkları bu türden kitaplar için ücretlerinden ayrı olarak aldıkları ödemelerin telif kazancı istisnası kapsamında olduğu belirlenmiştir.⁶⁸

C. Telif Kazancının Ticari Kazanç Niteliğinde Olması

GVK'nin 37'nci maddesine göre ticari kazanç, her türlü ticari ve sınai faaliyetten doğan kazançtır. Eser yaratma işi ticari bir organizasyon içerisinde yapıldığı durumda elde edilen kazançta istisna uygulanmaz. Bu halde elde edilen gelir ticari faaliyet içerisinde sağlandığı için ticari kazanç niteliğinde olur.

Eserin eser sahibi ya da kanuni mirasçıları dışındaki kişiler tarafından çoğaltılması ve pazarlanması da ticari faaliyet niteliği taşır, bu halde de elde edilen kazanç ticari kazançtır.⁶⁹ Telif hakkının ticari işletmeye kar ve zarara katılmak koşuluyla konulması durumundaysa bu hak, ticari işletmeye sermaye olarak konulmuş olarak kabul edilir ve elde edilen kazanç yine ticari kazanç niteliğinde olur.⁷⁰

C. Telif Kazancının Gayrimenkul Sermaye İradı Niteliğinde Olması

Gayri maddi hakların kullanım hakkının bir zaman dilimi süresince devri lisans olarak isimlendirilmekte ve kullanım hakkının devri için taraflar arasında lisans sözleşmesi akdedilmektedir. Bu kapsamda, marka lisansı, patent lisansı, know-how lisansı bu sözleşmenin örnekleridir. Lisans verilmekle, gayri maddi hakkın sahipliği değil kullanım hakkı devredilmektedir. Dolayısıyla, lisans çıkartma bir anlamda kiralama değildir. GVK açısından kullanım hakkının devrine ilişkin verilen lisanslar kiralama olarak kabul edilmekte ve bu suretle elde edilen gelirler belli şartlar dahilinde gayrimenkul sermaye iradı olarak vergilendirilmektedir.⁷¹

GVK'nin 70'inci maddesinde yazılı mal ve haklar arasında telif hakları da sayılmıştır. Buna göre, telif haklarının müellifleri ve bunların

kanuni mirasçıları dışındaki kişiler tarafından kiraya verilmesinden doğan kazançlar gayrimenkul sermaye iradı niteliğindedir. Gayrimenkul sermaye iradı niteliğinde olan bu kazançlara telif kazancı istisnası uygulanmaz. Telif haklarının sahipleri veya bunların kanuni mirasçıları tarafından, ihtira beratının mucidi veya kanuni mirasçısı tarafından kiralanmasından doğan kazançlar ise serbest meslek kazancı olarak elde edildiği durumda telif kazancı istisnası uygulanır. GVK'nin 70'inci maddesinde belirtilen haklar ticari veya zirai bir işletmeye dahilse, bunların iratları hakkında, ticari veya zirai kazanç hükümleri uygulanır. Bu durumda elde edilen gelire telif kazancı istisnası uygulanmaz.

D. Telif Kazancının Değer Artış Kazancı Niteliğinde Olması

GVK'nin mükerrer 80/3'üncü maddesine göre, telif haklarının müellifleri ve bunların kanuni mirasçıları dışında kalan kişiler tarafından elden çıkarılmasından doğan kazançlar değer artış kazancı niteliğindedir. Değer artış kazancı niteliğindeki bu kazançlara GVK'nin 18'inci maddesinde düzenlenen istisnanın uygulanması mümkün değildir. Telif haklarının müellifleri veya bunların kanuni mirasçıları tarafından elden çıkarılmasından doğan kazançlar ise serbest meslek kazancı olarak elde edildiği durumda telif kazancı istisnası kapsamındadır. GVK'nin 80'inci maddesinde belirtilen gayri maddi hakların alım satımı ticari bir organizasyon içerisinde yapılırsa, bunların satışından elde edilen kazançların değer artış kazancı olarak değil, ticari veya zirai kazanç olarak vergilendirileceği ve telif kazancı istisnasının uygulanmayacağı açıktır.

III. TELİF KAZANCI İSTİSNASININ KAZANÇ YÖNÜNDEN SINIRLANDIRILMASI

05.12.2019 tarihinde 7194 sayılı Kanun'la GVK'nin 18'inci maddesinde, bir takvim yılında elde edilen telif kazancının gelir vergisi tarifesi dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı⁷² aşması halinde gelir vergisi istisnasının uygulanmayacağına yönelik bir değişiklik yapılmıştır. Böylece bir anlamda telif kazancı istisnasının uygulanmasına kazancın miktarı yönünden bir sınırlama getirilmiştir. Kazanç sınırlaması dolayısıyla istisnadan yararlanamayacak olanların, 94'üncü maddenin birinci fıkrası kapsamında tevkifat yapma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Buna göre; GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen ve aynı

⁶⁸ Danıştay 3. Daire, E. 1994/4525, K. 1995/2397, T. 13.9.1995, (LegalBank).

⁶⁹ Abdurrahman Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, 21. Bası, Gazi Kitabevi, 2020, s. 307.

⁷⁰ Abdullah Barış, "Gelir ve Katma Değer Vergisi Açısından Telif Hakları ve İhtira Beratlarından Doğan Kazançların Vergilendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, 38(318), 2015, s. 136.

⁷¹ Yıldırım, 2011, s. 72.

⁷² GVK'nin 103'üncü maddesinde yazılı tarifinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutar; 2022 yılı için 880.000 TL, 2023 yılı için 1.900.000 TL'dir.

kanunun 103'üncü maddesinde yazılı tarifinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı (2022 yılı için 880.000 TL, 2023 yılı için 1.900.000 TL) aşmayan kazançlar, gelir vergisi istisnası kapsamında olacak ve bu kazançlar için yıllık gelir vergisi beyannamesi verilmeyecektir. Diğer gelirler için beyanname verilmesi halinde bu kazançlar beyannameye dahil edilmeyecektir. Bu kazançlar üzerinden tevkif suretiyle ödenen vergiler nihai vergi olacaktır.

GVK'nin 18'inci maddesi dolayısıyla elde edilen kazanç tutarının bir takvim yılında belirlenen tutarı aşması halindeyse telif kazançları istisnası uygulanmaz. Söz konusu tutarın aşıp aşılmadığı ilgili takvim yılının sonunda belirlenir⁷³ ve GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen kazançlar toplamının belirlenen tutarı aşması halinde, kazançların tamamı yıllık gelir vergisi beyannamesi ile beyan edilir. İstisnanın uygulanıp uygulanmayacağı yıl sonu itibarıyla belirleneceğinden, istisnadan faydalanamayan mükelleflerin geçici vergi beyannamesi verme yükümlülükleri de yoktur.

A. İstisnanın Sınırlandırılmasında Kazanç Miktarının Hesabı

Telif kazancı istisnasının uygulanabilmesi için eserlerin sürekli veya arazi olarak serbest meslek faaliyeti çerçevesinde meydana getirilmesi ve elde edilen gelirin de serbest meslek kazancı niteliğinde olması gereklidir. GVK'nin 68'inci maddesinde serbest meslek kazancının tespitinde indirilebilecek giderler açıklanmıştır. Bu giderler serbest meslek kazancının tespitinde hasılatın indirilen giderlerdir.⁷⁴ Bu giderlerin elde edilen hasılatın indirilmesinin ardından kalan tutar, serbest meslek kazancını oluşturmaktadır.

Telif kazancı istisnasında istisna sınırının belirlenmesinde bir takvim yılı içinde elde edilen gayrisafı hasılatın GVK'nin 68'inci maddesinde açıklanan serbest meslek kazancının tespitinde indirilebilecek giderler indirildikten sonra kalan tutar dikkate alınmalıdır.⁷⁵ Buna göre, elde edilen hasılatın, bu giderler indirildikten sonra kalan tutar GVK'nin 103'üncü maddesindeki tarifinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşarsa telif kazançları bakımından

beyanname verme yükümlülüğünün doğacağı kabul edilmelidir.⁷⁶

GVK'nin 89'uncu maddesinde sayılan beyana tabi kazançtan indirilecek giderler ise telif kazançlarında istisna sınırının belirlenmesinde değerlendirilmeye alınmamalıdır. Bu giderler, yıllık beyannameye vergiye tabi olan gelirin (matrahın) belirlenmesinde indirim olarak gösterilecek giderler olduğu için GVK'nin 103'üncü maddesindeki tarifinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarın aşıp aşılmadığı hesabında dikkate alınmamalıdır. Bu giderler, ancak beyanname verme yükümlülüğü doğduktan sonra, beyanname üzerinden indirilecek giderlerdir. Bunlar serbest meslek kazancının tutarının tespitinde belirleyici olmamaktadır.

Telif kazancı istisnasında belirlenen miktarın üzerinde kazanç elde edildiği durumda tüm kazancın beyan edilmesi ve istisnanın hiçbir şekilde uygulanmaması dolayısıyla mükellef lehine bir yorum yapılarak beyanname verme sınırında GVK'nin 68'inci maddesinde açıklanan giderlerin indirilmesine imkân tanınması, istisnanın uygulanmasında en uygun yöntemi oluşturur.

B. Değerlendirme

GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında kalan kazançların toplamı gelir vergisi tarifelinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aştığı durumda istisnanın hiçbir şekilde uygulanmaması bazı durumlardan sakıncalıdır. İlk olarak durum vergi yükü yönünden değerlendirilmelidir. Telif kazancının miktarı istisna kapsamında kaldığında kişinin vergi yükü ya hiç doğmamakta ya da tevkifat yoluyla kesilen vergiler kadar olmaktadır. Oysa 7194 sayılı kanun değişikliğinden sonra belirlenen tutarın üzerinde telif kazancı elde edildiğinde kazancın istisna kapsamından tamamen çıkarılması, kazanç sahiplerinin ağır bir vergi yükü altına girmelerine ve ayrıca beyanname verme ve giderlerin tevsiki gibi vergi işlemleriyle karşılaşmalarına sebep olmaktadır. Telif kazancı istisnasını, istisna olmaktan çıkaran bu düzenleme, bu yönüyle vergi adaletine ve belirlilik ilkelerine de aykırıdır. Belirlilik ilkesi bakımından sakınca, hükümdeki söz konusu tutarın aşıp aşılmadığının ilgili takvim yılının sonu itibarıyla belirlenmesindedir. Burada kişilerin telif kazançları bakımından vergi yükümlülüğü takvim yılı tamamlanmadığı müddetçe belirli ve kesin olamayacaktır. Bu düzenleme, ödenmesi gereken verginin tüm unsurlarıyla belirli ve kesin biçimde ortaya konmasının önüne geçmektedir.

⁷⁶ Söz konusu giderlerin indirim konusu yapılabilmesi için 213 sayılı VUK'ta belirtilen belgelerle tevsik edilmesi gerekir.

⁷³ 193 sayılı Kanunun 103'üncü maddesindeki gelir vergisi tarifelinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarın aşıp aşılmadığı, takvim yılı sonu itibarıyla her bir yıl için ayrı ayrı değerlendirilecektir. İlgili takvim yılında istisnadan yararlanılamaması sonraki yıllarda istisnadan yararlanılmasına engel teşkil etmeyecektir.

⁷⁴ Fatih Saraçoğlu, *Türk Vergi Sistemi*, 10. Bası, Gazi Kitabevi, 2021, s. 117

⁷⁵ GVK madde 18/5'te hasılat yerine kazanç ifadesi kullanılması, bu yönde belirleme yapılması fikrini kuvvetlendirmektedir.

Aynı zamanda, GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen kazançların toplamı GVK'nin 103'üncü maddesinde yazılı tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aştığı durumda istisnanın hiçbir şekilde uygulanmaması, kişileri telif kazançları bakımından gerçekleştirdikleri iş ve işlemlerinde elde ettikleri telif kazançlarının beyanname verme sınırının altında kalmasını sağlamak için düşük bedeller göstermeye yöneltebilir. Burada adeta yeni bir peçeleme türünün doğmasına neden olunmaktadır. Tüm bunlar kayıt dışının artmasına da sebebiyet verecek sorunlu uygulamalardır.

C. Telif Kazancı İstisnasına Yeni Bir Uygulama Önerisi

Tüm bu sorunların önüne geçilmesi adına, belirlenen kazanç tutarı aşıldığı durumda istisnanın hiçbir şekilde uygulanmaması yerine; GVK madde 18 kapsamında elde edilen kazancın belirli bir miktarına kadar olan kısmının gelir vergisinden istisna tutulması ve belirlenen tutarın üzerindeki kazancın normal usullere göre vergilendirilmesi usulü benimsenmelidir. Başka bir ifadeyle, telif kazancı istisnası, bir takvim yılında elde edilen telif kazancının belirli kısmı için uygulanmalı ve bu kısmın üzerindeki kazanç vergiye tabi tutulmalıdır. Bu yöntemde hem istisnanın kapsamı ve sınırları kesin biçimde ortaya konur hem vergi kaybı oluşmaz hem de mükelleflerin elde ettiği telif kazancının miktarı önemli olmaksızın istisnanın uygulanabileceği en yüksek miktar belirlenmiş olur. İstisnanın bu yöntemle uygulanması halinde istisna niteliği kaybolmaz ve vergileme prensiplerine aykırılıklar ortadan kaldırılır.

Ç. Yıllık Beyanname Verilmesi Durumunda İndirilebilecek Giderler

311 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nde açıklandığı üzere "yıllık beyanname verilmesi durumunda, GVK'nin 68'inci maddesinde sayılan mesleki kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi ile ilgili olarak yapılan giderler, yıllık beyanname üzerinde indirim konusu yapılacaktır. Söz konusu giderlerin indirim konusu yapılabilmesi için 04.01.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) belirtilen belgelerle tevsik edilmesi şarttır."⁷⁷

Ayrıca yıllık beyanname verilmesi durumunda, GVK'nin 89'uncu maddesinde yer alan şahıs sigorta primleri, eğitim ve sağlık harcamaları, sponsorluk harcamaları ve engellilik indirimi ile anılan madde ve ilgili kanunlarında indirim konusu yapılabileceği düzenlenmiş bağış ve yardımlar

⁷⁷ 213 Sayılı VUK'un 236'ncı maddesinde; "Serbest meslek erbabı, mesleki faaliyetlerine ilişkin her türlü tahsilatı için iki nüsha serbest meslek makbuzu tanzim etmek ve bir nüshasını müşteriye vermek, müşteri de bu makbuzu istemek ve almak mecburiyetindedir." hükmüne yer verilmiştir.

gibi bazı harcamaların da beyan edilen gelirden indirim konusu yapılması mümkündür.

D. Yıllık Beyanname Verilmesi Durumunda Önceden Tevkif Edilen Vergilerin Durumu

Yıllık beyanname üzerinden hesaplanan gelir vergisinden GVK'nin 94'üncü maddesine göre yıl içinde kesilen vergiler mahsup edilir. Buna göre, telif kazançları için yıllık beyanname verilmesi durumunda hasılat üzerinden yapılan %17 oranındaki vergi tevkifatı GVK'nin 121'inci maddesine göre beyanname hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilir. Belirtmek gerekir ki, kazanç sınırı aşıldığı için istisnanın uygulanmayacak olması, yıl içinde yapılacak tevkifat uygulamasını etkilemeyecek ve söz konusu kazançlar üzerinden GVK'nin 94'üncü maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinin (a) alt bendi uyarınca hasılatla tevkifat uygulanacaktır.

E. Yıllık Beyanname Verilmesi Durumunda Tevkifat Yapma Yükümlülüğü

7194 sayılı kanunla eklenen fıkranın ikinci cümlesinde "Bu durumda olanların, 94'üncü maddenin birinci fıkrası kapsamında tevkifat yapma yükümlülüğü yoktur." denmektedir. Buna göre belirlenen kazanç tutarı aşıldığı için beyanname verme yükümlülüğü doğan istisnadan yararlanamayacak olan mükelleflerin, GVK'nin 94'üncü maddesi kapsamında ücret, kira gibi yapacağı ödemeler üzerinden tevkifat yapma yükümlülüğü yoktur.

Örneğin, eser sahibi, kiraladığı atölye nedeniyle ödediği kira bedelleri ile yanında çalıştırdığı işçisine yaptığı ücret ödemeleri üzerinden gelir vergisi tevkifatı yapmayacaktır. Eser sahibinin yanında çalışan işçisi, tevkif suretiyle vergilendirilmemiş ücret gelirlerini GVK'nin 95'inci maddesi uyarınca yıllık gelir vergisi beyannamesiyle beyan edecektir.⁷⁸ Atölyenin sahibiyse elde ettiği kira gelirini gayrimenkul sermaye iradi niteliğiyle kendisi beyan edecektir.

IV. TELİF KAZANCI İSTİSNASINDA TEVKİFAT UYGULAMASI

Telif kazançları istisnası sürekli bir istisna niteliğinden uzaktır. Telif kazançları istisnasının düzenlendiği GVK'nin 18'inci maddesine göre "serbest meslek kazançları istisnasının, bu Kanunun 94'üncü maddesi uyarınca tevkif

⁷⁸ Gelir İdaresi Başkanlığı, İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı, Özelge Sayısı: 84098128-120.04.02[18-2017-19]-227158, Tarihi: 12.08.2020.

suretiyle ödenecek vergiye şümulü yoktur.” Buna göre, telif kazancına gelir vergisi istisnası uygulanması, GVK’nin 94’üncü maddesine göre yapılacak gelir vergisi tevkifatının yapılmasını engellemez. Bu yönüyle bu istisna ancak gelir vergisi tarifesinin artan oranlı sistematığına aykırı biçimde, sabit oranlı bir vergiye dönüşür.

Tevkifat yapmakla yükümlü olan kişi ve kurumlarla işlem yapıldığı takdirde, işlemin karşı tarafı GVK’nin 94’üncü maddesine göre tevkifat yapar. Tevkifat oranı 12.01.2009 tarihli ve 2009/14592 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi’yle, %17 olarak belirlenmiştir.

A. Tevkifat Oranı

1986 yılından itibaren 3239 sayılı kanunla beraber telif kazançlarının vergilendirilmesinde tevkifat yapılmaya başlanmıştır. Süreç içerisinde ilk olarak Bakanlar Kurulu’nda⁷⁹ belirlenen %10 oranıyla tevkifat uygulanmıştır. Sonrasında telif geliri üzerinden yapılan tevkifat 01.09.1999 tarihinden itibaren GVK’nin 94/2-a maddesi uyarınca %15 oranında (99/13230 sayılı BKK) ve bu tevkifat üzerinden %10 oranında fon payı kesilecek biçimde revize edilmiştir. Son düzenleme yine Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle yapılmış olup, 12.01.2009 tarihli ve 2009/14592 sayılı kararnameye göre tevkifat oranı %17’ye çıkarılmış, buna ek uygulanan fon payı kesintisi kaldırılmıştır.⁸⁰

B. Değerlendirme

Telif kazançları bakımından vergi kesintisi yapılması için hasılatın GVK’nin 94’üncü maddesinin birinci fıkraya hükmü uyarınca kesinti yapma yükümlülüğü olan kişi ve kuruluşlardan sağlanması gerekir. Tevkifat uygulaması bakımından kazancın devamlı veya arızı nitelikte olmasının herhangi bir önemi yoktur. Her iki durumda da tevkifat uygulanır.

Hasılatın tevkifat yapmakla yükümlü olmayan kişilerden sağlanması halindeyse vergi kesintisi yapılmaz. Bu halde, GVK’nin 18’inci maddesi tam bir istisna biçiminde uygulanır.

⁷⁹ Kanun dışında düzenleyici işlemle tevkifat oranının belirlenmesine dair yetki GVK’nin 94. maddesinin 8. fıkrasına dayanmaktadır. Buna göre; “Cumhurbaşkanı, bu maddede yer alan tevkifat nispetini, her bir ödeme ve gelir için ayrı ayrı sınıra kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmak suretiyle yeniden tespit etmeye yetkilidir.”

⁸⁰ Dar mükellefler bakımından tevkifat oranında ayırım vardır. Buna göre, GVK’nin 94’üncü maddesinin 4 nolu bendine göre telif haklarının satışı nedeniyle dar mükelleflere yapılan ödemelerden vergi tevkifatı yapılması gerekmekte olup, tevkifat oranı ise %20 olarak uygulanmaktadır.

Hasılatın tevkifat yapmakla yükümlü olan kişilerden sağlanması halinde, %17 oranında uygulanan vergi kesintisi; hükmün istisna niteliğinden uzaklaşmasına ve adeta tek oranlı vergilemeye dönüşmesine sebep olmaktadır. Gelir vergisi sisteminin artan oranlı yapısına aykırılık teşkil eden tevkifat uygulaması, telif kazançlarının vergilendirilmesinde istisna uygulamasına aykırılık teşkil etmektedir.

Vergi tevkifatının %17 olarak uygulanması da yüksek bir orandır. Bu oranda uygulanan tevkifatla telif kazancı istisnası, gelir vergisi tarifesinin ilk gelir dilimi kadar telif kazancı elde edenler bakımından istisna olma vasfını tamamen yitirmektedir. Bu miktarın üstündeki kazançlar bakımından istisna hükmü kısmi bir niteliğe, hatta sabit oranlı bir vergileme rejimine dönüşmekte ve gelir vergisinde yatay ve dikey adaleti zedelemektedir.⁸¹

V. TELİF KAZANCI İSTİSNASINDA ŞEKLİ YÜKÜMLÜLÜKLER

A. Beyanname Verme Yükümlülüğü

GVK’nin 86’ncı maddesine göre, kazanç ve iratların istisna hadleri içinde kalan kısmı için yıllık beyanname verilmez. Buna göre, telif kazancı istisnası kapsamında olan kazançlar için yıllık gelir vergisi beyanname verilmeyecektir. Diğer gelirler dolayısıyla beyanname verilmesi halinde de bu kazançlar beyannameye dahil edilmeyecektir. Bu kazançlar üzerinden tevkif suretiyle ödenen vergiler nihai vergi olur. İstisna kapsamında kalan hasılatın GVK’nin 94’üncü maddesinde sayılanlar dışındaki kişi ve kurumlardan elde edilmesi halinde de beyanname verme yükümlülüğü doğmaz.⁸²

GVK’nin 18’inci maddesi kapsamında elde edilen ve aynı Kanununun 103’üncü maddesinde yazılı tarifinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşan kazançlar için istisna uygulanmaz. Bu halde, elde edilen kazançların tamamı yıllık gelir vergisi beyanname ile beyan edilir.⁸³

⁸¹ Yüce, s. 51.

⁸² Belirtmek gerekir ki, telif kazançları istisnası uygulanan kazançlar bakımından beyanname verme yükümlülüğünün doğmadığı durumda; GVK’nin 94/2-a maddesine göre bu kazançlar için tevkif edilen vergiler, diğer gelirler için beyanname verilmesi durumunda beyannameye hesaplanan vergiden mahsup edilmez.

⁸³ Telif kazançları için yıllık beyanname verilmesi durumunda, hasılatın yapılan %17 oranındaki vergi tevkifatı GVK’nin 121’inci maddesine göre beyannameye hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilir.

B. Defter Tutma ve Belge Düzeni

311 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'ne göre;

GVK'nin 18'inci maddesinde belirtilen türden faaliyetlerde bulunan ve eserlerini kısmen veya tamamen aynı kanunun 94'üncü maddesinde belirtilenler dışındakilere teslim eden serbest meslek erbabının; defter tasdik ettirme (defter beyan sistemine kaydolma) ve tutma ile belge (serbest meslek makbuzu) düzenleme zorunlulukları vardır.

Sadece GVK'nin 18'inci maddesinde belirtilen türden faaliyetlerde bulunan ve eserlerini sadece aynı kanunun 94'üncü maddesinde belirtilen kişi veya kurumlara teslim eden serbest meslek erbabından isteyenlerin, yıl içindeki kazançlarının toplamının GVK'nin 103'üncü maddesinin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşmış aşmadığına bakılmaksızın, defter tasdik ettirme ve tutma, defter-beyan sistemine kaydolma, belge düzenleme zorunlulukları yoktur.⁸⁴ Bunlar VUK'ta yer alan kayıt nizamı, belge düzeni, defter tasdiki yükümlülüklerine uymayabileceklerdir. Ancak bu yükümlülükler uymama konusu mükellefin şahsına bırakılmıştır.

GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında faaliyette bulunan ve serbest meslek makbuzu düzenleme zorunluluğu bulunmayanlardan alınan eserlere ilişkin yapılan ödemelerin gider pusulası⁸⁵ imzalatılmak suretiyle tevsik edilmesi mümkündür. Kendilerine düzenlenen gider pusulalarını ve bu faaliyetleri ile ilgili olarak satın aldıkları mal ve giderlerine ilişkin belgelerini, VUK'ta öngörülen süre boyunca saklamaları gerekmektedir. Ancak mükellef istisna kapsamına giren faaliyetlerin yanında başka serbest meslek faaliyeti de yürütüyor ise yukarıda yer alan avantajlardan yararlanamayıp hizmet ifasıyla birlikte serbest meslek makbuzu düzenleyeceği tabiidir.

GVK'nin 18'inci maddesinde belirtilen türden faaliyetleri arızı olarak yapanların, defter tasdik ettirme, defter beyan sistemine kaydolma ve tutma

⁸⁴ GVK'nin 18'inci maddesinde belirtilen türden faaliyetlerinin yanı sıra başkaca faaliyetleri nedeniyle serbest meslek kazancı mükellefiyeti bulunanların, defter tasdik ettirme (defter beyan sistemine kaydolma) ve tutma ile belge düzenleme zorunlulukları bulunmaktadır. Başkaca faaliyetleri nedeniyle serbest meslek kazancı mükellefiyeti bulunan ve serbest meslek kazanç defteri tutan mükelleflerin 193 sayılı Kanunun 18 inci maddesi kapsamındaki kazançlarına ilişkin kayıtlarını da aynı defterde göstermesi mümkündür.

⁸⁵ VUK madde 227'ye göre: "Gider pusulası, işin mahiyeti, emtiyanın cins ve nev'i ile miktar ve bedelini ve iş ücretini ve iş yaptıran ile yapanın veya emtiayı satın alan ile satanın adlarıyla soyadlarını (tüzel kişilerde unvanlarını) ve adreslerini ve tarihi ihtiva eder ve iki nüsha olarak tanzim ve bir nüshası işi yapana veya malı satana tevdi olunur."

ile belge düzenleme zorunlulukları bulunmamaktadır.

GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen kazançların, aynı kanunun 103'üncü maddesinde yazılı tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşması nedeniyle istisnadan faydalanılamayacak olması, defter tutma ve belge düzenleme yükümlülüğünde bir değişiklik yaratmayacaktır.

VI. TELİF KAZANÇLARINDA KATMA DEĞER VERGİSİ UYGULAMASI

Telif kazancının vergilendirmesinde katma değer vergisi bakımından özellik arz eden durumlar vardır. Bu bölümde bunlar incelenecektir

Bir eserin değerlendirilmesi sonucu elde edilen hasılatın KDV karşısındaki durumu hakkında KDV Genel Uygulama Tebliği'nde açıklamalar bulunmaktadır. Buna göre, telif kazancına KDV uygulanması bakımından özellik arz eden husus, telif kazancına yönelik serbest meslek faaliyetinin mutad ve sürekli şekilde yapılmasıdır. Bu türden faaliyetlerin mutad ve sürekli yapılması halinde KDV mükellefiyeti doğar, bu faaliyetlerin arızı olarak yapılması halinde ise KDV mükellefiyeti doğmaz.⁸⁶ KDV açısından telif kazancına yönelik bir istisna mevcut değildir. Bu nedenle GVK'nin 18'inci maddesi kapsamına giren ve gelir vergisinden istisna olan kazançlar mutad ve sürekli şekilde yapılması halinde KDV'ye tabi olur.⁸⁷

A. Telif ve İhtira Beratı Kazançlarına KDV Uygulamasında Tam Tevkifat ve Sorumluluk Uygulaması

Telif kazançlarına KDV uygulanmasında iki ayrı usul belirlenmiştir. Bunlar KDV'nin sorumlu sıfatıyla beyanı ve KDV'nin mükellefiyet tesis edilerek beyanıdır.

224 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği'nin 5'nci bölümünde; "GVK'nin 18'nci maddesinde belirtilen teslim ve hizmetleri münhasıran aynı Kanunun 94'ncü maddesinde sayılan kişi ve kurumlara yapanların katma değer vergisi yükümlülüklerinin, hasılatlarına bağlı olmaksızın, 19 Seri No'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nde açıklandığı şekilde, tevkifat yapmakla sorumlu olanlarca yerine getirileceği" belirtilmiştir. 19 Seri No'lu Katma

⁸⁶ Musa Yıldırım, "Telif Kazançlarının Vergilendirilmesi", *Vergi Sorunları Dergisi*, 35(286), 2012, s. 131.

⁸⁷ Nuri Değer, "Telif Hakkı Bedellerinin Ödenmesinde Gelir Vergisi ve Katma Değer Vergisi Uygulamaları-I", *Yaklaşım Dergisi*, 17(198), 2009, s. 31.

Değer Vergisi Genel Tebliği yürürlükten kaldırılmış yerine getirilen KDV Genel Uygulama Tebliğinde de konu benzer içerikle düzenlenmiştir. Buna göre, serbest meslek faaliyetlerini mutad ve sürekli olarak yapanların kural olarak KDV mükellefiyeti tesis ettirmeleri gerekmektedir. Ancak, GVK'nin 18'inci maddesindeki faaliyetler kapsamında yer alan teslim ve hizmetleri münhasıran aynı Kanun'un 94'ncü maddesinde belirtilen kişi ve kurumlara yapanların hesaplayacağı KDV, bu kişi veya kuruluşlar tarafından sorumlu sıfatıyla beyan edilir.

KDV Genel Uygulama Tebliği'ne göre, "bu uygulamadan yararlanılabilmesi için söz konusu kişilerin KDV mükellefiyetlerinin sadece GVK'nin 18'nci maddesinde belirtilen faaliyetlerden ibaret olması ve yaptıkları işlemlerinin tamamının GVK'nin 94'ncü maddesinde belirtilen kişi ve kurumlara yapılması gerekmektedir." Söz konusu teslim ve hizmetleri GVK'nin 94'ncü maddesinde belirtilen kişi ve kurumlar yanında bu maddede yer almayanlara da yapanlar bu uygulamadan faydalanamaz.

KDV Genel Uygulama Tebliği'ne göre, "sorumluluk uygulaması kapsamında işlem yapılabilmesi için GVK'nin 18'nci maddesi kapsamına giren işlemleri yapanların, bu şekilde işlem yapılmasını önceden vergi sorumlusuna bildirmesi gerekmektedir."

GVK'nin 94'ncü maddesinde sayılan kişi, kurum ve kuruluşlar bu bölüm kapsamındaki alımlarında, satıcılardan bir yazı talep ederler. Bu yazıda işlemi yapanlar; "faaliyetlerinin arızı olması nedeniyle KDV'ye tabi olmadığını veya faaliyetlerinin KDV'ye tabi olduğunu ve hesaplanacak KDV'nin sorumlu sıfatıyla beyanını tercih ettiklerini veya faaliyetlerinin KDV'ye tabi olduğunu ve hesaplanacak KDV'nin kendileri tarafından mükellef sıfatıyla beyan edileceğini" belirtirler.

Söz konusu serbest meslek erbabı ayrıca KDV beyannamesi vermez ve defter tutmaz ve belge düzenlemez. Söz konusu işlemlerin belgelendirilmesi ise 213 Sayılı VUK'un genel hükümlerine göre gider pusulası ile yapılır.

B. Telif ve İhtira Beratı Kazançlarına KDV Uygulamasında Mükellefiyet Uygulaması

GVK'nin 18'inci maddesi kapsamına giren teslim veya hizmetleri GVK'nin 94'üncü maddesinde sayılan kişi, kurum ve kuruluşlar yanında bu maddede yer almayanlara da yapanlar sorumluluk uygulamasından faydalanamaz.

Sorumluluk uygulamasından yararlanmak istemeyen mükellefler ile esasen bu kapsama girmesi mümkün olmayan mükellefler ise GVK'nin 94'üncü maddesinde yer alan kişi ve kuruluşlarla bunlar dışındakilere yaptıkları işlemleri için, kendileri KDV hesaplar ve mükellef sıfatıyla beyan edip öderler. Bu durumda olan mükellefler genel hükümler çerçevesinde defter tutar, belge düzenler. Bu halde GVK'nin 94'üncü maddesinde sayılan kişi ve kuruluşların bu işlemler sebebiyle vergi sorumlulukları söz konusu olmaz.

SONUÇ

Fikir ve sanat eserlerinin değerlendirilmesiyle elde edilen hasılat, 193 sayılı GVK'nin "Serbest Meslek Kazançlarında İstisna" başlığıyla düzenlenen 18'inci maddesinde gelir vergisinden istisna tutulmuştur. Öğretide telif kazançları istisnası olarak isimlendirilen istisnanın uygulanabilmesi için düzenlemede belirlenen koşulların yerine getirilmesi gerekir.

Telif kazancı istisnası kültürel niteliğin ve yaratıcılığın devamı ve himaye edilmesi, kültürel ve sanatsal faaliyetlerin teşvik edilmesi ve özendirilmesi hedefleriyle Türk vergi sistemine dahil edilmiştir. Buna karşın, telif kazançları istisnası sürekli bir istisna niteliği taşımamaktadır. Eser sahibi tarafından eserin GVK madde 94'te sayılan tevkifat yapmakla yükümlü kişi ve kurumlara devredilmesi durumunda, elde edilen hasılat vergi kesintisine tabi olur. Bundan başka 05.12.2019 tarihinde 7194 sayılı kanunla telif kazançları istisnasının uygulanması bakımından kazanç miktarına sınırlama getirilmiştir. Buna göre, GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen kazançlar toplamı 103'üncü maddede yazılı gelir vergisine esas tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşanlar bu istisnadan faydalanamayacaklardır. GVK'nin 18'inci maddesi kapsamında elde edilen ve aynı kanunun 103'üncü maddesinde yazılı gelir vergisine esas tarifenin dördüncü gelir diliminde yer alan tutarı aşmayan kazançların tamamı gelir vergisi istisnası kapsamındayken; belirlenen tutarın üzerinde kazanç elde edildiği durumda istisna hiçbir şekilde uygulanmayacaktır.

Telif kazancının vergilendirilmesinde istisna düzenlemesine hem tevkifat uygulanması hem de istisnaya kazanç yönünden sınırlama getirilmesi hükmün niteliğini olumsuz etkilemektedir. Bunlar istisna ile hedeflenenlere uzak ve istisnanın kapsamını sınırlayan uygulamalardır.

Süreç içerisinde kültürel faaliyete verilen önem doğrultusunda çeşitli değişikliklere uğrayarak bugüne dek varlığını sürdüren istisna hükmünün dilinin ağır ve kullanılan kavramların eski olduğunu söylemekte bir beis yoktur.

Öyle ki düzenlemede mülga edilen kanunlara ait kavramların kullanılması, istisnanın kapsamının belirlenmesini ziyadesiyle güçleştirmektedir. Bu duruma, istisnanın uygulanabileceği eser türleri arasında ihtira berati kavramının kullanılması örnek verilebilir. İhtira berati kavramı, günümüzde kullanımı olmayan bir kavramdır. Bunun yerine Sınai Mülkiyet Kanunu'nda patent kavramı kullanılmaktadır. Bundan başka istisna kapsamında sayılan video bantlar da günümüzde üretimi ve kullanımı son derece sınırlı olan ürünlerdir. Bu hususta düzenlemenin dilinin güncellenmesi ve kullanılan kavramlara özen gösterilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akdoğan A, *Kamu Maliyesi*, 21. Bası, Gazi Kitabevi, 2020.
- Altuntaş M, *Telif Kazançlarının Vergilendirilmesinin Mevzuat ve Uygulama Açısından Analizi*, 1. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, 1996.
- Antalya OG / Sağlam İ, *Miras Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ateş M, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ayhan R / Çağlar H / Yıldız B / İmirlioğlu D, *Sınai Mülkiyet Hukuku*, 1. Bası, Adalet Yayınevi, 2021.
- Barış A, “Gelir ve Katma Değer Vergisi Açısından Telif Hakları ve İhtira Beratlarından Doğan Kazançların Vergilendirilmesi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, 38(318), 2015, s. 131-142.
- Çavdar A, *Gelir Vergisi Sistemi Çerçevesinde Yatay Eşitlik Kavramı*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi), 2014.
- Değer N, “Telif Hakkı Bedellerinin Ödenmesinde Gelir Vergisi ve Katma Değer Vergisi Uygulamaları-I”, *Yaklaşım Dergisi*, 17(198), 2009.
- Duman Ö, “Telif Haklarından Elde Edilen Kazançların GVK Karşısındaki Durumu”, *Vergi Dünyası*, 19(217), 1999, s. 1-7.
- Evrensel HA, *Telif Hakkı Sözleşmesi ve Hakların Devri*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Güneş İ, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Gürhayta NK / Özkan E, “Serbest Meslek Kazanç İstisnası Uygulamasında Yetki Karmaşası”, *Vergi Raporu Dergisi*, 1(227), 2018, s. 24-32.
- Hurşitoğlu Öİ, “Telif Hakları İstisnası Yanılgısı”, *Vergi Sorunları Dergisi*, 39(339), 2016, s. 90-99.
- Karademir A, *Çalışanların Yarattığı Eserler Üzerinde Fikri Hakların Kullanılması*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Karaman D / Damar M, “Fikri Mülkiyet Haklarının Yazılım Sektörü Açısından Değerlendirilmesi: Usedsoft ve Verisil Davaları”, *Kafkas Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 12(24), 2021, s. 1165-1198.
- Karasu R / Suluk C / Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.

- Noyan E, *Patent Hukuku*, 3. Bası, Adalet Yayınevi, 2015.
- Öncel M / Kumrulu A / Çağan N / Göker C, *Vergi Hukuku*, 30. Bası, Turhan Kitabevi, 2021.
- Özdemir M, 2012 “Telif Haklarının Vergilendirilmesi-I”, <<http://www.alomaliye.com/2012/08/29/telif-haklarinin-vergilendirilmesi/>> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2022.
- Özkaya P / Samet R, “Yazılım Ürünlerinin Telif Hukuku Kapsamında Korunması”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, 6(1), 2020, s. 17-34.
- Saraçoğlu F, *Türk Vergi Sistemi*, 10. Bası, Gazi Kitabevi, 2021.
- Sarı O, *Patent Lisans Sözleşmeleri*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Semiz Ö, *Telif Hakları ve Bağlantılı Hakların Toplu Yönetimi ve Kamusal Denetimin Boyutları*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Serozan R / Engin Bİ, *Miras Hukuku*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Taşkan YZ, *Vergi Hukuku*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2021.
- Türkay İ, *Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi*, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Yalın MA, *Türk Hukukunda Telif Hakları ve Vergilendirilmesi*, (Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.
- Yazıcı S / Şahin S, “Osmanlı Devleti’nde Patent Uygulaması: Örneklerle İhtira Beratı Kanunu İncelemesi”, *History Studies*, 2(11), 2019, s. 815-825.
- Yıldırım M, “Telif Kazançlarının Vergilendirilmesi”, *Vergi Sorunları Dergisi*, 35(286), 2012, s. 127-136.
- Yıldırım M, *Gayrimaddi Haklar ve Vergilendirilmesi*, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Yılmaz G, *Serbest Meslek Kazançlarının Vergilendirilmesi*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yüksek Lisans Tezi), 2004.
- Yüce M, “Fikri Haklar ve Bunların Telif Kazancı İstisnası Karşısındaki Durumu”, *Mali Çözüm Dergisi*, 12(53), 2000, s. 43-55.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU SORUŞTIRMALARINDA İNCELEME VE MÜTALAA ŞARTINA GETİRİLEN İSTİSNAİ DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE REGULATIONS FOR THE EXCEPTION TO
THE REQUIREMENT OF EXAMINATION AND OPINION IN THE
INVESTIGATION OF TAX EVASION CRIME

Didem TÜRKER*  

Özet

[10.34246/ahbvuhfd.1169191](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1169191) 

Vergi kaçakçılığı suçlarının bildirim ve soruşturma usulü Vergi Usul Kanunu'nun 367'nci maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Vergi incelemesi/görüş ve mütalaa şartı vergi kaçakçılığı suçlarının soruşturulması ve yargılamanın yapılabilmesi için önem arz etmektedir. Kanun koyucu 29/04/2021 tarihli 7318 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi ve 08/04/2022 tarihli 7394 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi ile ilgili maddeye yeni fıkralar eklemiştir. Eklenen bu fıkralarla vergi kaçakçılığı suçları için aranan vergi incelemesinin/görüşün sonuçlarının ve mütalaa şartının bazı durumlar için aranmadığı görülmektedir. Çalışmanın sonucunda kanun koyucunun getirmiş olduğu bu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği, uygulamada hak ihlallerine sebebiyet verebileceği ve tartışmalı durumlara neden olabileceği sonucuna varılmıştır. İlgili düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı özellikle eşitlik ilkesi, adil yargılanma hakkı ve cezaların şahsiliği ilkesi bakımından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Vergi Kaçakçılığı • Vergi İncelemesi • Mütalaa • Eşitlik İlkesi • Adil Yargılanma Hakkı

* Arş. Gör., İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı/ İZMİR, e-posta: didem.turker@ikc.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4576-2706 DOI: 10.34246/ahbvuhfd.1169191

* **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.



Abstract

The notification of tax evasion crimes and the investigation procedure are specially regulated in Article 367 of the Tax Procedure Code. The condition of tax inspection/opinion and opinion is important for the investigation of tax evasion crimes and the execution of the trial. The legislator added new paragraphs to the related article with Article 5 of Law No. 7318 dated 29/04/2021 and Article 5 of Law No. 7394 dated 08/04/2022. With these added paragraphs, it is seen that the results of the tax examination/opinion sought for tax evasion crimes and the condition of opinion are not required in some cases. As a result of the study, it was concluded that these regulations brought by the legislator constitute a violation of the Constitution, may cause violations of rights in practice and may cause controversial situations. The unconstitutionality of the relevant regulations has been examined especially in terms of the principle of equality, the right to a fair trial and the principle of the individuality of the penalties.

Keywords: Tax Evasion • Tax Analysis • Legal Opinion • Equality, Right to Fair Trial

EXTENDED ABSTRACT

In Turkish law, the crime of tax evasion, the procedure for notifying the judicial authorities if this crime is discovered by the administration, and the special rules to be followed during the investigation phase are regulated in the Tax Procedure Law No. 213 (VUK). The authorized officers of the administration who are faced with the acts of tax evasion, which is written in article 359 of the Law, during the tax inspection are obliged to report the crime to the Office of the Chief Public Prosecutor. They get an opinion from the Report Evaluation Commission about the tax crime reports they have prepared while making this notification. The opinion prepared by the Commission is a condition of the case in terms of tax evasion offenses. In case it is learned by the public prosecutor in other ways that the crime has been committed, an investigation is requested by notifying the tax office immediately. As a result of the examination, the opening of the public case is postponed until the administration's opinion is notified to the prosecutor's office.

The legislator stated that the purpose of Article 367 of the VUK in introducing special procedures for tax evasion crimes by departing from the general rules is to protect the financial security of the citizen. In terms of detecting the crime in tax evasion crimes, a compulsory relationship is established between the prosecutor's office and the administration, especially during the investigation phase.

The purpose of the tax inspection is to investigate, determine and ensure the accuracy of the taxes to be paid. In tax inspections, books and documents belonging to the taxpayer are examined. As a result of the tax inspection, a tax inspection report is prepared by the tax inspection person. The tax inspector, who determines that the acts

set out in Article 359 of the VUK have been committed during the tax inspection, also issues a tax crime report in addition to the tax inspection report. Tax crime reports contain the events, movements and consequences that constitute a crime, the place, time, manner of committing the crime, the names of the people who are believed to have committed the crime and the people who participated in it. The Report Evaluation Commission established within the tax administration is responsible for conducting a regulatory compliance audit of tax inspection reports and providing an opinion on tax crime reports. In the opinion, the elements of the crime, the relationship between the act and the perpetrator are determined. Together with the Report Evaluation Commission's opinion, it reviews the conclusions reached by the tax examiner about the taxpayer once again. According to the opinion accepted as the majority in the doctrine, the reports and opinions to be prepared as a result of detailed examinations to be made by the expert administration on the subject for tax evasion crimes, which contain technical details due to their structure, shed light on both the prosecution authority and the court during the trial.

In the latest regulations made by the legislator, it is observed that he abolished the results of the tax inspection, the requirement for an opinion and the issue of preparing a report, which are important for tax evasion crimes. In the 4th paragraph added to the 367th article of the Law dated 29/04/2021 and numbered 7318, it is regulated that a sue will be filed with the opinion, before the tax examination is completed or before the tax examination starts. After this arrangement, as paragraph 5 of Article 367 of the VUK Law No. 5 dated 08/04/2022 and numbered 7394; During the investigation or prosecution of tax evasion crimes, a regulation was introduced that abolished the obligation to submit a report and opinion in case it is revealed that the act subject to the consideration was committed by or together with another person. In these latest regulations made by the legislator, it is seen that the conditions for the examination / opinion and the opinion have been flexed or even abolished in the case of a crime and a person by making exceptional provisions for the condition.

As a result of the study, it was concluded that these regulations introduced by the legislator constitute a violation of the Constitution, may cause rights violations in practice and may cause controversial situations. The unconstitutionality of the relevant regulations has been examined in terms of the principle of equality, the right to a fair trial and the principle of individuality of punishments.

Key Words: Tax Evasion, Tax Analysis, Legal Opinion, Tax Procedure Law, Criminal Investigation

GİRİŞ

Devletlerin vergilendirme yetkilerini kullanmaları hem egemenliklerinin bir göstergesi olması hem de ekonomik istikrarlarını sürdürebilmeleri bakımından önem arz etmektedir. Devletler, vergilendirme yetkilerini kullanırken vergi kayıp ve kaçığına sebebiyet veren fiillerin önüne geçebilmek ve caydırıcılığı arttırmak için cezalandırma yetkilerini de kullanmaktadırlar. Bu bakımdan birçok devlet, yasal mevzuatlarında vergi kanunlarına aykırılık gösteren suç niteliğindeki fiillerin ağır para cezaları ve hürriyeti bağlayıcı cezalarla tecziyesi yönünde hüküm tesis etmiştir. Türk vergi ceza sisteminde de durum benzer nitelikte olup vergi suçlarının cezalandırılması “mali nitelikli suç ve cezalar” ve “ceza hukuku anlamında suç ve cezalar” başlıkları altında incelenmektedir.¹

Ceza hukuku anlamında suç niteliğinde olan ve adli yaptırım olarak hapis cezasının uygulandığı vergi kaçakçılığı suçları, 213 sayılı Vergi Usul Kanun’un (VUK) 359’uncu maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanunun bu maddesinde belirtilen fiillerin işlenmesi durumunda suçun işlendiğinin kesin tespitine yönelik kararları ve bu fiillerin yaptırımının ne olacağına dair kararları ceza mahkemeleri tesis etmektedir.² Muhakeme usulünde ise kural olarak genel kanun niteliğindeki 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümleri uygulanmaktadır. Ancak kanun koyucu vergi kaçakçılığı suçlarının bildirim usulünü ve soruşturma usulünü VUK’un 367’nci maddesinde özel olarak düzenlemiştir. “*Bazı Kaçakçılık Suçlarının Cezalandırılmasında Usul*” başlıklı kanun maddesine göre yapılan vergi incelemesi sırasında vergi kaçakçılığı fiilinin işlendiğinin ortaya çıkması halinde kanunda sayılan yetkili kişiler tarafından vergi inceleme raporları ve vergi suçu raporları düzenlenerek bu raporlar hakkında rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa-sı alındıktan sonra dava açılabilir. Uygulamada ve öğretide muhakeme şartı olarak nitelendirilen mütalaa alınmadan yargılamaya geçilememektedir. Mütalaa alınmadan dava açılmış olması kanuna aykırılık sebebidir. Sair suretlerle suçu öğrenen Cumhuriyet başsavcılığı hemen vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep etmelidir. Kamu davasının açılması bu incelemenin sonucunun Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine kadar erteledir.

¹ Mualla Öncel / Ahmet Kumrulu / Nami Çağan / Cenker Göker, *Vergi Hukuku*, 30. Baskı, Turhan Kitabevi, 2021, s. 224.

² Yusuf Karakoç, *Vergi Ceza Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 292.

Kanun koyucu, 7318 sayılı Kanun’un 5’inci maddesiyle VUK’un 367’nci maddesine 4’üncü fıkraya olarak yeni bir fıkraya eklemiştir. Bu fıkrada 359’uncu maddenin (ç) fıkrasında yer alan suç tipiyle ilgili olarak kanundaki koşullar sağlandığı takdirde vergi incelemesinin bitirilmesi beklenmeden veya vergi incelemesine hiç başlanmadan mütalaa verilmesi ile birlikte davanın açılacağı düzenlenmiştir. Yapılan bu düzenlemeden kısa bir süre sonra 7394 sayılı Kanun’un 5’inci maddesiyle VUK’un 367’nci maddesine 5’inci fıkraya olarak benzer nitelikte yeni bir fıkraya eklenmiştir. İlgili fıkraya ile birlikte vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturma esnasında mütalaa konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartının aranmayacağı düzenlemesi getirilmiştir. Kanun koyucunun yapmış olduğu son düzenlemelerinde, inceleme müessesine ve mütalaa şartına istisnai hükümler getirerek suç özelinde ve kişi özelinde şartların esnetildiği hatta kaldırıldığı görülmektedir.

Bu çalışma kapsamında; kanun koyucu tarafından VUK’un 367’nci maddesine eklenen inceleme ve mütalaa şartını esneten/kaldıran düzenlemeler incelenerek bu düzenlemelerin anayasal düzende nasıl konumlandırılacağı ve uygulamada yaratacağı duraksama, tereddüt ve sorunlar ortaya konulmuştur. Bu bağlamda ilk kısımda vergi kaçakçılığı suçları için getirilen özel soruşturma usulüne değinilecek, ardından bu usule getirilen istisnai nitelikteki yeni düzenlemeler incelenecek ve son kısımda bu düzenlemelerin anayasal ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARININ SORUŞTURMA USULÜ

A. Genel Olarak Vergi Kaçakçılığı Suçları

Türk Ceza Kanunu içerisinde yer almayan ve özel suç tipi niteliğinde olan VUK’un 359’uncu maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı³ suçları,

³ VUK’un 359’uncu maddesinin başlığı “*Kaçakçılık Suçları ve Cezaları*” olmakla birlikte 20/07/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun ile 359’uncu maddede yer alan suçlar bakımından vergi ziyanının suçun unsuru olmaktan çıkarılması ve 08/04/2022 tarihli ve 7394 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi ile getirilen “*Tarh edilen vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen cezanın bulunmadığı durumlarda verilecek ceza yarı oranında indirilir.*” hükmünden de anlaşılacağı üzere suçun oluşması için ortada bir vergi kaybının bulunması zorunlu değildir. Diğer bir deyişle vergi ziyayı oluşmayan, tarh edilecek vergi ve vergi aslına bağlı olarak kesilen ceza bulunmadığı durumlarda da 359’uncu madde kapsamında suç oluşabilecektir. Halbuki ortada bir vergi kaybı, kaçığı yokken işlenen suçun “kaçakçılık” olarak nitelendirilmesi uygun bir nitelendirme değildir. 4369 sayılı Kanun gerekçesinde yer alan; “*Bilindiği gibi, genel*

adli yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulandığı suçlardır. Kanunda suçun unsurunu oluşturan fiiller şu şekilde sıralanmaktadır:

359'uncu maddenin (a) fıkrasına göre; defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapmak, gerçek olmayan veya işlemle ilgisiz kişiler adına hesap açmak, hesap ve işlemleri matrah azaltmak amacıyla başka ortamlara kaydetmek, defter kayıt ve belgeleri tahrif etmek veya gizlemek, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlemek veya kullanmak.

359'uncu maddenin (b) fıkrasına göre; defter kayıt ve belgeleri yok etmek, defter sahifelerinin yerine başka yaprak koymak, sahte belge aslı veya suretini düzenlemek veya bu belgeleri kullanmak.

359'uncu maddenin (c) fıkrasına göre; Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde belge basmak veya bu belgeleri bilerek kullanmak.

359'uncu maddenin (ç) fıkrasına göre; Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde ödeme kaydedici cihazların mührünü kaldırmak, donanım veya yazılımını değiştirmek, sistemlere müdahalede bulunarak satışlara ait bilgi ve belgelerin kayıt altına alınmasını engellemek, kayıt altına al-

olarak hukukta cezayı gerektiren fiillerde aranan temel öge bu fiillerin kasıt unsuru taşıyıp taşımadığıdır. Kasıt unsuru, fiili cürüm haline çevirir. Kasıtın söz konusu olmadığı hallerde kabahatten ve kusurdan söz edilebilir. Vergi hukukunda vergi cezası uygulanabilmesi için gereken temel öge verginin kayba uğratılmış olmasıdır. Bu vergi kaybı ister hatadan, ihmalden veya usulsüzlükten doğmuş olsun, isterse nitelikli ve kasıtlı olsun vergi cezası kesilmesi konusunda farklılık arz etmezler. Ne var ki, bazı fiiller doğrudan mali sistemin, belge düzeninin ve mali otoritenin zayıflatılmasına hatta çökertilmesine yönelik bireysel veya örgütlü suç niteliğinde olabilir. Muhasebe hileleri, defter ve belgelerin gizlenmesi, denetim ve kontrolden kaçmak amaçlı davranışlar ve sahte veya içerik açısından yanıltıcı belge düzenleyip kullanmak gibi fiiller bu kategoriden sayılabilir. Bu nev'i fiillerin ortak özelliği niyet amaç ve plan unsurlarını taşımalarıdır. Bu üç unsur fiilde kasıtın varlığını ortaya koyar. Yapılan bu düzenleme ile kasıt unsuru taşıyan ve aynı zamanda nitelikli olan fiiller ile kabahat veya kusur sayılabilecek fiillerin ceza sistematigi değiştirilmekte, fiillere karşılık tertip olunan cezaların mahiyetleri farklılaştırılmaktadır." açıklamasından da anlaşılacağı üzere vergi hukukundaki vergi cezası uygulanabilmesi için gereken "verginin kayba uğratılmış olması" ögesi vergi kaçakçılığı suçu için aranmamış olmakla birlikte bu suç için tercih edilen madde başlığının bir başka ifadeyle isimlendirmenin vergi kaybının olmadığı durumları nitelendirme ve suçun mahiyetini ortaya koyma noktasında isabetli olmadığı düşünülmektedir. Türk Dil Kurumu (TDK) "kaçakçılık" kelimesini "Bir devletin yasalarına karşı gelerek yapılan ticaret" olarak tanımlamaktadır. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda kaçakçılık fiilleri tek tek sayılmakla birlikte kavramın tam bir tanımı yapılmamıştır. Ancak kanunun genel anlamından çıkarılabileceği üzere kaçakçılık suçunun fiillerinin gümrük işlemlerine aykırılık kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Hal böyleyken VUK kapsamında düzenlenen vergi kaçakçılığı suçlarının madde başlığının her durumu kapsayacak şekilde kaçakçılık olarak belirlenmesi kelimenin anlamı ve maddenin içeriği ile uyumsuzdur.

nan bilgileri değiştirmek veya silmek, elektronik ortamda iletilmesi gereken bilgi, belge veya verilerin iletilmesini önlemek veya gerçeğe aykırı şekilde iletilmesine sebep olmak.

(a) fıkrasında yer alan suçlar için on sekiz aydan beş yıla kadar, (b) fıkrasında yer alan suçlar için üç yıldan sekiz yıla kadar, (c) fıkrasındaki suçlar için iki yıldan sekiz yıla kadar ve son olarak (ç) fıkrasında yer alan suçlar için üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

Vergi kaçakçılığı suçlarının düzenlendiği kanun hükmünde suçun failinin kimler olabileceği açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle başta vergi mükellefi, vergi sorumlusu, kanuni temsilci olmak üzere kanunda belirtilen fiilleri gerçekleştiren üçüncü kişilerin de suçun faili olabileceği kabul edilmektedir.⁴

1. Vergi Kaçakçılığı Suçlarının Soruşturma Usulü

Ceza muhakemesinin genel kuralları uyarınca muhakeme soruşturma evresiyle başlar.⁵ CMK'nın 160'ıncı maddesine göre Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla soruşturma evresinde emrindeki kolluk görevlilerinin yardımıyla şüphelinin aleyhine ve lehine olan delilleri toplar. Toplanan deliller sonucunda kamu davası açmaya yetecek yeterli şüpheye ulaşması durumunda şüpheliler hakkında suç isnadında bulunarak iddianame düzenler.

Kural olarak soruşturma makamı re'sen harekete geçebilme yetkisine sahip olsa da bazı durumlarda kamu davasının açılabilmesi ve açılmış bir dava hakkında yargılama yapılabilmesi birtakım koşullara bağlanmıştır. Bu durum öğretide "dava şartı", "ceza muhakemesinin şartları", "yargılama koşulları", "kovuşturma şartı" gibi değişik isimlerle adlandırılmaktadır.⁶ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 114'üncü maddesindeki dava şartlarına benzer nitelik gösteren bu şartlar hukuk yargılamasında olduğu gibi ceza

⁴ Taha Emre Çiftçi, "Vergi Kaçakçılık Suçlarında Soruşturma Evresi", *Fiscaoeconomia*, 5(2), 2021, s. 636.

⁵ Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 186.

⁶ Yusuf Karakoç, *Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü (Ceza Mahkemesinde Yargılanacak Vergi Suçları Hakkında Kamu Davası Açılmasının Mütalaa Şartına Bağlı Olması)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları no. 69, 1996, s. 56.

yargılamasında da her aşamada re'sen göz önünde bulundurulmak zorundadır. Failin dışında kalan sebeplerle fail dışındaki bir organ, makam veya idarenin şartı gerçekleştirilmesi davanın açılmasını mümkün kılıyorsa muhakeme şartının varlığından söz edilir.⁷ Kanun koyucunun bazı suçlar için öngörmüş olduğu kamu davasının açılabilmesi için gerekli olan şartlardan başlıcaları şikâyet, izin ve yazılı başvuru şartıdır.⁸ Öğretide ve yargı kararlarında vergi kaçakçılığı suçlarının soruşturulmasında aranan mütalaa şartı da muhakeme şartı olarak kabul edilmektedir.⁹

Kanun koyucu, vergi kaçakçılığı suçlarının soruşturma usulünü genel kurallardan farklı olarak VUK'un 367'nci maddesinde “*Bazı Kaçakçılık Suçlarının Cezalandırılmasında Usul*” başlığı altında düzenlemiştir.¹⁰ Anılan

⁷ Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, *Ceza Muhakemesi*, s. 106.

⁸ Şikâyet, suçtan zarar gören kişinin yetkili makamlara başvurarak suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını talep etmesidir. TCK'nın 73'üncü madde vd. hükümleri uyarınca fail ve fiilin öğrenildiği tarihten itibaren altı ay içinde şikâyetin yapılması gerekmektedir. Mütalaanın şikâyetten farklı özelliklere sahip olduğu, vergi suçlarına özgü bir kurum olduğu ve şikâyetin özelliklerinden olan vazgeçme, geri alma gibi kurumların mütalaa için uygulanmayacağı görüşü hakkında bkz. Hüsamettin Uğur, “Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m.367)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 8(88), 2013, s. 37. İzin şartında, suçun işlendiği izlenimini veren bir halin mevcudiyeti halinde yetkili makamların fail hakkında dava açılmasını uygun gördüklerini Cumhuriyet savcısına bildirmeleri gerekir. Yazılı başvuru şartı, bazı kanunlarda sadece soruşturma şartı olarak yer almaktayken bazı kanunlarda soruşturma ve kovuşturma şartı olarak düzenlenmiştir. Yazılı başvuru şartı mütalaa kurumuna en çok benzeyen muhakeme şartı olup mütalaanın bu kurumdan farklıları da mevcuttur. Yazılı başvuru şartına örnek olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 162'nci ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 115'inci maddeleri örnek olarak verilebilir.

⁹ Doğan Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)*, 12. Baskı, Ekin Yayınevi, 2022, s. 406-407; Karakoç, *Mütalaa Şartı*, s. 57; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T.11.07.2014, E.2012/1512, K.2014/366, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemci-Web>, Erişim Tarihi 5 Kasım 2022; Bu şartın niteliği gereği idarenin vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini Cumhuriyet başsavcılığına bildirme şartı olduğunu savunan görüş hakkında bkz. Editörler: Bahri Öztürk / Funda Başaran Yavaşlar, *Vergi Kabahat Suçları ve Tasarısı*, Seçkin Hukuk, 2020, s.170-171.

¹⁰VUK'un 367'nci maddesi: “*Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir.*

359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ıtıla hâsil eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.

Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur.

359 uncu maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti

maddenin ilk fıkrasına göre vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların vergi incelemesi sırasında tespit ettikleri 359'uncu maddede yer alan vergi kaçakçılığı suçlarını, ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile birlikte Cumhuriyet başsavcılığına bildirmeleri mecburidir. Suç ile ilgili raporların ve mütalaaların Cumhuriyet savcılığına bildirim usulü, vergi incelemesi yapan memurların statülerine göre farklılık arz etmektedir. Vergi müfettişleri veya vergi müfettiş yardımcıları alınan mütalaa ile birlikte doğrudan suç bildiriminde bulunabilirken diğer inceleme elemanları vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık aracılığıyla suçu mütalaa ile birlikte Cumhuriyet başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler. Diğer taraftan 2'nci fıkraya göre 359'uncu maddede yazılı suçların işlendiğini ihbar, şikâyet, basın yoluyla öğrenme gibi sair suretlerle öğrenen Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. Kamu davasının açılması bu inceleme neticesinin savcılığa bildirilmesine kadar ertelenir.

Vergi kaçakçılığına ilişkin soruşturmalarda yürütme organı olan idare aktif bir şekilde soruşturmaya dâhil edilmiştir. Vergi kaçakçılığı suçlarının soruşturulmasında genel ceza muhakemesindeki kolluğun yerini vergi inceleme memurları almıştır.¹¹ Diğer bir deyişle suçun işlendiğinin ortaya çıkarılması vergi denetim usullerinden biri olan vergi incelemesi sırasında idare vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Aynı zamanda idarenin savcılığa suç bildiriminde bulunurken suçla ilgili mütalaa vermesi gerekmektedir. Mütalaa alınması hükmü idareyle savcılık makamı arasında suçun tespiti ve ortaya çıkarılması bakımından zorunlu bir hukuki ilişkinin bulunduğunu göstermektedir.¹² Yargılamanın yapılabilmesi için doktrinde ve yargı kararlarında “muhakeme şartı”

halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile birlikte keyfiyet Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz.

359 uncu maddede yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaa konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartı aranmaz.

359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyası cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.”

¹¹ Tuğçe Karaoğlan Güneş, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Yargılama Şartının Anayasaya Aykırılığı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 5(48), 2010, s. 105.

¹²Doğan Şenyüz, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, *İzmir Barosu Dergisi*, (2), 2016, s. 19.

olarak nitelendirilen mütalaanın alınmamış olması Yargıtay tarafından kanuna aykırı kabul edilerek bozma sebebi sayılmaktadır.¹³ Konunun önemi bakımından vergi incelemesi ve mütalaa konusu aşağıda ayrıca ele alınmıştır.

a. Vergi incelemesi

Mükelleflerin vergi kanunlarındaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediklerinin tespit edilebilmesi idarenin mükellefleri denetlemesi ile mümkün olmaktadır. Vergilendirme işlemlerinde gerçek durumun tespitinin ortaya çıkarılması idarenin ispat yükümlülüğüyle yakından ilişkili olduğundan vergi denetimleri idarenin mükellefe yönelik gerçekleştirdiği işlemlerin dayanağını oluşturmaktadır. Bu bakımdan vergi denetim yolları VUK'ta ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Vergi incelemesi, VUK'un 134-141 maddeleri arasında düzenlenen vergi denetim yollarından biridir. Vergi incelemesinde amaç; ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır. Vergi incelemesi mükellefler yönünden cezalandırılma ile karşı karşıya kalma ve uzlaşma yoluna başvurulabilme gibi somut durumların dayanağını oluşturmaktadır. Aynı zamanda vergi incelemesi; vergi kaçakçılığı suçlarında VUK'un 367'nci maddesindeki düzenleme gereği inceleme sırasında karşılaşılan vergi kaçakçılığı suçlarının adli makamlara bildirilmesi, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun gereği teminat, ihtiyati tahakkuk veya ihtiyati haciz işlemlerinde etkin rol oynaması bakımından önemli bir yere sahiptir.

Vergi incelemesinde bulunmaya yetkili kişiler VUK'un 135'inci maddesinde sayılmıştır. Kanuna göre vergi incelemesi; vergi müfettişleri, vergi müfettiş yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetki-

sini haizdir. Maddede sayılanlara ek olarak VUK'un 75'inci maddesine göre takdir komisyonları da inceleme yapabilir. Bu kişiler haricindeki kişilerin inceleme yapması işlemin yetki yönünden sakatlanmasına sebebiyet verecektir. VUK'a veya diğer kanunlara göre defter ve hesap tutmak, evrak ve vesikalari muhafaza ve ibraz etmek mecburiyetinde olan gerçek ve tüzel kişiler vergi incelemesine tabidirler.

26/10/2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7338 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 17'nci maddesiyle yapılan değişiklikten önce incelemenin yapılacağı yer, VUK'un 139'uncu maddesinde incelemeye tabi olanın iş yeri olarak belirlenmişken teknolojik gelişmelerle birlikte iş yeri kavramının değişikliğe uğraması sebebiyle anılan Kanunla birlikte incelemenin yapılacağı yer daire olarak belirlenmiştir. İncelemenin dairede yapılması, incelemeye tabi olanın iş yerinde tespit yapılmasına ve çalışmalarda bulunulmasına engel değildir. Talep edilmesi halinde inceleme iş yerinde de yapılabilir.

Vergi incelemelerinde hem mükelleflerin vergi incelemesi esnasında savunma haklarını kullanabilmeleri bakımından hem de idarenin mükellef aleyhine yapacağı işlemleri ispat yükümlülüğü açısından önem taşıyan vergi inceleme tutanakları ile ilgili hükümler Kanun'un 141'inci maddesinde yer almaktadır. Vergi incelemesi esnasında vergi inceleme elemanları lüzum görmeleri halinde vergilendirme ile ilgili olayları ve hesap durumlarını ayrıca bir tutanak altına alabilirler. Tutanak düzenlenip düzenlenmeyeceği konusu vergi inceleme elemanlarının takdirinde olmakla birlikte tutanak düzenlenmesi halinde ilgililerin itiraz ve görüşlerinin tutanağa geçirilmesi hususu kanunen zorunluluk arz etmektedir. Vergi incelemesinin usul ve esaslarını düzenleyen Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 16'ncı ve 17'nci maddelerinde inceleme tutanakları ve inceleme tutanaklarının içeriği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹⁴ İlgili maddelerde tutanakta yer alan hususların vergi kanunları karşısında yapılması muhtemel işlemler bakımından ispatlama vasıtası olduğu ve yapılması muhtemel işlemlerin neler olduğunun mükellefe izah edileceği ve bu durumun da tutanakta yer alacağı düzenlemeleri yer almaktadır. Yönetmelik açıkça vergi incelemesi esnasında düzenlenen tutanakların delil mahiyetinde olduğunu ve idarenin ileride mükellef aleyhine yapacağı vergilendirme işlemlerinde bunları ispat aracı olarak kullanacağını belirtmiştir. İlgililer bu tutanakları imzadan imtina edebilirler. Bu durumda

¹³ "...incelenen dosya içeriğine göre adı geçen sanık hakkında 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca suç ihbarını alan Cumhuriyet savcısının, sanık hakkında daha önce yapılan inceleme sonucunda vergi denetmeni... tarafından düzenlenen 12.06.2009 gün ve... sayılı vergi suçu raporuna dayanarak iddianame tanzim ettiği, ancak 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde yazılı suçun işlendiğini tespit eden vergi müfettişi raporunun 367. maddenin birinci fıkrasında gösterilen usule göre değerlendirme komisyonunun mütalaa alınmadan davaya dayanak yapıldığı, ... Vergi Dairesi Başkanlığı Denetim Grup Müdürü vekili ...'ün Vergi Dairesi Başkanı adına imzaladığı 22/06/2009 tarihli ve... sayılı suç ihbarı yazısının anılan maddeye göre alınmış komisyon mütalaa yerine geçmeyeceği gözetilerek itirazın reddi yerine yazılı şekilde kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden..." (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T.23.12.2016, E.2016/7786, K.2016/8774, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>, Erişim Tarihi 24 Haziran 2022).

¹⁴Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (31/10/2011 tarihli 28101 sayılı Resmî Gazete).

vergi incelemesine yetkili olanlar ilgilileri imzaya zorlayamazlar. İlgililerin bu tutanaklar düzenlenirken yaptığı açıklamalar ve itirazlar da tutanakta yer alacaktır. Böylelikle vergi incelemesi sonunda düzenlenecek raporlara dayanak mahiyetinde oluşturulan tutanaklarda yer alan tüm bu hususlar yargılama aşamasında da dikkate alınacak olduğundan tutanakların içeriği her iki taraf bakımından son derece önem arz etmektedir.

Vergi incelemesinin sonunda vergi inceleme raporlarının düzenlenerek ilgili rapor değerlendirme komisyonuna gönderilmeleri gerekmektedir. Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nin 56'ncı maddesinde vergi müfettişlerinin düzenleyeceği rapor türlerinde vergi incelemesi açısından önem taşıyan vergi inceleme raporu ve vergi suçu raporuna yer verilmiştir.¹⁵ Vergi inceleme raporları tarhiyat/ceza önerisi içeren raporlar olup "giriş", "usul incelemesi", "hesap incelemesi", "eleştirilen hususlar" ile "sonuç" bölümlerinden oluşmaktadır.¹⁶ Yürütülmekte olan incelemelerde birden fazla mükellefi veya vergi türünü ya da aynı mükellefin birden fazla vergilendirme dönemini kapsayan eleştiri konusu yapılabilecek hususların tespit edilmesi halinde, konunun tek bir raporda ifade edilebilmesi amacıyla vergi tekniği raporu düzenlenebilir. Bu raporlar, sonrasında düzenlenecek vergi inceleme raporlarının ekini oluştururlar.

Vergi incelemesi sırasında vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini tespit eden yetkili vergi inceleme memurlarının vergi inceleme raporu ile birlikte Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nin 54'üncü maddesine göre ayrıca vergi suçu raporu düzenlemeleri gerekmektedir. Vergi suçu raporlarında suç teşkil eden olaylar ile hareketlere ve sonuçlarına, suç işleme yerine, zamanına, işleniş şekline, suçu işlediği düşünülen kişilerin ve iştirak eden kişilerin isimlerine, bu kişilerin fiil ile ilgilerine ve kısaca mevzuat hükümlerine yer verilmelidir.¹⁷ Vergi suçu raporlarına idari düzenlemeler de ek olarak eklenmelidir.

Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 20'nci maddesinde yer alan düzenleme gereği vergi müfettişleri tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları, ilgili rapor değerlendirme komisyonuna, bağlı olunan daire veya ekip başkanlığı aracılığıyla; merkezi rapor değerlendirme komisyonuna gönderilmesi gereken vergi inceleme raporları ise söz ko-

nusu komisyona ileilmek üzere ilgili daire başkanlığı tarafından başkanlığa gönderilir. Vergi incelemesi yapmaya yetkili kılınan diğer memurlar tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra birimlerinde oluşturulacak rapor değerlendirme komisyonlarına gönderilir.

İlgili rapor değerlendirme komisyonları kendilerine verilen görevler çerçevesinde vergi inceleme raporlarını vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu ile maddi hata ve usul hatası içerip içermediği yönünden değerlendirirler ve VUK'un 359'uncu maddesinde yazılı suçların işlendiğine ilişkin görüş içeren vergi suçu raporları hakkında mütalaa verirler.¹⁸

Vergi incelemesi her ne kadar ilk bakışta mükellef aleyhine sonuç doğuran işlemler olarak gözüke de mükellefin lehine olan hususları da içermektedir. Vergi incelemesine yetkili kişiler, incelemenin amacına uygun olarak gerçeklik denetimi yapmakla yükümlüdürler.¹⁹ İdare, hukuk devleti olma ilkesinin gereği olarak yürüttüğü işlemler sırasında mükellefin aleyhine olduğu kadar lehine olan durumları da göz önünde bulundurmaya zorundadır. Uygulamada her ne kadar mükellefin lehine olan hususların raporda yer almasına dikkat edilmese de vergi incelemesinin amacına ulaşabilmesi için bunların da ilgili raporlarda yer alması gerekmektedir. Nitekim Danıştay da vermiş olduğu kararlarında vergi incelemesinde mükellefin lehine olan hususların da göz önünde bulundurulması gerektiğine hükmetmiştir.²⁰ Vergi iadesi ya da mahsup gibi mükellef lehine hüküm ve sonuç doğuracak şekilde vergi inceleme raporu düzenlenmesinin mümkün olması ve uygulamada bu şekilde vergi inceleme raporu düzenleniyor olması vergi incelemesinin her zaman mükellef aleyhine olmadığı yönündeki görüşü doğrulamaktadır.

¹⁸Yönetmelikte yer alan rapor değerlendirme komisyonlarının görevleri için bkz. Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Madde: 8-9-10 (31/10/2011 tarihli 28101 sayılı Resmî Gazete).

¹⁹ Soydan, s. 489.

²⁰ "...Bütün bu hususlar göz önünde tutulduğunda, davacının lehine ve aleyhine olan hususların birlikte değerlendirilmediği, dolayısıyla dava konusu tarhiyatın, VUK m.3'te belirtilen vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olacağı kuralı ile m.134'te öngörülen amaca aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından, eksik incelemeye dayalı vergi inceleme raporuna istinaden yapılan tarhiyatın kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir." (Danıştay 4. Dairesi, T.07.06.2010, E.2009/4029, K.2010/3462, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi 28 Haziran 2022).

Vergi kaçakçılığı suçlarının öğrenilme şekline göre Vergi Usul Kanun'un 367'nci maddesi izlenecek yol bakımından iki farklı usul benimsemiştir. Madenin ilk fıkrasına göre vergi incelemesi sırasında vergi kaçakçılığı suçunu tespit eden vergi inceleme elemanları ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile birlikte vergi incelemesini yapan kişilerin statülerine göre doğrudan veya vergi dairesi başkanlığı/defterdarlık aracılığıyla suçu Cumhuriyet savcılığına bildireceklerdir. Hükme göre bu usulün uygulanabilmesi için suçun vergi incelemesi sırasında ortaya çıkarılmış olması şarttır.

Cumhuriyet savcısının sair suretlerle suçu öğrenmesi hali ise VUK'un 367'nci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmektedir. Suçu öğrenen Cumhuriyet savcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. Kamu davasının açılması bu inceleme neticesinin yetkili makama bildirilmesine kadar ertelenir. Kanun koyucu, sair suretlerle öğrenme halinde istenen incelemenin vergi incelemesi mi yoksa olağan bir inceleme mi olduğu konusunda 1'nci fıkradaki gibi açık bir belirleme yapmamıştır. Öğretide de bu incelemenin niteliğinin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre Cumhuriyet savcısının sair suretlerle suçu öğrendiği hallerde isteyeceği incelemenin mutlaka vergi incelemesi olmasının gerekmediği, bu inceleme sonucunun görüş niteliğinde olduğu ve bu görüşün ayrıca mütalaaaya bağlanmasının gerekmediği ileri sürülmektedir. Vergi incelemesinin zamanaşımı süresi ile dava zamanaşımı sürelerinin farklı olmasından dolayı bu kavramın vergi incelemesini karşılamadığı gerekçe olarak sunulmaktadır. Yine aynı görüşe göre VUK'un 367'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca vergi dairesince yapılan incelemeler neticesinde ortaya konan teknik görüşlerin de mütalaa olarak kabulü gerekmektedir.²¹ Aksi görüşte olan yazarlara göre ise vergi incelemesinin her iki fıkra açısından da geçerli olması gerektiği, kanun koyucunun mütalaaayı getiriş gayesine bakıldığında bu şekilde bir ayrıma gidilmesinin doğru olmayacağı savunulmaktadır.²²

b. Mütalaa Şartı

Mütalaa kelime anlamı olarak *“herhangi bir konu üzerinde ayrıntılı dü-*

şünme ile oluşan görüş ve yorum” demektir.²³ Vergi kaçakçılığı suçlarındaki mütalaa şartı ilk kez mülga 5432 sayılı Vergi Usul Kanunu'nu değiştiren 1951 tarihli 5815 sayılı Kanun'da *“vatandaşın mali emniyet mülahazası”* gerekçe gösterilerek getirilmiştir. İlgili kanun maddesi günümüze kadar birçok kez değişikliğe uğramış olsa da mütalaa şartının varlığı devam ettiğinden madde gerekçesi geçerliliğini hala sürdürmektedir.²⁴ Vatandaşın mali emniyeti ifadesinden ne anlaşılması gerektiği gerekçede açıkça belirtilmemiştir. Öğretide bu ifadenin iki şekilde yorumlanabileceği kabul edilmektedir: Bunlardan ilki mütalaaanın mükellefe teminat sağlama amacına yönelik olduğu, diğeri ise uzmanlık gerektiren bir konuda soruşturma ve kovuşturma makamlarına yardımcı olma amacı taşıdığıdır.²⁵

Mütalaa şartının getiriliş sebebi birçok açıdan mükellef lehine yorumlanabilmektedir. Mütalaa şartı ile birlikte vergi incelemesi sırasında vergi inceleme elemanlarının sübjektif yorumlamalarda bulunarak mükellefler açısından olumsuz etki bırakmamaları ve bu duruma karşı bir nevi güvence ortamının oluşturulmasının sağlanması amaçlanmaktadır.²⁶ Aynı zamanda mükellefler, vergi idaresinin idari ve siyasi baskı aracı olarak kullanılmalara karşı da korunmak istenmiştir.²⁷

Mütalaa ile birlikte mütalaaanın alınış sürecindeki vergi inceleme elemanlarınca ulaşılan sonuçların, komisyon vasıtasıyla mevzuata uygunluk denetimi ile bir kez daha gözden geçirilmesi amaçlanmaktadır. Öte yandan komisyon, raporların yasal mevzuata uygunluğunu denetleyerek fiil ile fail arasındaki ilişkiyi değerlendirirken Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği'nin 14'üncü maddesine göre gerekli görülen durumlarda ya da talep üzerine mükellefi veya inceleme elemanını dinleyebilir. Kanun koyucu getirmiş olduğu bu yasal düzenlemeyle mükellefe idari aşamada savunma hakkını kullanabilme imkânı tanımış ve komisyonun raporların içeriği hakkında gerçek bir denetim yapabilmesini amaçlamıştır. Her ne kadar yürütme organına dava açma sürecini etkileyecek bu derece önemli bir yetkinin verilmesi öğretide sıklıkla eleştirilmiş olsa da kanun koyucunun mütalaa şartını, mükellef haklarını koruyucu amaçla getir-

²¹ 367'nci maddenin 2'nci fıkrasında geçen vergi dairesince yapılması gereken incelemenin vergi incelemesinden farklı bir içeriğe ve anlama sahip olduğu, idarece ortaya konan görüşlerin de bir mütalaa niteliği taşıdığı hakkındaki görüşler için bkz. Onur Özcan, *Vergi Suçları*, Seçkin Yayınları, 2015, s. 509; Şenyüz, *Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*, s. 32.

²² 367'nci maddenin 2'nci fıkrasında geçen vergi dairesince yapılması gereken incelemenin vergi incelemesi niteliğinde olduğu hakkındaki görüşler için bkz. Mümin Güngör, “Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (44), 2020, s. 282; Karaçoban Güneş, s. 106.

²³ TDK Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 5 Kasım 2022.

²⁴ Baykara, s. 395.

²⁵ Güngör, s. 278.

²⁶ Şenyüz, *Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*, s. 19.

²⁷ Turgut Candan, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2019, s. 412.

diği gerekçe lafzından anlaşılabilir. ²⁸

Mütalaanın hukuki niteliğinin ne olduğu ve delil niteliği taşıyıp taşımadığı konularında öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre; mütalaa ve Cumhuriyet savcısının sair suretlerle suçu öğrenmesi durumunda idarece hazırlanan görüş niteliğindeki raporlar, delil niteliğinde olmakla birlikte savcı ve hâkim bunlarla bağlı değildir. ²⁹ Verilen mütalaa suçluluğun belirlenmesi açısından delil niteliğini haizdir ve aksinin ispatlanması olanaklıdır. ³⁰ Anayasa Mahkemesi de mütalaa şartının Anayasa hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılmış itiraz başvurusuna yönelik kararında mütalaa; uzmanlığı bulunmayan soruşturma ve kovuşturma makamlarının karar vermelerine yardımcı olacak takdiri delil niteliğindeki bir müessese olarak tanımlamıştır. ³¹ Mütalaanın delil niteliğine sahip olmadığını savunan görüşe göre ise mütalaanın savcılık makamını ve/veya mahkemeyi bağlamaması ve teknik konuda açıklama getirmesi dolayısıyla mütalaa delil olarak kabul edilmemelidir. ³² Diğer bir görüşe göre ise mütalaa bir delilden ziyade delil değerlendirme aracı olarak görülmelidir. ³³

Teknik bir konu olarak nitelendirilen vergilendirme işlemlerinin uzman kişilerce ele alınmasıyla birlikte, konu hakkında yeterli bilgi ve birikime sahip olmayan soruşturma ve kovuşturma makamlarının hukuka uygun kararlar vererek maddi gerçeğe ulaşmalarına yardım edilmektedir. Maddi gerçek ancak akla uygun ve gerçekçi delillerle ortaya çıkarılacağından ilgili vergi dairesinden vergi incelemesi sonucunda mütalaa alınması ya da savcının kanunda her ne kadar mütalaa olarak adlandırılmamış olsa da mütalaa niteliği taşıyan görüş istemesi de bu amaca hizmet etmektedir. ³⁴

Mütalaanın verilme şekli yasal düzenlemelerde açıkça düzenlenmemiş olsa da yetkili kişiler tarafından yazılı olarak verilmesi gerektiği uygulamada

ve yargı kararlarında kabul edilmektedir. ³⁵ Öğretide verilecek mütalaaların üst yazı niteliğinde değil, vergi inceleme elemanlarının vergi suçu raporlarındaki görüşlerine ek bir rapor veya ayrıntılı bir yazı olması gerektiği ifade edilmektedir. ³⁶

Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında mütalaanın içeriğiyle ilgili olarak “*verilecek mütalaalarda suçun unsurlarıyla, fiil ile fail arasındaki ilişkinin değerlendirileceği*” belirtilmektedir. Yargıtay'ın özel dairesi kararlarında ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunca mütalaanın hem fiil hem de fail bakımından verilmiş olması koşulu aranmaktadır. Kanun koyucunun getirmiş olduğu yeni düzenlemelerinin aksine Yargıtay'ın mütalaanın başka bir sanıkla ilgili olduğunun anlaşılması halinde yargılamaya devam edilmesini kanuna aykırı kabul ettiği, yeni fail hakkında yeni mütalaa alınması gerektiğine yönelik yerleşik içtihatları bulunmaktadır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararında; baba-oğul sanıklar hakkında oğul hakkında düzenlenmiş vergi suçu raporunun bu kişinin yargılanması için yeterli olmayacağını, mütalaanın sadece baba yönünden alınmasının hukuka aykırı olduğunu, faturaların sahte olduğuna dair tespitleri içeren vergi incelemesinin yapıp yapılmadığının araştırılarak ve “cezaların şahsiliği ilkesi” de gözetilerek tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. ³⁷

Vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğinin tespitinden sonra düzenlenen vergi suçu raporu suçun tespitine yönelik tüm unsurları ortaya koymalı ve tespit tutanakları, resmi yazılar ve diğer belgeler de bu rapora eklenmelidir. Bu raporlarla birlikte alınacak mütalaa savcılığa sunulmalıdır. Böylelikle soruşturma aşamasında önce savcı kamu davasını açmaya, kovuşturma aşamasında ise mahkeme suçun işlendiğine ikna edilmiş olmalıdır. ³⁸ Mütalaadaki ve iddianamedeki fiil ile fail belirlemelerinin aynı olması gerekirken dava açarken hukuki nitelendirme yetkisi savcılık makamının, kovuşturma evresinde ise mah-

²⁸ Şenyüz, *Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*, s. 21; Uğur, s. 40.

²⁹ Neslihan Karataş Durmuş, “Vergi Hukukunda İspat ve Delil”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(3), 2014, s. 525.

³⁰ Süheyl Donay, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, Beta Yayıncılık, 2008, s. 75.

³¹ AYM, T.10.02.2011, E.2009/89, K.2011/40, <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/40?EsasNo=2009%2F89>>, Erişim Tarihi 1 Temmuz 2022.

³² Hanne Özgenç, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Muhakeme Usulü Olarak Mütalaa Şartı”, İzzet Özgenç (Ed.), *Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 646-647.

³³ Özcan, s. 505.

³⁴ Şenyüz, *Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*, s. 17.

³⁵ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, T.18.01.1990, E.1989/3649, K.1990/260, <www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi 05 Kasım 2022.

³⁶ Baykara, s. 403.

³⁷ Yargıtay 11. Ceza Dairesi, T.16.09.2014, E. 2012/28642, K. 2014/14975, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 1 Temmuz 2022.

³⁸ Şenyüz, *Vergi Ceza Hukuku*, s.403; Karakoç, *Mütalaa Şartı*, s.60; Fulya Angun / Selçuk Tekin, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Mütalaa'nın Yeri”, *Vergi Sorunları Dergisi*, (389), 2021, s. 42.

kemenindir. Mütalaa suçu işleyen kim olduğu, mütalaa'nın hangi yıllar ve hangi eylemler için verildiği, suçun unsurları ile fail ile fiil arasındaki ilişkiye ait detaylı bilgileri içerecek şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.³⁹ Mütalaa için gerekli olan bu bilgilerin maddi gerçeğin ortaya çıkmasına hizmet etmesi bakımından savcılık tarafından istenecek inceleme sonucunda savcılığa sunulacak raporlarda ve görüşte de yer alması gerekir.

Olumsuz mütalaa sonucunda kamu davası açılabilmesi gibi olumlu mütalaa sonucunda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilebilmektedir.⁴⁰ Mütalaa alınmadan dava açılmışsa CMK'nın 223'üncü maddesi gereği yargılamanın durmasına karar verilir. Bu durumda mütalaa'nın verilip verilmeyeceği hususunun idareden sorulması gerekmektedir.⁴¹ Yine CMK hükümleri gereği şartın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde davanın düşmesine karar verilir.⁴² Önemli olan mütalaa'nın var olup olmadığıdır. Mütalaa'nın eksikliğinin yargılamayı durdurucu etkiye sahip olması, yargılama makamlarının yeterince aydınlatılmamış olmasından ileri gelmektedir.⁴³

³⁹ Angun / Tekin, s. 36.

⁴⁰ Şenyüz, *Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*, s. 17.

⁴¹ "Sanık hakkında Afyon Ağır Ceza Mahkemesinin 03.05.2005 gün ve 2005/66-112 sayılı dosyası verilen durma kararı üzerine sahte fatura düzenleme suçundan kamu davası açıldığı, dava şartı olan Defterdarlık veya Gelirler Bölge Müdürlüğü mütalaa'sının ise dosya içerisinde bulunmaması karşısında; iddianamede nitelendirilmesi yapılan suç ile ilgili 213 sayılı Yasanın 367. maddesi uyarınca Defterdarlık veya Gelirler Bölge Müdürlüğü'nün mütalaa'sı var ise getirilmeden yok ise gerekli mütalaa alınmadan davaya devamlı yazılı biçimde hüküm kurulması" (Yargıtay 11.Ceza Dairesi, T.06.03.2012,E.2010/14081,K.2012/2967,<http://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi 2 Temmuz 2022).

⁴² Muhakeme şartı olan mütalaa'nın sağlanamaması sonucunda soruşturma aşamasında kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın, dava aşamasında ise düşme kararının verileceği ortak görüş olmakla birlikte mütalaa'nın verilmemesine karşı yetkili makamların nasıl bir yol izleyeceği yasal mevzuatta özel bir hükümle düzenlenmemiştir. Nitekim idarenin takdir yetkisini kullanarak veya gerekçelendirilmeden mütalaa başvurusunu reddetmesi halinde özellikle soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının yargı yoluna başvurabilmesi mümkün olmalıdır. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesinde yer alan izin şartının gerçekleşmemesi halinde Cumhuriyet savcısına tanınan itiraz hakkı gibi bir hakkın mütalaa şartı için de özel olarak düzenlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Uğur Yiğit, "Vergi Usul Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar", *Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, Beta Yayıncılık, 2004, s. 135.

⁴³ Karakoç, *Mütalaa Şartı*, s. 60.

II. VUK'UN 367'NCİ MADDESİNE EKLENEN İNCELEME/ GÖRÜŞ VE MÜTALAA ŞARTININ İSTİSNAİ TUTULDUĞU DÜZENLEMELER

Kanun koyucunun yapmış olduğu son düzenlemelerinde, vergi kaçakçılığı suçlarının soruşturulması için öngörülen özel usulün içinde yer alan vergi incelemesine, rapor düzenlenmesine ve mütalaa şartına suç tipi ve kişi bakımından istisnai hükümler getirdiği görülmektedir. 29/04/2021 tarihli 7318 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi ile birlikte VUK'un 359'uncu maddesine eklenen (ç) fıkrasındaki suçların bildirilmesi ve soruşturulması için vergi incelemesinin sonuçlarının zorunlu tutulmayacağı düzenlenmiştir. 08/04/2022 tarihli 7394 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeye göre de vergi kaçakçılığı suçunu işleyen kişinin bir başkası olduğu veya suçun bir başkasıyla birlikte işlendiğinin anlaşılması halinde bu kişiler hakkında soruşturma veya kovuşturma aşamasında rapor düzenlenmesi ve mütalaa alınması şartı aranmayacaktır.

A. 7318 Sayılı Kanun ile Eklenen VUK'un 359'uncu Maddesinin (ç) Fıkrasının Soruşturulmasına Yönelik 4'üncü Fıkranın İncelenmesi

29/04/2021 tarihli 7318 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi ile birlikte VUK'un 359'uncu maddesinde yer alan vergi kaçakçılığı suçlarına (ç) fıkrası eklenerek yeni bir suç tipi düzenlenmiştir. 7318 sayılı Kanun hazırlanırken yapılan kanun teklifinin genel gerekçesi incelendiğinde yapılan düzenlemelerin akaryakıt piyasasındaki kaçakçılık fiilleriyle mücadelenin sağlanması ve bu fiillerden doğan ekonomik kaybın önlenmesine yönelik olduğu görülmektedir. Genel amaca istinaden düzenlenen ve yeni bir vergi kaçakçılığı suçu ihtiva eden maddenin gerekçesinde ise "...*vergi güvenliğinin sağlanması, kayıt dışı ekonomi ve vergi kaçakçılığı ile etkin bir şekilde mücadele edilmesi amaçlarıyla...*" düzenlemenin getirildiği ifade edilmiştir.⁴⁴

359'uncu maddeye (ç) fıkrasıyla eklenen suçun konusunu ödeme kaydedici cihazlar oluşturmaktadır. Ödeme kaydedici cihazlara yönelik olarak "cihaz mührünü kaldırmak", "donanım veya yazılımını değiştirmek", "ödeme kaydedici cihazlara veya bunlarla ilgili sistemlere müdahalede bulunarak gerçekleştirilen satışlara ait bilgi ve belgelerin kayıt altına alınmasını engellemek", "kayıt altına alınan bilgileri değiştirmek veya silmek", "elektronik ortamda iletilmesi gereken bilgi, belge veya verilerin iletilmesini önlemek veya

⁴⁴ 7318 Sayılı Vergi Usul Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Gerekçesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Kanun ve Karar Bilgi Sistemi, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/>, Erişim Tarihi 5 Kasım 2022.

gerçeğe aykırı şekilde iletilmesine sebep olmak” fiillerini işleyenler üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır.

Aynı Kanun düzenlemesiyle birlikte (ç) fıkrasında yer alan suçların idare tarafından bildirilmesi ve yetkili makamlarca soruşturulması usulü diğer vergi kaçakçılığı suçlarından farklı olarak 367’nci maddeye eklenen 4’üncü fıkra ile:

“359 uncu maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa ile birlikte keyfiyet Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenleme ile birlikte 359’uncu maddenin (ç) fıkrasında yer alan suçlar için diğer vergi kaçakçılığı suçlarından farklı olarak mütalaa verilmesi için vergi incelemesinin bitirilmesi beklenmemektedir. Vergi incelemesine yetkili kişilerce sair suretlerle suçun işlendiğinin tespiti halinde ise incelemeye başlanmadan vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcılarının tespitlerini içeren raporlar için alınacak mütalaa ile Cumhuriyet başsavcılığına suç bildiriminde bulunulacaktır. Her iki durumda da mütalaa verilirken rapor değerlendirme komisyonu mükellef hakkında düzenlenmiş, mükellefin lehine ve aleyhine hususları içeren bir vergi inceleme raporunu incelemeyen suç hakkında mütalaa verecektir.

Vergi incelemesi bakımından getirilen düzenleme karşısında VUK’un 359’uncu maddesinin (ç) fıkrasındaki fiilleri idarenin tespit etmesi halinde mütalaa şartının kaldırılmadığı kanunun açık lafzından anlaşılmaktadır. Vergi incelemesine başlanması veya başlamış incelemenin sonuçlandırılması verilecek mütalaa için önemli olmayıp kanun koyucu tarafından mütalaa mevcutlu kamu davasının açılması için yeterli görülmüştür. Diğer bir deyişle bu suçlar bakımından vergi inceleme sonucuna bağlanmayan, sadece vergi müfettişlerinin veya vergi müfettiş yardımcılarının suç hakkındaki tespitlerini ve görüşlerini içeren bir rapora istinaden düzenlenen bir mütalaa müessesesi getirilmiştir.

Cumhuriyet savcısının sair suretlerle suçu öğrenmesi halinde hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep etme zorunlu-

luğunun olup olmadığı hususu da düzenlemede açık değildir.⁴⁵ Kanaatimizce “*kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz*” ifadesinden sair suretlerle suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet başsavcılığının inceleme talep zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir. Suç fiilleri için bildirme/soruşturma usulünün madde içinde farklı düzenlenmesi ile birlikte kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirmesindeki hızlı hareket etme gayesi göz önünde bulundurulduğunda 3’üncü fıkradaki kamu davasının açılması için inceleme sonucunun beklenme zorunluluğunun 4’üncü fıkra için zorunlu tutulmadığı sonucuna varılmaktadır. Kanunda açıklık olmadığından ve savcıların kamu davasını açmada serbest olmaları kural olduğundan (ç) fıkrasındaki suçlar için inceleme yapılması ve mütalaa aranması için dar yorumda bulunulmalıdır.⁴⁶ Bu bakımdan 367’nci maddenin 2’nci ve 3’üncü fıkralarından farklı olarak Cumhuriyet savcısı suçu sair suretlerle öğrendiği takdirde inceleme yapılmasını talep etmeden ve mütalaa almadan doğrudan kamu davasını açabilecektir.

Genel gerekçede vergi incelemesinin ve kamu davası açılması için bekleme şartının aranmamasına yönelik düzenlemelerle amaçlananın VUK’un 359’uncu maddesinin (ç) fıkrasındaki suçlarla etkin bir şekilde mücadele için tespit edilen hususların bir an önce yargılama makamlarının önüne getirilmesi olduğu açıkça ifade edilmiştir. Her ne kadar kanun koyucu bu suç tipi için yargılamanın hızlandırılmasını amaçlamış olsa da özel usulün içinde başka bir usul düzenlenmiş olması devletin kanuni düzenlemelerinde bireylerin güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması gerekliliği sonucuna aykırıdır. Öte yandan maddi hakikati araştırmak ve ortaya koymak amacını taşıyan ceza yargılamasında yargılamanın hızlandırılması gerekçe gösterilerek, usulüne uygun olarak yapılmış bir vergi incelemesini içerecek şekilde yapılacak olan ceza yargılamasının maddi hakikati ortaya çıkarmadaki etki ve önemi göz ardı edilerek düzenleme yapılmasında hukuki isabet bulunmadığı düşünülmektedir. Nitekim ilgili hükümde Cumhuriyet savcısının sair suretlerle suçu öğrendiğinde inceleme talep zorunluluğu bulunup bulunmadığı hususu açık olmadığından ve kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması beklenmeyeceğinden (ç) fıkrasındaki fiillerle işlenen kaçakçılık suçu için rapor dahi düzenlenmeden kamu davasının açılması mümkün görünmektedir.

⁴⁵ Abdullah Ömercioğlu, “7318 Sayılı Kanun İle Eklenen Vergi Kaçakçılığı Suçları”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), 2022, s. 187.

⁴⁶ Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 617.

Böylelikle diğer vergi kaçakçılığı suçlarının soruşturma usulünün tam aksi bir usul izlenecek ve bu durum kanun koyucunun bu suçların soruşturma usulünün geneli için amaçladığı mükellefin mali emniyetini sağlama düşüncesine de aykırı olacaktır.

VUK'un 359'uncu maddesinin (ç) fıkrasında sayılan ve suç olarak öngörülen fiiller neticesinde:

-gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasının engellenmesine

-cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştirmesi veya silinmesine

-ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken⁴⁷ belge, bilgi veya verilerin iletilmesinin önlenmesine veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verildiği hususlarının hukuken muteber bir şekilde ortaya konulması ancak usulüne uygun olarak yapılacak vergi incelemesi ve bu inceleme sonucunda düzenlenecek raporlar ile mümkün olabilecektir.

Nitekim VUK'un 3/B maddesinde yer alan "*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.*" hükmü; 19'uncu maddesinde yer alan "*Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar.*" hükmü; 20'nci maddesinde yer alan "*Verginin tarhi, vergi alacağının kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibarıyla tesbit eden idari muameledir.*" hükmü;

⁴⁷VUK'un 359'uncu maddesinin (ç) fıkrasında düzenlenen suç kapsamında elektronik ortamdaki hangi bilgi ve belgelerin girdiğini belirleme yetkisinin idareye bırakılması idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. İdareye verilen bu yetkinin sınırları kanunla net ve kesin olarak belirlenmemiştir. İdare, düzenleyici işlemleriyle bu bilgi ve belgelerin neler olabileceğini belirlerken farklı düzenlemeleriyle bunları kaldırmaya da yetkilidir. Benzer nitelikteki düzenlemeler VUK'un mükerrer 242'nci maddesinde (elektronik belge ve kayıtların oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafazası, bilgi aktarımında uyulacak usul ve esasları tespit etme yetkisinin Hazine ve Maliye Bakanlığına verilmesi) ve VUK'un mükerrer 257'nci maddesinde (Hazine ve Maliye Bakanlığına vergi kanunları uyarınca tutulması zorunlu defter ve belgelere ilaveten başka defter ve belge tutulması zorunluluğu getirebilme yetkisinin verilmesinde) de görülmektedir. Bu düzenlemelerle birlikte idare düzenleyici işlemleriyle suçun konusunu ve uygulanma alanını genişletebilecektir.

127'nci maddesinde yer alan "*Yoklamadan maksat, mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmektir.*" hükmü ile 134'üncü maddesinde yer alan "*Vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamaktır.*" hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde vergiyi doğuran olaya ilişkin muamelenin gerçek mahiyetini esas almak; vergiye bağlanan olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülünü tespit etmek; mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak vergi idaresine verilmiş görevlerdir. Bu itibarla, vergi kaçakçılığı suçunun fiilinin subut bulup bulmadığının öncelikli olarak idari aşamada tespiti gereklidir.

Usulüne uygun bir şekilde vergi incelemesi veya olağan bir inceleme yapılarak; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasının engellendiği, cihazda kayıt altına alınan bilgilerin gerçekleşen işlemlerden farklı olarak değiştirildiği veya silindiği, elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesinin önlenmesi veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesi hususları vergi idaresi tarafından hukuken muteber somut bilgi ve belgelere dayanılarak ortaya konulmadan dava açılması, iddia makamının yeterli şüpheye ulaşılmadan dava açamaması kuralına ve lehe delil toplama yükümlülüğüne aykırılık sorunuyla karşılaşılmasına sebebiyet verebilecektir. Elektronik ortamda hata olduğunu savunan mükellef bu iddiasını yargı önünde kanıtlamak durumunda kalabilecektir.⁴⁸ Kanun koyucu, bu suçu genel vergi sistematığının dışında özellik arz eden bir bilişim suçu olarak nitelendirip vergi kaçakçılığı suçu dışında başka bir soruşturma usulü öngörmek istiyor olsa dahi düzenlemenin yapıldığı yer itibarıyla da bunun uygun olmadığını belirtmekte yarar vardır.⁴⁹

⁴⁸Özgenç, s. 652.

⁴⁹Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), bilişim suçlarını şu şekilde tanımlamıştır: "*Bilişim suçları ise bilgileri otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde gayri kanuni, gayri ahlaki veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranış olarak tanımlanabilir. Ya da, bilgisayar ve iletişim teknolojileri kullanılarak işlenen suçlar şekliyle de tanımlanabilir.*" <<https://internet.btk.gov.tr/bilisim-hukuku-ve-bilisim-sucu>> Erişim Tarihi 14 Ağustos 2022 Tek bir kanunda düzenlenmeyen bilişim suçları, en kapsamlı şekilde 5237 sayılı TCK'da özel hükümlerin düzenlendiği ikinci kitabın "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının "*Bilişim Alanında Suçlar*" başlıklı onuncu bölümünde; Bilişim Sistemine Girme Suçu (TCK'nın 243'üncü maddesi), Sistemi Engelleme, Bozma, Erişilmez Kılma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu (TCK'nın 244'üncü maddesi), Banka veya Kredi Kartının Kötüye Kullanılması Suçu (TCK'nın 245'inci maddesi), Yasak Cihaz veya Program Kullanma Suçu (TCK'nın 245/a maddesi) olarak düzenlenmiştir.

B. 7394 Sayılı Kanun ile Eklenen 5'inci Fıkranın İncelenmesi

08/04/2022 tarihli 7394 sayılı Kanun ile VUK'ta vergi ceza alanına yönelik önemli değişiklikler yapılmıştır.⁵⁰ Bu Kanun ile birlikte 359'uncu maddede yer alan vergi kaçakçılığı suçları için öngörülen hapis cezalarının üst sınırı arttırılmıştır. Etkin pişmanlık müessesine benzer nitelikte bir düzenleme getirilmiş ve vergi kaçakçılığı suçları için TCK'nın 43'üncü maddesinde yer alan zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı düzenlemesi kanuna eklenmiştir. Yapılan kanun değişikliğiyle 367'nci maddeye belirli kişiler bakımından rapor düzenleme şartını ve mütalaa şartını ortadan kaldıran 5'inci fıkra hükmü eklenmiştir:

“359'uncu maddede yazılı suçlara ilişkin yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaaaya konu fiilin, başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması durumunda, bu kişi bakımından kamu davası açılması için rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartı aranmaz.”

Söz konusu hükmün uygulanabilmesi iki durumda söz konusudur. Bunlardan ilki, mütalaaaya konu fiilin mütalaaada yer alan fail dışındaki bir kişi tarafından işlendiğinin tespit edilmesidir. Bu durumun tespiti soruşturma evresinde gerçekleşmişse mütalaaada yer alan kişi hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmelidir. Kovuşturma esnasında bu durumun tespit edilmesi halinde ise CMK'nın 223'üncü maddesinin (b) fıkrası gereği sanığın beraatine karar verilmelidir.

Diğer durum ise suça ilişkin fiilin mütalaaadaki fail ile birlikte başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirilmesi halidir. Ceza hukukunda suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi suça iştirak olarak adlandırılmaktadır. TCK'nın 37'nci maddesine göre suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur. Suçun işlenmesi için başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumludur. Vergi kaçakçılığı suçlarına iştirak halleri için genel kanun olan 5237 sayılı TCK hükümleri uygulanacak olup iştirak hali ile ilgili VUK'ta 360'ıncı maddede özel bir hüküm yer almaktadır. VUK'un 360'ıncı maddesi uyarınca suça iştirak eden kişilerin menfaatlerinin bulunmaması halinde cezada indirim yapılmaktadır.

⁵⁰Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (15/04/2022 tarihli 31810 sayılı Resmî Gazete).

Vergi kaçakçılığı suçlarına iştirak halinde fail sıfatının oluşup oluşmadığının belirlenebilmesi için hareket unsuruna, sebep - sonuç ilişkisine ve suç işlenirken iş bölümünün bulunup bulunmadığına bakılmaktadır.⁵¹

Kanuna eklenen düzenleme ile vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin bir soruşturma veya kovuşturma sırasında maddede belirtilen durumların tespiti halinde sürecin uzamaması adına yeni tespit edilen şüpheliler hakkında vergi raporlarının düzenlenmemesi ve tekrar inceleme yapılmaması öngörülmektedir. Uygulamada zamanaşımına bağlı olarak geriye dönük beş yıllık raporların denetime elverişli olmaması nedeniyle yeni ortaya çıkan failler bakımından bu raporların kullanılamaması, yeni raporların alınmasını gerektirmekte, bu nedenle de soruşturma sürecinin uzadığı görülmektedir.

Yeni tespit edilen şüpheliler bakımından rapor alınmaması ve mütalaa şartının aranmaması için mütalaaaya konu bir fiilin evvelce gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Yeni şüphelilerin yargılamaya dâhil edilebilmeleri için vergi kaçakçılığı suçlarından dolayı hakkında soruşturma yürütülmüş kişiler için alınmış aynı fiile yönelik bir mütalaanın varlığı şarttır. Bu nedenle, farklı fiiller ve farklı kanunlara dayanılarak yapılan yargılamalarda 5'inci fıkra hükmü gerekçe gösterilerek soruşturmanın genişletilmesi mümkün değildir.

Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 13'üncü maddesine göre verilecek mütalaaalarda suçun unsurlarıyla, fiil ile fail arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Yönetmelik ile düzenlenmiş bu hüküm temel ceza ilkelerinden biri olan cezaların şahsiliği ilkesinin bir görünümüdür. Özellikle tüzel kişilerin işledikleri suçlarda failin belirlenmesinin güçlüğü karşısında hazırlanacak mütalaaalar soruşturma ve kovuşturma evresinde suçun, fiilin ve failin nitelendirilmesi açısından yol gösterici olacaktır. Vergi inceleme raporlarının ve vergi suçu raporlarının bir bakıma doğruluğuna gösterge olan mütalaaaların getiriliş amacına uygun olarak kendisinden beklenen netlikte ve kapsamda olması beklenmektedir.⁵² Usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir mütalaaada suçun ortaya çıkarılması bakımından etkin rol üstlenen idarenin suç, fiil ve fail hakkındaki değerlendirmeleri yer alacaktır. Getirilen yeni düzenlemelerle birlikte suçun unsurları ve fail ile fiil arasındaki ilişki önceki mütalaaada kurulurken yargılamaya yeni dâhil olacak kişiler hakkında önceki faillerin rapor-

⁵¹Merve Tuba Rüzgâr, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Fail”, (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2017), s. 80.

⁵²Şenyüz, *Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş*, s. 27.

ları ve mütalaaları esas alınarak bir değerlendirme olmaksızın kamu davası açılacaktır. Vergi suçu raporunun hazırlanmamasının bir diğer sakıncası da ilk failler hakkında düzenlenen raporlardaki eksikliklerin veya hataların idare tarafından ortaya koyulamaması olarak görülmektedir.⁵³ Bu gibi durumlarda birden çok failin bulunduğu yargılama sürecinde sadece bir fail ile fiil arasındaki ilişki teknik boyutuyla idare tarafından irdelenecektir. Diğer failler bakımından değerlendirmenin yapılmayacak olması yargılama sürecinde savunma hakkının kısıtlanmasına neden olabilecektir. Ortaya çıkması muhtemel bu durumlar vatandaşın mali emniyetini korumayı hedefleyen mütalaanın getiriliş amacına da aykırı olacaktır.

Kanaatimizce, yapılan bu düzenlemeyle mütalaada ismi geçmeyen serbest muhasebeci mali müşavirler ile yeminli mali müşavirlerin suçla ilgileri olmamalarına rağmen sorumluluğun kendilerine atfedilerek haklarında düzenlenmiş rapor ve mütalaa olmaksızın kamu davası açılması ihtimaliyle karıştırmaları muhtemeldir.

III. İSTİSNAİ DÜZENLEMELERİN ANAYASAL İLKELER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Eşitlik İlkesi

Anayasa'nın 10'uncu maddesinde:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

⁵³Murat Batı / Zekiye Özen İnci, “7394 Sayılı Kanunla Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK m.359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler”, *Vergi Sorunları Dergisi*, (406), 2022, s. 47.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini mutlak bir ilke olarak görmemektedir. Mahkemeye göre farklı durumda olan kişilere farklı muameleler uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Yüksek Mahkeme, eşitlik ilkesine aykırılık iddiasıyla açılan davalarda kanun önünde eşitliği, eylemli değil hukuksal eşitlik olarak kabul etmektedir. Mahkeme eşitlik ilkesine aykırılık durumlarını incelerken aynı ya da benzer durumdaki kişilere farklı muamelelerin yapıp yapılmadığının tespitinin gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır.⁵⁴ Kanun koyucunun benzer durumlara benzer çözüm getirmesi asıldır.⁵⁵ Eğer farklı muamele yapıldığının tespiti mümkünse bu muamelelerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için haklı bir neden taşınması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında haklı neden kavramını “gereklilik”, “zorunluluk”, “işin özelliklerine uygunluk” ve “dengeli ve makul ölçüler” gibi ifadeler kullanarak somutlaştırmaktadır.⁵⁶

Öğretide ve uygulamada VUK'un 367'nci maddesi uygulanırken idarenin vergi yükümlülükleri hakkındaki değerlendirmelerinin farklı olabileceği, bunun da eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesi, vergi kaçakçılığı suçu iddiası ile açılan kamu davasında VUK'un 367'nci maddesinin Anayasa'nın 2'nci, 10'uncu, 11'inci ve 138'inci maddelerine aykırı olduğu savını ciddi bulmuş ve konuyu Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır. Yerel mahkeme gerekçesinde: “*Yasa maddesinde bazı görevlilerin raporlarını defterdarlığın tasdikine yollamak, bazılarının ise doğrudan doğruya cumhuriyet savcılarına suç duyurusuna müsaade etmek, aynı bilgi ve eğitime sahip kişiler arasında ayırım yapmak anlamına geleceği gibi bazı yükümlülere matrah artırımı gibi uygulama yapıp ya da yapmadan vergi suçu raporu düzenlememek, bazı yükümlülere de, hukuki anlamda bir mütalaa ya da görüş niteliğinde vergi kaçakçılığı suçu raporu düzenleyip cumhuriyet savcılıklarına bildirmek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesinde tanımını bulan hukuksal eşitlik ilkesine de aykırıdır.*” şeklinde ifade ederek kuralın Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi 10/02/2011 tarihli 2009/89 E. 2011/40 K. sayılı kararıyla kuralın Anayasa'nın eşitlik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme

⁵⁴AYM,T.24.03.2022,E.2021/97,K.2022/36 <<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/36?EsasNo=2021%2F97>>, Erişim Tarihi 4 Temmuz 2022.

⁵⁵AYM,T.04.11.1986,E.1986/11,K.1986/26,<<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1986/26?EsasNo=1986%2F11>>, Erişim Tarihi 4 Temmuz 2022.

⁵⁶Sibel İnceoğlu, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Erteleme”, *Anayasa Dergisi*, 17(1), 2001, s. 51.

kararında hukuki eşitlik kavramı üzerinde durmuş ve kişilerin hukuki durumlarının aynı olup olmadığının incelenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Kararda, farklı statülerdeki yetkili kişilerin vergi kaçakçılığı suçlarını bildirmelerinde farklı usul izleyecek olmalarının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere mahkeme, eşitlik ilkesi bakımından kuralla ilgili olarak sadece bildirim yapmaya yetkili kişilerin bildirim şeklinin kişilerin statülerine göre farklılık arz etmesi konusunda değerlendirmede bulunmuştur.

VUK'un 367'nci maddesine eklenen 4'üncü fıkra hükmünün sonucunda VUK'un 359'uncu maddesinin (ç) fıkrasındaki suçlar haricindeki tüm fiiller için vergi incelemesi sırasında suçun işlendiği tespit edilmişse vergi incelemesinin sonuçlarının beklenmesi öngörülmüşken; (ç) fıkrasındaki suçlar için vergi incelemesine başlanmışsa incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, fiiller sair suretlerle idare tarafından öğrenildiyse vergi incelemesine başlanmadan alınacak mütalaa ile kamu davası açılabilir. Böylelikle vergi incelemesinin sonuçları bu suç tipi için aranmayacaktır. Sadece bir suç özelinde istisnai hükümler öngörülmesi, kanun bütünlüğüne ve işleyişin yeknesaklığına aykırılık teşkil etmektedir. Bu durum şüphesiz uygulamada hem soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının hem de kovuşturma aşamasında mahkemelerin kanunu uygulamasında tereddütte ve karışıklığa neden olabilecektir.

VUK'un 367'nci maddesinin 5'inci fıkrası ile getirilen düzenleme incelendiğinde görüleceği üzere soruşturma veya kovuşturma evresi sırasında mütalaa konu fiilin yeni şüphelilerce işlendiğinin veya önceki şüphelilerle birlikte işlendiğinin ortaya çıkması durumunda herhangi bir rapor düzenlenmeden ve mütalaa alınmadan bu kişiler hakkında kamu davası açılması, aynı suç fiilini işleyen kişilere suçun soruşturulması aşamasında farklı muamelelerde bulunulduğunu göstermektedir. İlk şüpheliler hakkında etkin bir soruşturma yürütülerek vergi inceleme raporu tanzim edilmiş ve bu raporlar sonucunda mütalaa şartı sağlanmışken veya sair suretlerle suçun Cumhuriyet savcısı tarafından öğrenilmesi sonucunda vergi dairesi haberdar edilerek idare tarafından inceleme sonucunda savcılığa suç raporları sunulmuşken, yeni suç şüphesi altında bulunan kişiler hakkında bu işlemler yapılmayarak rapor düzenlenmeden bu kişiler sürece dâhil edileceklerdir.

Kanun koyucunun ilgili düzenlemeyi yapmasındaki amaç, yeni ortaya çıkan şüpheli durumundaki kişileri daha hızlı bir şekilde soruşturma ve kovuşturma sürecine dâhil etmeye çalışmaktır. Ancak 5'inci fıkra haricindeki tüm suçlar için aranan, muhakeme şartı olarak öngörülen, yargılamayı durdurma etkisine sahip olan mütalaa şartının ve suç ile ilgili raporların yargılamayı hız-

landırmak adına sonradan dâhil edilen, sadece belirli kişiler için kaldırılmış olması eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere kişiler hakkında hazırlanan vergi suçu raporları ve mütalaa fiil ile fail arasındaki ilişkiyi ortaya koyan, suçun işleniş şeklini, yerini, zamanını ayrıntılı ve kapsamlı bir biçimde açıklayan yargılamaya yol gösterici nitelikteki görüşlerdir. Aynı fiilden ve suçtan yargılanan kişiler açısından biri için yargılama makamlarının aydınlatılarak diğeri için bazı konuların açığa kavuşturulmaması yargılama sürecinde kişiler arasında farklılık oluşturmaktadır. Mütalaa sadece fiil bakımından verilmesi gerektiği bazı yazarlarca savunulsa da mahkeme sürecinde tekrardan bilirkişi raporlarıyla fail ilişkisinin belirlenmesinin sağlanmaya çalışılması zaten oldukça uzun bir süreç olan yargılamayı uzatmaktan başka bir sonuca götürmeyecektir.⁵⁷ Hukuki nitelendirme ve kişiler ile fiil arasındaki bağlantıyı kurma konusunda son söz mahkemenin de olsa kişilerin fiille ilişkisinin idarece değerlendirilmesinde de yarar bulunmaktadır.

Her iki düzenleme bakımından günümüzde yürürlükteki vergi türleri ve kanunları ile bu kanunlara istinaden yayımlanan ikincil mevzuatın hacmi ile vergi uygulamaları ve bunların ekonomik etkileri ve bilhassa karşıt inceleme gibi ancak birden fazla mükellef nezdinde yapılacak vergi incelemeleri sonucunda ortaya çıkarılabilecek durumların niteliği, karmaşıklığı ve çok özel bir ihtisası gerektirmesi karşısında, inceleme yapılmadan (rapor/mütalaa alınma lüzumu dahi görülmeden) bu kişiler ile aynı fiile yönelik inceleme raporlarına dayanılarak haklarında mütalaa verilerek ceza soruşturması yapılan kişilerin eşit hukuki korumaya sahip olmadıkları hususu tartışmasıdır.

B. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6'ncı maddesinde düzenlenen ve Türk Anayasası'ndaki birçok maddenin özünü oluşturan temel hak ve özgürlüklerdendir. Adil yargılanma hakkı, "*tabii hâkim ilkesine bağlı, tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından, makul sürede, aleni ve hakkaniyete uygun olarak yargılanmayı talep edebilme*" şeklinde tanımlanabilir.⁵⁸ Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, maddi adaleti değil; şekli adaleti temin etmeye yönelik güvenceler içermektedir.⁵⁹ Bu nedenle adil yargılanma hakkı yargılama sü-

⁵⁷Mütalaa fiil için verilmesi gerektiği görüşler hakkında bkz. Özcan, s. 532-533; Uğur, s. 36.

⁵⁸ Yusuf Karakoç, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2017, s. 674.

⁵⁹AYM, T.23.07.2020, B.No:2018/37392, <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/37392>>, Erişim Tarihi 5 Temmuz 2022.

recinin adil olmasını teminat altına almaktadır. Adil yargılanma bir hak ise soruşturma ve kovuşturma makamları bakımından adil yargılama da bir yükümlülüktür.⁶⁰ Sözleşmenin 6'ncı maddesi uyarınca taraflar iddialarını ve itirazlarını ortaya koyabilecek imkânlarla sahip olmalıdırlar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), içtihatlarında 6'ncı maddenin açıkça sayılan temel hakların zımnı olarak silahların eşitliği ilkesini ve çelişmeli yargılama ilkesini de içerdiğini belirtmektedir.⁶¹ Silahların eşitliği ilkesi, tarafların iddia ve savunmalarını makul bir şekilde ileri sürmeleri ve usul hakları bakımından eşit tutularak birinin diğerine göre daha zayıf konuşma düşürülmemesi anlamına gelmektedir.⁶² Genellikle silahların eşitliği ilkesi ile birlikte değerlendirilen çelişmeli yargılama ilkesi ise tarafların yargılama hakkında bilgi sahibi olması ve böylelikle yargılamaya aktif olarak katılma imkânına sahip olabilmesini ifade eder. Bu iki ilke sanığa iddianameden haberdar olma, delilleri zamanında ileri sürebilme ve ileri sürülen deliller hakkında karşı delil ileri sürerek değerlendirme yapabilme imkânlarını sağlamaktadır.

Adil yargılanma hakkının kişilere sağladığı güvence, AİHS'in 6'ncı maddesinin birinci cümlesine göre iki alanla sınırlıdır. Bunlardan ilki, "kişisel (medeni) hak ve yükümlülükler"; diğeri ise "suç isnadının" bulunduğu hallerdir. Bu iki alan haricinde kalan uyuşmazlıklar için AİHS hükümlerine göre hak ihlâli iddiası öne sürülemeyecektir. İsnat kavramı, AİHM kararlarında bir kimseye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi olarak tanımlanmaktadır.⁶³ AİHS 6'ncı madde uyarınca işlenen fiillerin yaptırım sonucunun hapis cezası olarak öngörüldüğü vergi suçları doğal olarak suç isnadını da içerdiğinden bu suçlara ilişkin yapılan yargılamalardaki ihlâllerin adil yargılanma hakkı kapsamına girdiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Mahkeme, Hozee/Hollanda davasında suç isnat anını yükümlünün şahsına yönelik olarak mali istihbarat soruşturmasının başladığı an olarak belirlemiştir.⁶⁴ Bu bakımdan vergi ceza hukukunun adil yargılanma hakkı ile ilişkisinde vergi incelemesi ve aramalı vergi incelemesi soruşturma aşamasında kişileri şüpheli konumuna getiren suç isnadı içeren işlemler olduğundan yapılan incelemelerde de adil yargılanma hakkının gözetilmesi gerekmektedir. Tarh veya ceza işlemlerinin yapılmasından önce idare tarafından mükellefin sürece dâhil edilerek savunma imkânı verilmesine, lehine olan delilleri öne sürebilmesine olanak tanınmalıdır.⁶⁵

Vergi incelemesi ve Cumhuriyet savcısı tarafından istenen mükellefe yönelik yapılacak incelemeler mükelleflere külfet yükleyen işlemlerdir.⁶⁶ Ancak her ne kadar mükellefler açısından olumsuz etkileri ağırlıklı olsa da bu incelemelerin mükellefler üzerinde olumlu etkileri de bulunmaktadır. Bu işlemler süresince mükellefin tüm defter ve belgeleri ayrıntılı olarak incelenir. İdarenin yapmış olduğu bu faaliyetler ceza muhakemesindeki kolluk faaliyetlerinin delil toplama faaliyetine benzer bir nitelik taşımaktadır.⁶⁷ Yukarıda ifade edildiği üzere, inceleme sonucunda idare tarafından hazırlanacak raporlar ve verilecek mütalaaalar Cumhuriyet savcısının iddianameyi hazırlamasında aydınlatıcı bir işlev sağlayacaktır.

Yargılama makamları hazırlanacak raporlar ve bu raporlar hakkında verilen mütalaaalar ile bağlı olmasa da hem teknik boyutuyla hem de mükellef hakları açısından bu belgelerin henüz daha soruşturma aşamasındayken göz ardı edilmesi hukuka aykırı kararların verilmesine neden olabilecektir. Nitekim CMK'nın 160'ıncı maddesinde Cumhuriyet savcısının maddi gerçeğe ulaşabilmek adına şüphelinin lehine olan delilleri de toplamakla yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir. İnceleme yapılmadan ve şüpheli hakkında tüm deliller toplanmadan açılan kamu davasında Cumhuriyet savcısının etkili bir soruşturma yürütmemesi adil yargılanma hakkının ihlâline sebebiyet verebilecektir.

⁶⁰Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, *Ceza Muhakemesi*, s. 51.

⁶¹Feyyaz Gölcüklü / Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 3.Baskı, Turhan Kitabevi, 2002, s. 267.

⁶²Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, *Ceza Muhakemesi*, s. 52.

⁶³AİHM, Deweer/Belçika Kararı, 27.02.1980, B.No: 6903/75, <[⁶⁴AİHM, Hozee/Hollanda Kararı, 22.05.1998, B.No:21961/93, <\[⁶⁵ Soydan, s. 552.\]\(https://hudoc.echr.coe.int/tur-{{%22fulltext%22:\[%22hozee%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-58170%22\]}}>, Erişim Tarihi 5 Temmuz 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](https://hudoc.echr.coe.int/tur-{{%22fulltext%22:[%22deweer%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57469%22]}}>, Erişim Tarihi 5 Temmuz 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁶⁶ Baykara, s. 173.

⁶⁷Billur Yaltı, "Vergi İncelemelerinde Dinlenilme Hakkı", *Vergi Sorunları Dergisi*, (332), 2016, s. 54; Burak Pınar, "Yargı Kararları Işığında Vergi İncelemesinde Yükümlü Haklarının İhlaline İlişkin Tespitler", *International Journal of Public Finance*, 1(1), 2016, s. 44.

Kanun koyucunun öncelikli ve bilinçli bir tercih ile vergi idaresine verdiği vergilendirmeye ilişkin inceleme yetki ve görevinin konunun son derece karmaşık ve ihtisas gerektiren niteliği dikkate alınarak vergi idaresi yerine yargı makamlarına bırakılması üstelik bu yapılırken de aynı suç kapsamındaki fiiller arasında inceleme gerektiren ve gerektirmeyen şeklinde kanunen açık ve net olmayan bir ayırma yapılarak zaten uygulamada sorunlu olan bir alanı daha da sorunlu hale getirmesinde kamu yararı bulunmamaktadır.

VUK 367'nci maddeye eklenen özellikle 5'inci fıkradaki düzenlemenin uygulanmasında mükelleflere atfedilen suçlamalara ilişkin olarak suç konusunda etkili bir inceleme olmadan varılan sonuçlar Cumhuriyet savcısı tarafından dikkate alınarak iddianamede yer alabilecektir. Mükelleflerin inceleme esnasında henüz idari aşamada lehlerine olan özgelge, beyan, bilgi ve belge gibi delilleri öne sürerek lehe hususları geciktirmeden ispat edebilme imkânları ve alanında uzman idare tarafından bu hususların değerlendirilme imkânı mevcutken ellerinden bu hakkın alınarak etkili bir soruşturma olmadan haklarında kamu davası açılarak ceza yargılamasında sanık sıfatına sahip olmaları muhtemeldir.

Soruşturma evresinde ve akabinde yargılama esnasında suça ilişkin fiil hakkında alanında uzman kişiler tarafından vergi tekniğine uygun değerlendirilmeler yapılmamış olması maddi gerçeğe ulaşılmasını engelleyecektir. Her iki fıkrada yer alan düzenlemelere göre teknik bir inceleme olmadan mahkemenin yürütülecek olması mükellef açısından bir takım sakıncaları da beraberinde getirecektir. Örneğin; 5'inci fıkranın uygulandığı hallerde yargılama esnasında mahkemenin bilirkişi raporu talep ederek olayın aydınlatılmasını istediği durumlarda suçu işlediği iddia olunan ilk kişiler hakkında vergi dairesi tarafından tanzim edilen raporlar ile yargılamaya sonradan dâhil edilen kişilerin bilirkişi raporlarının arasında bariz farklılıkların bulunması yargılamayı doğrudan etkileyecektir. Hatta bu kişiler hakkında kovuşturma esnasında bilirkişi raporu yazılmadan önce tutuklu yargılama talep edilmesi mümkün olduğundan bu kişilerin tutuklanması halinde mağduriyetlerine sebep olunabilecektir.

VUK 367'nci maddeye eklenen 5'inci fıkrada mütalaa konu fiilin başkası tarafından işlendiğinin veya birlikte işlendiğinin tespit edilmesi halinde ilk şüpheliler hakkında düzenlenen raporlar ve mütalaa, sonradan dâhil olan kişilerin yargılamasına esas alınacaktır. Bu rapor ve mütalaa suça dâhil olan kişiler hakkında herhangi bir ifadenin yer almayışı bu kişilerin kendileri hakkında olmayan görüşlere ve raporlara karşı sunacakları savunmaları kısıtlaya-

bilecektir. Vergi incelemesi esnasında düzenlenen inceleme tutanakları hem mükellef hem de idare açısından ispat aracı ve delil niteliği taşımaktadır. Vergi incelemesi esnasında tanzim edilen tutanaklarda ilgililerin itiraz ettiği hususların yer alması ve tutanaklarda yer alan tespitlerle alakalı olarak ihtirazî kayıtların düşülmesi suç isnadının henüz başındayken mükellefe savunma imkânı vermektedir. Adil yargılanma hakkının da gereği olan bu durum mükellefe sağladığı hukuki koruma ve maddi gerçeğe ulaşılması bakımından önemlidir. 5'inci fıkranın uygulanmasıyla birlikte mükellefin ileri sürebileceği, özellikle hakkında verilmiş olan özgelge gibi durumların bulunması halinde, bunların idare nezdinde değerlendirilmeyerek soruşturma evresinde öne sürülmesi haksız bir soruşturmanın açılmış olması sonucunu ortaya çıkarmasının yanın-da savunma hakkının kullanılmasını da geciktirecektir.

C. Cezaların Şahsiliği İlkesi

Kimsenin başkasının işlediği fiil nedeniyle sorumlu tutulmaması en temel hukuk ilkelerinden biridir.⁶⁸ Kişinin yalnızca kendi fiillerinden dolayı sorumlu tutulabileceği anlamına gelen cezaların şahsiliği ilkesi, Türk hukukunda hem Anayasal zeminde hem de TCK hükümlerince korunma altına alınmıştır. Anayasa'nın 38'inci maddesine göre "*ceza sorumluluğu şahsidir.*" TCK da Anayasa'ya benzer nitelikte 20'nci maddesinde "*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*" şeklinde bu evrensel temel ilkeyi düzenlemiştir.

VUK'a eklenen 5'inci fıkranın uygulanması sonucunda yürütülmekte olan soruşturma veya kovuşturmalarda mütalaa konu fiilin başka bir kişi tarafından veya başka bir kişiyle birlikte gerçekleştirildiğinin ortaya çıkması halinde rapor düzenlenmesi ve mütalaa verilmesi şartı aranmadan bu kişiler soruşturma ve yargılama sürecine dâhil edileceklerdir. Kanunda ortaya çıkma halinin ne şekilde gerçekleşeceği açık değildir. Buna göre basit bir ihbar halinde bile soruşturma makamlarınca 367'nci maddede belirtildiği gibi idareden suça ilgili raporların istenmemesi, bunun sonucu olarak yeterli teknik araştırma yapılmadan kişilerin suç isnadıyla karşılaşması ve sürece dâhil edilebilmeleri mümkündür.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlardan biri olarak görülen menfaat çatışması hallerinde 5'inci fıkranın uygulanması beraberinde birtakım sorunları da getirecektir. Örneğin; menfaat çatışması olduğu dikkate alınarak

⁶⁸Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11.Baskı, Seçkin Yayınları, 2020, s. 77.

sadece şirket temsilcisi ya da yönetim kurulu üyelerinin imzası/katılımı ile düzenlenen vergi inceleme raporu ile şirket çalışmaları hakkında ya da tersi durumda şirkette işçi olarak çalışan kişilerin beyanına dayanılarak işveren hakkında, vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin ayrı ayrı düzenlenmemiş ya da tüm şüphelileri içermeyen bir rapora ya da mütalaa dayandırılarak işlem yapılması hak ihlallerine sebebiyet verebilecektir.

Yapılan bu düzenleme sonucunda vergi kaçakçılığı suçu mükellefin mal ya da hizmet aldığı ya da sattığı kişi veya şirketlere de sirayet edecek ve bu durum cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Ticari yaşamın doğası gereği mükelleflerin iş yaptıkları kişi ve/veya kurumların vergisel anlamda yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, bu yükümlülükleri yerine getirirken kanuna uygun davranıp davranmadıkları hususunda bilgi sahibi olmalarını beklemek her zaman hayatın olağan akışına uygun düşmeyebilir.⁶⁹ İdarenin yapacağı detaylı incelemeler sonucunda düzenleyeceği raporlarda suçun oluşumunun ortaya çıkarılması ve suç işleme saikinin oluşup oluşmadığının belirtilerinin ortaya koyulması hem savcılık makamına hem de mahkemeye yargılama esnasında ışık tutacaktır. Ancak yapılan düzenlemelerde inceleme şartının tamamlanmaması, rapor düzenlenmemesi ve mütalaa verilmemesi yargılama makamlarının yeterince aydınlatılmayarak haksız suçlamalara sebebiyet verebilecektir. Bu düzenleme sonucunda işlemedikleri suçla ilgili olarak yargılanan mükelleflerin ticari itibarları da zarar görecektir. Bu bağlamda bir başkası hakkında sırf zaman kaybı gerekçesi ile “kanunilik” ilkesinden ve “cezaların şahsiliği” ilkesinden taviz verilerek düzenleme yapılması hukuk devleti ilkesinin gerekleriyle bağdaşmamaktadır.

SONUÇ

Vergi kaçakçılığı suçunun idare tarafından yetkili makamlara bildirilme usulü ve soruşturma usulü VUK’un 367’nci maddesinde genel düzenlemelerden farklı olarak düzenlenmiştir. Bu suçların soruşturulması genel ceza soruşturmalarından farklı olarak Cumhuriyet savcısı ile idarenin zorunlu bir ilişki içerisinde bulunmasını gerekli kılmaktadır. 367’nci maddenin ilk fıkrası uyarınca VUK’un 359’uncu maddesinde düzenlenmiş (ç) fıkrası haricindeki vergi kaçakçılığı suçlarının işlendiği iddiasıyla kamu davasının açılabilmesi için idare tarafından yapılan bir vergi incelemesinin sonuçlarının doğması,

incelemeler sonucunda idare tarafından düzenlenmiş vergi inceleme raporları ve vergi suçu raporlarının alınması, bu raporlar hakkında rapor değerlendirme komisyonları tarafından suç hakkında mütalaa verilmiş olması şarttır. Yine ikinci fıkra uyarınca Cumhuriyet başsavcılığının sair suretlerle suçun işlendiğini öğrenmesi halinde inceleme için vergi dairesi haberdar edilecektir. Kamu davasının açılması incelemenin sonucunun bildirilmesine kadar ertelenir. Kanun koyucunun vergi kaçakçılığı suçlarının bildirim ve soruşturulması için özel düzenlemeler getirmesindeki amacı, mükellef haklarını korumak ve yargılama makamlarının suçun teknik boyutuyla ilgili aydınlatılmasını sağlamaktır.

Mükellefler açısından gerek vergi incelemesi gerek savcının istediği inceleme olumsuz birtakım sonuçlar içerse de inceleme esnasında mükellefe ait tüm defter ve belgelerin incelenmesi mükellef hakkındaki aleyhe hususların yanında lehe olan hususların da değerlendirileceği anlamına gelmektedir. Nitekim vergi incelemesindeki temel amaç, vergiler hakkında gerçeklik ve doğruluk tespitinin yapılmasıdır. Bu bakımdan idare tarafından vergi ödevinin teknik boyutuyla irdelenerek fiilin oluşma şekli ve fail ile fiil arasındaki ilişkinin ortaya çıkarılması, Cumhuriyet savcısının iddianameyi hazırlarken suç hakkında kamu davası açıp açmama yönünde fikrinin oluşmasına yol gösterecektir. Yine mütalaa şartıyla suçla ilgili hususlar bir defa daha alanında uzman yetkili kişilerce değerlendirilecek ve yapılan değerlendirmeler yargılama makamlarına ışık tutacaktır.

Ancak yapılan son düzenlemelerle birlikte vergi kaçakçılığı suçlarının soruşturulmasında önem arz eden inceleme/görüş ve mütalaa şartına esneklik getirildiği hatta bazı durumlar için bu iki uygulamanın kaldırıldığı görülmektedir. 367’nci maddeye eklenen 4’üncü fıkrada 359’uncu maddenin (ç) fıkrasındaki suçlar için vergi incelemesinin bitirilmesinin beklenmesi hatta vergi incelemesine başlanmasının zorunlu olmadığı ancak mütalaa şartının devam ettiği anlaşılmaktadır. Cumhuriyet savcısının sair suretlerle suçu öğrenmesi halinde izleyeceği usul fıkrada açıkça düzenlenmemekle birlikte kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanmayacağına hüküm altına alınmış olması, savcının idareye başvurmaksızın doğrudan kamu davasını açabilmesinin mümkün olduğu sonucuna götürmektedir. Maddeye eklenen 5’inci fıkrada ise soruşturma veya kovuşturma evresinde farklı failer hakkında alınmış mütalaa fiilin başkası tarafından veya başkaları ile birlikte işlenmesinin tespit edilmesi halinde yeni failer hakkında yeni raporların ve yeni mütalaa-nın düzenlenmeyeceği öngörülmektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemeleri

⁶⁹Özgür Biyan, “Başka Mükellefler Nezdinde Yapılan İncelemelere Göre Tanzim Edilen Vergi Tekniği İnceleme Raporlarındaki Hukuka Aykırı Durumlar”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, 8(96), 2012, s. 18.

getirmesindeki amacına bakıldığında gerekçe olarak yargılamanın hızlandırılmasını öne sürdüğü görülmektedir.

Her ne kadar yargılamanın hızlandırılması ve usul ekonomisi gereği soruşturma/kovuşturma evrelerinin çabuk sonuçlandırılması amaçlansa da yapılan yeni düzenlemeler savunma hakkının kısıtlanması, soruşturma veya kovuşturmaya sonradan dâhil edilecekler hakkında suçun ortaya çıkış şeklinin tespitinin ne şekilde yapılacağı gibi konular başta olmak üzere uygulamada birçok açıdan tereddütte sebebiyet verebilecektir. Yeni düzenlemelerle özel usulün içinde başka özel usuller getirilmiş olması uygulayıcılar bakımından zaten sorunlu olan bir alanı daha da karmaşık hale getirecektir.

Eklenen 5'inci fıkra hükmünde aynı fiilden dolayı suç isnadıyla karşı karşıya kalan kişiler bakımından biri hakkında alanında uzman kişilerin düzenlediği raporların ve mütalaanın alınması, buna karşılık suç şüphesiyle yeni karşılaşılan kişiler için bu şartların sağlanmaması, aynı konumdaki kişilerin farklı muamelelerle karşılaşması anlamına gelmektedir. Bu durum, Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı niteliktedir. Yine özellikle ticari hayatta başka kişilerin vergi incelemelerine, raporlarına ve mütalaasına dayanılarak hakkında rapor düzenlenmeden suç işlendiği şüphesiyle karşılaşıma ihtimali bulunması cezaların şahsiliği ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Mükellef hakları açısından önem arz eden incelemelerin yapılmaması ve mütalaa şartının sağlanmaması, mükelleflerin yargılama esnasında lehlerine olan delillere geç ulaşmalarına veya hiç ulaşamamalarına sebebiyet verebilecektir. Suç şüphesi altında bulunan kişilerin suçsuz olduklarını ispatlamakla yükümlü olmadıkları, suçun işlendiğine dair ispat yükümlülüğünün iddia makamında olduğu hususu ceza yargılamasının temel ilkelerindedir. Ancak yapılan son düzenlemelerle birlikte iddia makamının ve mahkemenin yeterli şekilde aydınlatılmadan yargılama yapılabilmesi riski ortaya çıkmış, bunun yanı sıra son derece teknik özelliklere sahip vergi kaçakçılığı suçları için failin delil öne sürebilme imkânının güçlüğü de göz ardı edilmiştir. Soruşturma evresinde bu durum savcının teknik konularda aydınlatılmamasından dolayı mükelleflerin ağır sonuçları olan ceza yargılaması ile karşı karşıya kalmasına sebebiyet verebilecektir. Adil yargılanma hakkına aykırı bu durumların uygulamada da beraberinde olası birtakım sonuçları beraberinde getireceği ve mükellef haklarını birçok açıdan ihlal edeceği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Angun F / Tekin S, "Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Mütalaa'nın Yeri", *Vergi Sorunları Dergisi*, (389), 2021, s. 32-42.
- Batı M / İnci Z Ö, "7394 Sayılı Kanunla Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK m.359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler", *Vergi Sorunları Dergisi*, (406), 2022, s. 30-48.
- Baykara B, *Teori ve Pratik Yönleriyle Vergi ve Vergi Ceza Hukuku*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 2008.
- Biyan Ö, "Başka Mükellefler Nezdinde Yapılan İncelemelere Göre Tanzim Edilen Vergi Tekniği İnceleme Raporlarındaki Hukuka Aykırı Durumlar", *Legal Mali Hukuk Dergisi*, 8(96), 2012, s. 9-22.
- Candan T, *Vergisel Kabahatler ve Suçlar*, Yetkin Yayınları, 2019.
- Çiftçi T E, "Vergi Kaçakçılık Suçlarında Soruşturma Evresi", *Fiscaoeconomia*, 5(2), 2021, s.630-651.
- Donay S, *Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları*, Beta Yayıncılık, 2008.
- Gölcüklü F / Gözübüyük Ş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, 2002.
- Güngör M, "Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (44), 2020, s. 269-299.
- İnceoğlu S, "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi", *Anayasa Dergisi*, 17(1), 2001, s. 41-70.
- Karaçoban G T, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Yargılama Şartının Anayasaya Aykırılığı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 5(48), 2010, s. 99-114.
- Karakoç Y, *Yargı Kararları Işığında Vergi Sorunlarının Çözümü (Ceza Mahkemesinde Yargılanacak Vergi Suçları Hakkında Kamu Davası Açılmasının Mütalaa Şartına Bağlı Olması)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları no.69, 1996.
- Karakoç Y, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2017.
- Karakoç Y, *Vergi Ceza Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019.
- Karataş D N, "Vergi Hukukunda İspat ve Delil", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(3), 2014, s. 505-528.
- Ömercioğlu A, "7318 Sayılı Kanun İle Eklenen Vergi Kaçakçılığı Suçları",

- Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1), 2022, s. 167-192.
- Öncel M / Kumrulu A / Çağan N / Göker C, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2021.
- Özcan O, *Vergi Suçları*, Seçkin Yayınları, 2015.
- Özbek V Ö / Doğan K / Bacaksız P / Tepe İ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, 2018.
- Özbek V Ö / Doğan K / Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, 2020.
- Özgenç H, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Muhakeme Usulü Olarak Mütalaa Şartı”, İzzet Özgenç (Ed.), *Vergi Ceza Hukuku Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 629-655.
- Öztürk B (Ed.)/Başaran Y.F (Ed.), *Vergi Kabahat Suçları ve Tasarısı*, Seçkin Hukuk, 2020.
- Pınar B, “Yargı Kararları Işığında Vergi İncelemesinde Yükümlü Haklarının İhlaline İlişkin Tespitler”, *International Journal of Public Finance*, 1(1), 2016, s.23-60.
- Rüzgâr M T, Vergi Kaçakçılığı Suçunda Fail, İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2017.
- Soydan B, Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2015.
- Şenyüz D, *Vergi Ceza Hukuku (Vergi Kabahatleri ve Suçları)*, 12. Baskı, Ekin Yayınevi, 2022.
- Şenyüz D, “Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalaa/Görüş”, *İzmir Barosu Dergisi*, (2), 2016, s. 13-51.
- Uğur H, “Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m.367)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 8(88), 2013, s. 34-43.
- Yaltı B, “Vergi İncelemelerinde Dinlenilme Hakkı”, *Vergi Sorunları Dergisi*, (332), 2016, s. 52-57.
- Yenisey F / Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yiğit U, *Vergi Usul Kanunu'nda Hürriyeti Bağlayıcı Suç ve Cezalar Vergi Kaçakçılığı Suçları ve Diğer Hürriyeti Bağlayıcı Vergi Suç ve Cezaları*, Beta Yayıncılık, 2004.

Hukuk Fakültesi Dergisi

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

ISSN: 2651-4141 e-ISSN: 2667-4068
Cilt / Volume XXVII Ocak / January 2023 Sayı / No. 1

CUMHURBAŞKANININ ANAYASAL YETKİSİ ÇERÇEVESİNDE MİLLİ GÜVENLİĞİ SAĞLAMA SORUMLULUĞU

THE RESPONSIBILITY OF THE PRESIDENT TO ENSURE NATIONAL
SECURITY WITHIN THE FRAMEWORK OF HIS CONSTITUTIONAL
AUTHORITY

Gülay KOÇAK*  

Özet

[10.34246/ahbvuhfd.1202145](https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1202145) 

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle birlikte anayasada millî güvenlikle ilgili iki önemli değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden ilki, anayasanın 104. maddesinin 13. fıkrasıyla Cumhurbaşkanına millî güvenlik politikalarını belirleme ve gerekli tedbirleri alma yetkisinin verilmesi, diğeri ise anayasanın 117. maddesinin ikinci fıkrasıyla millî güvenliğin sağlanmasından TBMM'ye karşı Cumhurbaşkanının sorumlu tutulmasıdır. 2017 yılı sonrası kamu politikası konusu haline gelmiş olan millî güvenlik, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle çerçevesi belirlenen politika oluşturma sürecine dahil edilerek yeni politika aktörlerinin danışmanlığında Cumhurbaşkanınca tek başına belirlenen bir politika konusu haline gelmiştir. Ancak bu durum 1982 anayasasının hazırlık aşamasından bu yana millî güvenlik siyasetinin hazırlanmasında yürütme organına danışmanlık yapan MGK'nin millî güvenlik politikasının oluşturulmasında görevli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Öte yandan 117. maddede millî güvenliğin sağlanmasından TBMM'ye karşı Cumhurbaşkanının sorumlu olduğunun düzenlenmiş olması, halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının TBMM'ye karşı sorumsuz olduğu olgusuna dayanan Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde, sorumluluk hükmünün uygulanabilirliği konusunda belirsizlik yaratmıştır.

* **Doktora Öğrencisi**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı/ ANKARA, **e-posta:** gulay.kocak@bilkent.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-9718-3998 **DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.1202145

• **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: Milli Güvenlik • Cumhurbaşkanını • Politika • Siyaset • Siyasi Sorumluluk

ABSTRACT

The transition to the Presidential Government System entailed two important amendments in the constitution regarding national security. By these amendments, the president is given the authority to determine the national security policies and to take the necessary measures through the 13th paragraph of article 104 of the constitution, and deemed responsible before the TBMM for the protection of national security through the second paragraph of article 117. In line with these amendments, national security, which has become a public policy issue after 2017, was included in the policy-making process, the framework of which was determined by the Presidential Decree No. 1, and became a policy issue determined by the President alone under the consultancy of new policy actors. However, this situation raised the question of whether the MGK, which has been advising the executive body in the preparation of national security politics since the preparation stage of the 1982 constitution, has any role in the formation of national security policy. On the other hand, since the Presidential Government system is based on the nonliability of the elected President before the TBMM the provision in Article 117 holding the President responsible before the TBMM for the protection of national security has created uncertainty about the applicability of the responsibility clause.

Keywords: National Security • President • Policy • Politics • Political Responsibility

EXTENDED ABSTRACT

With Law No. 6771 Amending the Constitution of the Republic of Turkey, the parliamentary government system was abandoned, and a new government system similar to the Presidential system was adopted. In this new system, which is called the Presidential Government System, the President has become the focal point; the President undertakes many duties and powers to be used alone as the head of the state and the executive organ. In 2017, two significant amendments to the constitution regarding national security were made. The first of these changes is to authorize the President to determine national security policies and take the necessary measures with the provision in paragraph 13 of Article 104 of the Constitution. The second amendment was made in Article 117 of the Constitution; according to the second paragraph of the relevant article, the President became responsible to the TBMM for ensuring national security.

The scope and limits of the authority, expressed as the authority to determine national security policies in Article 104 of the Constitution, should be explained concerning the meaning of the concept expressed as "national security policy" in the paragraph of

the article. Although the dictionary meanings of "politics" and "policy" are similar, they are two different concepts legally. Therefore, the concept of "national security policy" is different from the concept of "national security politics."

Since its preparation stage, the 1982 Constitution includes the concept of national security politics with the provision in article 118, which regulates that the MGK was established to assist the executive body in formulating national security politics. On the other hand, the concept of national security policy is a novelty brought about by the 2017 constitutional amendment. The concept is regulated in paragraph 13 of article 104 of the constitution so that the President will determine the national security policies and take the necessary measures.

It should be noted that the concept of "national security policy" is used instead of "national security politics" in Article 104, which is more than a simple verbal difference. In reality, this difference leads to the understanding that the President, who receives the opinions and recommendations of the MGK in determining national security politics, is solely authorized to determine national security policies and take the necessary measures, therefore the MGK is disabled in the process of determining national security policies.

On the other hand, the Policy Board to be assigned to carry out the necessary tasks during the determination of the national security policy by the President, who has the opportunity to get the consultancy of the Policy Boards within the Presidency Central Organization during the determination of public policies, is not clear in the new system. Moreover, no Policy Board was established in Presidential Decree No.1 to directly assist in the formation of national security policies; in other words, there is no board including the phrase "national security policies" in its job description. However, regarding the Policy Boards in the aforementioned Presidential Decree, some duties of the Security and Foreign Policy Board (GDPK) can be associated with some topics of the protection of national security. In addition, the duties of the GDPK overlap with MGK's subjects of activity, whose task is giving opinions to the President on issues related to the existence and independence of the state, the integrity and indivisibility of the country, and the protection of the peace and security of the society.

In 2017, the second paragraph of Article 117 of the Constitution was amended, regulating that the President is responsible to the TBMM for ensuring national security. When the responsibility provision in Article 117 is considered together with the basic rules and operating principles of the new government system, this amendment is not in line with the general rules of the new government system regarding the responsibility of the President. Because in the new government system, it does not seem technically possible for the TBMM to supervise whether responsibility for national security given to the President is fulfilled, except for the decision to renew the elections according to the 116th article of the constitution.

On the other hand, in the new government system, the President is authorized to take

necessary measures regarding national security and determine national security policies. In line with this authority, the President will be able to take some measures in the field of national security, employ the necessary means to prevent the endangerment of national security or to eliminate the danger, and may also make some decisions that will have legal consequences in order to implement the national security policy. In this direction, it has now become possible for the President to issue a Presidential Decree, Regulation, or Presidential Decision to determine the measures in the field of national security.

Within the framework of all these issues, the provision of national security in the new government system has ceased to be only a responsibility. It has also become an authority given to the President by the constitution. As a result, in the Presidential Government system, in the field of national security, the executive branch has been given broader powers than the parliamentary system.

GİRİŞ

1982 Anayasasında bugüne kadar yapılan en kapsamlı değişiklik 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹ ile gerçekleşmiştir. 18 maddeden oluşan ve anayasanın toplam 69 maddesinde değişiklik öngören 6771 sayılı Kanun, anayasanın 175. maddesi uyarınca halkoyuna sunulmuş, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halkoylaması ile kabul edilmiştir. Değişiklikle Türk siyasi tarihinde yüzyıla yakın süredir uygulanan parlamenter hükümet sistemi terkedilmiş² bunun yerine Başkanlık sistemine benzer yeni bir hükümet sistemi kabul edilmiştir³.

¹ R.G. 11.02.2017, S. 29976

² Bkz. Ersoy Konaçlı, "Parlamenter Sistemden Kopuş ve Sonrası: Karşılaştırmalı Gözlemler ve Bazı Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 33(133), 2017, s. 11-60.

³ Bu yeni sistem Başkanlık sistemine benzemekle birlikte yeni sistemin Başkanlık sisteminde geçerli olamayacak bazı özellikleri bünyesinde barındırması sebebiyle, Başkanlık sistemi olarak kabul edilmesinin olanaklı olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Bunun sebebi olarak da Başkanlık sisteminde geçerli olan katı kuvvetler ayrılığı ve bu ayrılığın gereği olan frenleme ve denetleme mekanizmalarının yeni sistemde mevcut olmaması ya da başkanlık sistemi kadar işlevsel olmaması gösterilmektedir. Bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18 Baskı, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 321-322, Zafer Gören, "Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi", *İzmir Barosu Dergisi*, 84(3), 2017, s. 484, Ece Göztepe, "Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği", *Güncel Hukuk Dergisi*, (159), 2017, s.46-49, Sevtap Yokuş, "Türkiye'de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 6(12), 2018, s.677, Ömer Keskinsoy / Semih Batur Kaya, "2017 Anayasa Değişikliğinin. Demokratik Nitelik Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 34(155), 2021, s.63-64, Bununla birlikte 2017

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi olarak adlandırılan bu yeni sistemde Cumhurbaşkanı sistemin odak noktası haline gelmiş, devletin başı ve yürütme organı sıfatıyla tek başına kullanacağı pek çok görev ve yetkiye sahip olmuştur. Öte yandan Cumhurbaşkanı yeni hükümet sisteminde hem kamu politikalarını belirleme hem de bu politikaları hayata geçirme konusunda yetkilendirilmiştir. Bu kapsamda 2017 değişikliği ile birlikte Cumhurbaşkanı anayasanın 104. maddesinin 13.fıkrası uyarınca milli güvenlik politikalarını belirleme ve gerekli tedbirleri almakla yetkilendirilmiştir. Bu hükümle milli güvenlik, kamu politikası konusu haline getirilmiş, bu suretle yeni hükümet sisteminin politika oluşturma sürecine dahil edilmiştir. 2017 yılında ayrıca anayasanın 117. maddesinde de değişiklik yapılmış, maddenin ikinci fıkrası Cumhurbaşkanının milli güvenliğin sağlanmasından TBMM'ye karşı sorumlu olduğu şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Bu çerçevede, çalışmada milli güvenlik kavramı, kurumsal sorumluluk yönünden ele alınarak anayasanın 104. maddesinin 13. fıkrasındaki anayasal yetki kuralının işleyişi ile 117. maddenin 2. fıkrasındaki sorumluluk hükmünün uygulanabilirliğine ilişkin sorulara cevap aranacaktır.

Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Cumhurbaşkanının milli güvenlik politikalarını belirleme ve gereken tedbirleri alma yetkisi, ikinci bölümde Cumhurbaşkanının milli güvenliği sağlama sorumluluğu yer almaktadır. Birinci bölüm, milli güvenlik politikasının belirlenmesi ve gerekli tedbirleri alma yetkisi, ikinci bölüm ise Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu ve milli güvenliği sağlama sorumluluğu şeklinde iki alt bölümden oluşmaktadır.

I. CUMHURBAŞKANININ MİLLİ GÜVENLİK POLİTİKALARINI BELİRLEME VE GEREKLİ TEDBİRLERİ ALMA YETKİSİ

Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde, Cumhurbaşkanının yetki ve görevlerinin sayıldığı 104. maddeye eklenen hükümle Cumhurbaşkanına milli güvenlik politikalarının belirlenmesi ve gerekli tedbirlerin alınması konusunda yetki verilmiştir.

yılında getirilen sistemin Başkanlık sistemi olduğu da savunulmakta buna gerekçe olarak da dünyadaki hiçbir sistemin diğere benzemediği, bu sebeple 2017 yılında kabul edilen sistemin de kendine has özellikleri olduğu, ancak yürütme organının halk tarafından seçilmesi ve yasama organının güvenine ihtiyaç duymaması sebebiyle Başkanlık sisteminin temel unsuru ihtiva ettiği de öne sürülmektedir. Bkz. Merve Ünal Açıkgöz, *Anayasa Değişikliği Bağlamında Yürütmenin Denetlenmesi*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021,s.132.

Böylelikle Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde milli güvenliğin sağlanması sadece TBMM'ye karşı bir sorumluluk olmaktan çıkmış, aynı zamanda Cumhurbaşkanına anayasa ile verilmiş bir yetki haline gelmiştir. Bu durum yeni hükümet sisteminin milli güvenliğin sağlanması ve gerekli tedbirleri alınması konusunda yürütme organına önceki sisteme göre daha geniş bir alan açtığını göstermesi açısından önemli bir gelişmedir.

A. Milli Güvenlik Politikalarını Belirleme Yetkisi

Anayasanın 104. maddesinde milli güvenlik politikalarını belirleme yetkisi olarak ifade edilen yetki kuralının kapsam ve sınırlarının madde fıkrasında “milli güvenlik politikası” şeklinde ifade edilen kavramın anlamından hareketle açıklanması gerekir.

Milli güvenlik kavramıyla nitelenen “politika” sözcüğü, TDK Sözlüğünde⁴ “Devletin etkinliklerini amaç, yöntem ve içerik olarak düzenleme ve gerçekleştirme esaslarının bütünü, *siyaset*, *siyasa*” olarak tanımlanmıştır. “Politika” sözcüğünü “siyaset” ile eşanlamlı olarak açıklayan bu tanım bizi “milli güvenlik politikası” kavramının “milli güvenlik siyaseti” şeklinde de ifade edilebileceği sonucuna götürmeye elverişlidir. Ancak her ne kadar sözlük anlamları aynı olsa da, politika ve siyaset etimolojik kökenleri farklı iki kavramdır⁵.

Politika Antik Yunan'da “şehir” anlamına gelen “polis” kelimesinden türemiş bir kelime olup her şeyin başı ve sonu olan şehir devletini, yani siyasi bir topluluğu ifade etmektedir.⁶ Dolayısıyla “politika” kelimesi de bu şehir devleti ile ilgili tüm işler anlamına gelmektedir. Ayrıca İngilizcede “*policy*” kelimesinin karşılığında kullanılmakta olan politika, bir yönetim tarafından resmi bir şekilde oluşturulmuş yol haritası, eylem planı anlamında kullanılmakta, bu bağlamda kavramın çok geniş anlamları ihtiva edebileceği belirtilmektedir.⁷ En genel manada politika, toplumun bütün üyelerinin yararına

olabilecek bir düzen yaratma aracı, çatışma halindeki çıkarların uzlaştırılması faaliyeti veya toplumsal barış ve düzenin sağlanması için asgari anlaşma düzeyidir.⁸ Bu doğrultuda kamu politikası da, “kamusal alanda ortaya çıkan taleplerin politikaya dönüşmesi, kamunun ihtiyaçları doğrultusunda istenilen sonuca ulaşmak adına hükümetlerin gerçekleştirdiği-gerçekleştirmedikleri tercihli eylemler”⁹ veya “toplum yaşamına dair sorunların çözümünde devletin öngörme ve alternatif üretme ödevi kapsamında yürüttüğü faaliyetler”¹⁰ şeklinde tanımlanmaktadır. Kamu politikalarını oluşturmak devlet idaresi yönünden bir yönetim faaliyeti olup, bu suretle devlet, toplumsal sorunların ve taleplerin çözümü ve karşılanmasına ilişkin gerekli tedbir ve kararları almakta, kısa ve uzun döneme ilişkin ihtiyaç ve imkanları planlamaktadır.

Siyaset ise Arapça kökenli bir kelime olup kelime anlamı “*at eğitimi at bakımı*”na karşılıktır¹¹. Türk İslam devletlerinde uzunca bir süre cezalandırma anlamında olumsuz bir anlamda kullanılmış olan siyaset kavramı, zamanla bu olumsuz anlamından uzaklaşmış; önceleri eğitmek, yetiştirmek, düzenlemek anlamında yönetme bilgisi ve tekniği şeklinde, günümüzde ise, devleti yönetme sanatı veya devlet etrafında ortaya çıkan yönetim etkinliği olarak tanımlanmaktadır.¹² Sonuç olarak İngilizcede “*politics*” şeklinde ifade edilmekte olan siyaset kavramı en genel manada devletin sevk ve idaresi anlamına gelmektedir.

Devlet idaresinde geniş çapta yürütülecek faaliyet alanlarını, eylem planları ve stratejilerini daha soyut ve genel programları anlatan politika kavramına karşılık siyaset kavramı daha dar anlamda devlet işlerinin fiilen yürütülmesi, devleti sevk ve idare etme, yani hükümet etme eylemlerine karşılık gelmektedir.

Bu sebeple, siyaset ve politika kavramları sözlük anlamları aynı olmakla birlikte hukuki açıdan farklı iki kavramdır. Bu durum “milli güvenlik politikası” kavramının “milli güvenlik siyaseti” kavramından farklı olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Ancak, “milli güvenlik politikası” ve “milli güvenlik siyaseti” kavramlarının farklılığını sadece etimolojik kökenlere dayanarak

⁴ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, “Politika”, < <https://sozluk.gov.tr/> > Erişim Tarihi 15 Eylül 2022.

⁵ Seçkin Aköz, “Politika Kavramının Siyaset Kavramı Yerine Kullanılması ve Bilimsellik Tartışmaları Bağlamında Devlet Olgusuyla İlişkisi”, *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 3(5), 2018, s. 164.

⁶ Dilan Mızrak / Özgür Temiz, “Hukuk ve Politika-Türkiye’de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelemesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 67(2), 2009, s. 79.

⁷ Ömer Faruk Erol, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(1), 2020, s. 109.

⁸ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, 60. Baskı, Serbest Akademi, 2021, s. 23-27.

⁹ Berat Akıncı, “Türkiye’de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları”, *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 9(16), 2018, s. 2130.

¹⁰ Erol, s.112.

¹¹ Aköz, s.163.

¹² Erol, s.109.

belirlemeye çalışmak kavramların işlevsel açıdan ne anlama geldiğini belirlemek açısından yetersizdir. Bu sebeple “milli güvenlik siyaseti” kavramı ile “milli güvenlik politikası” kavramlarının anayasanın uygulanmasında ne anlama geldiklerinin de açıklanması gerekir

1. Milli Güvenlik Politikası ve Milli Güvenlik Siyaseti Kavramları

Milli güvenlik siyaseti, 1961 Anayasasında yer almamış bir kavramdır. 1982 Anayasası ise hazırlık aşamasından bu yana milli güvenlik siyaseti kavramını içermektedir. Kavram ilk olarak Danışma Meclisinin 126. madde olarak kabul ettiği metinde MGK'nin görev ve fonksiyonun belirlendiği maddede yer almış, bu maddenin Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından 118. madde olarak anayasaya eklenmesi üzerine 118. maddenin üçüncü fıkrasında yerini almıştır.

1982 Anayasasının 118. maddesi süreç içerisinde pek çok kez değişikliğe uğramış, ancak maddenin üçüncü fıkrasında geçen milli güvenlik siyaseti ibaresi değişmemiştir. Nitekim maddeye ilişkin olarak en son 2017 yılında değişiklik yapılmış, bu değişiklikte de 3. fıkradaki milli güvenlik siyaseti ibaresi muhafaza edilmiştir

Milli güvenlik siyaseti kavramına yer veren anayasanın 118. maddesinin üçüncü fıkrasının orijinal hali¹³, “*Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınır*”¹⁴ şeklindedir. Düzenlemeye ilişkin Danışma Meclisinin gerekçesinde¹⁵, “*Millî Güvenlik Kurulu; **ülkenin belirlenmiş ve yürütülmekte olan genel siyaseti içinde**, millî güvenlik siyasetinin tayin, tespit edilmesi ve uygulanması ile ilgili kararların alınması ve gerekli koordinasyon sağlanması konusunda görüş ve tavsiyelerini Bakanlar Kuruluna bildirir.*

Böylece Bakanlar Kurulunun takip edeceği genel siyasetin, millî güvenlik siyaseti kısmı oluşur.” şeklinde açıklama bulunmaktadır.

118. maddenin bahse konu üçüncü fıkrası, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine uyum çerçevesinde 6771 sayılı Kanunun 16. maddesiyle değiştirilmiştir. Ancak bu değişiklik, fıkradaki “Bakanlar Kuruluna” ibaresinin “Cumhurbaşkanına” şeklinde, “Bakanlar Kurulunca” ibaresinin de “Cumhurbaşkanınca” şeklinde değiştirilmesiyle sınırlı kalmış, üçüncü fıkradaki milli güvenlik siyaseti kavramı muhafaza edilmiştir.

Anayasanın 118. maddesi ve bu maddeye ilişkin gerekçeden anlaşılan, milli güvenlik siyasetinin devletin genel siyaseti kapsamında bir siyaset alanı olduğudur. Bu sebeple de anayasa, milli güvenlik siyasetini belirleme yetkisini devletin genel siyasetini belirleme ve bu siyaseti yürütme yetkisine sahip devlet organına bırakmıştır.

Milli güvenlik siyasetini belirleme yetkisinin devletin genel siyasetini belirleyen yürütme organına bırakılmış olması, milli güvenlik kavramının siyasi yönünün bir uzantısıdır.¹⁶ Zira her devletin, milli varlığına, geleceğine ve güvenliğine yönelik tehditlere karşı tedbirler alması ve bu gereklilik doğrultusunda yürüteceği siyaseti belirlemesi gerekir.¹⁷ Devletlerin yüksek menfaatlerini korumak amacıyla alınacak bu kararlar siyasi tercihlere, mevcut siyasi duruma ve gelecekteki siyasi beklentilere göre şekillenmektedir. Öte yandan, milli güvenlik siyasetini belirleme yetkisinin devletin genel siyasetini belirlemek ve yürütmekten sorumlu olan yürütme organına bırakılmış olması milli güvenlik konusunun siyasi sorumluluk kapsamına alındığını göstermesi açısından da önemlidir. Milli güvenliğin korunması, hükümetlerin görev alanı içinde yer aldığından milli güvenliğin korunması konusunda her devletin sorumluluğu bulunmaktadır.¹⁸ Nitekim 1982 Anayasası da milli güvenliğin sağlanmasını TBMM'ye karşı bir sorumluluk olarak düzenlemiştir. Bu doğrultudaki 117. madde, milli güvenliğin sağlanması sorumluluğunu 2017 yılına kadar Bakanlar Kuruluna vermiş, 2017 yılı sonrasında ise milli güvenliğin sağlanmasından tek başına Cumhurbaşkanı sorumlu tutulmuştur.

¹³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021 s. 710. <https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf>, Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

¹⁴ Fıkradaki “Öncelikle dikkate alınır” ibaresi 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla “değerlendirilir” olarak değiştirilmiştir.

¹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), <https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf>, Erişim Tarihi 1 Eylül 2022, s. 712.

¹⁶ Tayfun Akgüner, 1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, 1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınevi, Yayın No:12, 1983. s.53.

¹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, “Genel Bilgi”, <<https://www.mgk.gov.tr/index.php/milli-guvenlik-kurulu/genel-bilgi>>, Erişim Tarihi 30 Eylül 2022.

¹⁸ Osman Nacak, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Milli Güvenlik Kurulu Üzerindeki Etkileri”, *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 29(2), 2022, s. 368.

Milli güvenlik siyasetini belirlemek özel uzmanlık gerektiren bir konudur. Nitekim milli güvenlik, yurt savunması dahil devletin gerek ulusal gerekse uluslararası alandaki tüm menfaatlerinin her türlü tehdit ve tehlikelerden korunmasını gerektiren çok boyutlu bir kavramdır. Bu sebeple milli güvenlik siyasetini belirleyecek organın milli güvenliğin sağlanması amacıyla alınması gereken karar ve tedbirlere yönelik bir takım görüşlere, değerlendirmelere ve hatta bu konuda öneri ve yönlendirmelerine ihtiyaç duyması doğaldır.

Bu doğrultuda, milli güvenlik siyasetinin oluşturulmasında yürütme organına yardım—etmek üzere MGK kurulmuştur. MGK, devletin milli güvenliği ile ilgili sorunların en üst seviyede görüşüldüğü milli güvenlik alanında devletin en üst düzey istişare organıdır.¹⁹ İlk olarak 1961 Anayasasıyla anayasal bir kuruluş haline getirilen ve 1982 Anayasasında da bu özelliğini devam ettiren MGK, milli güvenlik siyasetinin oluşturulmasında önemli bir rol oynamaktadır.²⁰ Nitekim anayasanın 118. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir.” şeklindeki hüküm de MGK’nin kurulma amacının, milli güvenlik siyasetinin oluşturulması ve uygulanması ile ilgili kararlarını devletin milli güvenliğini sağlamaktan sorumlu olan organına bildirmek olduğunu göstermektedir.

Milli güvenlik siyaseti ile MGK arasındaki yakın ilişki sebebiyle milli güvenlik siyasetine ilişkin ilk resmi tanım 1983 tarih ve 2945 sayılı Mülga MGK ve MGK Genel Sekreterliği Kanununda²¹ yapılmıştır. Mülga 2945 sayılı Kanunun Tanımlar başlıklı 2. maddesinin (b) bendinde, *milli güvenlik siyaseti, milli güvenliğin sağlanması ve milli hedeflere ulaşılması amacı ile Millî Güvenlik Kurulunun belirlediği görüşler dahilinde, Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilen iç, dış ve savunma hareket tarzlarına ait esasları kapsayan siyaset*, şeklinde tanımlanmıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sonrası çıkarılan 15.07.2018 tarihli 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK)²² ile 2945 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmış,

bunun yerine 6 sayılı Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi²³ çıkarılmıştır. Bahse konu 6 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 1(a) bendinde milli güvenlik siyasetine ilişkin tanıma yer verilmiştir. Bu düzenlemede milli güvenlik siyaseti kavramı mülga 2945 sayılı Kanunla aynı şekilde “*Millî güvenliğin sağlanması ve millî hedeflere ulaşılması amacı ile Millî Güvenlik Kurulunun belirlediği görüşler dâhilinde, Cumhurbaşkanı tarafından tespit edilen iç, dış ve savunma hareket tarzlarına ait esasları kapsayan siyaset*, şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım milli güvenlik siyasetinin oluşturulma sebebinin milli güvenliğin sağlanması olduğunu anlatmakla kalmamakta, aynı zamanda milli güvenlik siyasetinin oluşturulmasında MGK’nin önemli bir işleve sahip olduğunu da göstermektedir. Sonuç olarak milli güvenlik siyaseti, devleti hükümet etme yetkisine sahip yürütme organının milli güvenliği sağlama amacıyla belirlediği ve siyasi yönden sorumluluğunu üstlendiği siyasettir.

Millî güvenlik politikası kavramı ise 2017 anayasa değişikliğinin getirdiği bir yenilik olup kavram Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin sayıldığı 104. maddenin 13. fıkrasında “Cumhurbaşkanının milli güvenlik politikalarını belirleyeceği ve gerekli tedbirleri alacağı” şeklinde düzenlenmiştir.

Milli güvenlik politikası kavramı, 1961 Anayasasında yer almamakla birlikte bu dönem yürürlükte olan 11 Aralık 1962 tarihli 129 Sayılı Mülga Millî Güvenlik Kurulu Kanununun 2. maddesinde²⁴ milli güvenlik politikasının esaslarının MGK’ce belirleneceği şeklinde, yani MGK’nin görev ve faaliyetlerini belirlemek üzere düzenlenmiştir. Ayrıca yine 1961 Anayasası döneminde yürürlükte olan Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin (f) bendinde “milli güvenlik politikası, milli güvenliğin sağlanması için takip edilmesi şart olan genel

²³ R.G. 15.7.2018, S. 30479.

²⁴“Millî güvenlik politikasının esaslarının hazırlanması ve bu politikanın tadil ve tashihi, bu esasların uygulanması ile ilgili olarak Millî Güvenlik konularının her biri için milli plan ve programların hazırlanması, bunların tahakkuku için nihai ve çare hedeflerin tespiti ve bu konudaki faaliyetlerin ahenkleştirilmesi, bütün devlet teşkilatına her türlü özel müessese ve teşekküllere ve vatandaşlara düşecek top yekun savunma ve milli seferberlik hizmetlerinin ve sorumluluklarının tespiti ve bu konuda lazım gelen kanuni ve idare tedbirlerin alınması, Bakanlıklar tarafından hazırlanacak milli seferberlik planlarına temel olacak esasların tespiti bu planların ahenkleştirilmesi ve değerlendirilmesi gibi milli güvenlikle ilgili temel görüşleri Bakanlar Kurulu’na bildirir” .

¹⁹ Ersan Şen/ Cem Serdar, “MGK Kararlarının Hukuki Niteliği”, Ersan Şen, *Yorumluyorum* 25, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 77-78.

²⁰ Nacak, s.375.

²¹ R.G. 11.11.1983, S. 18218.

²² Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, R.G. 9.7.2018, S. 30473 (3. Mükerrer).

istikametlerin ifadesidir” şeklinde tanımlanmıştır.²⁵ Böylelikle 1961 Anayasası uygulamasında milli güvenlik politikası kavramı MGK’nin görev ve faaliyetleriyle ilişkili bir kavram olarak, milli güvenliğin sağlanması sorumluluğu kapsamında kullanılmıştır.

Belirtelim ki 1982 Anayasasına 2017 anayasa değişikliği ile ilk kez eklendiği belirtilen kavram “milli güvenlik politikası” kavramıdır. Politika kavramı ise Türk hukukunda yeni bir kavram değildir. Nitekim politika kavramı 2017 yılından önce de anayasada ve çeşitli kanunlarda yer almıştır. Örneğin Anayasanın Başlangıç kısmında “*Hiçbir faaliyetin ...Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı*” düzenlenmiş, öte yandan anayasanın 73. maddesinde maliye politikasına, 166. maddesinde ekonomik ve sosyal politikaya yer verilmiştir. Anayasa dışında, 14/01/1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununun çeşitli maddelerinde “para politikası” kavramına yer verilmiş, 04/04/2013 tarih ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda da “Göç Politikaları Kurulu” düzenlenmiştir.²⁶

Bu noktada, 2017 yılında kurucu iktidarın 104. maddeyi düzenlerken 1982 Anayasasının yapılış aşamasından bu yana 118. maddede MGK’nin görev ve faaliyetlerini belirlemek üzere kullanılmakta olan ve anlam ve içerik yönünden üzerinde uzlaşma bulunan “milli güvenlik siyaseti” kavramı yerine “milli güvenlik politikası” kavramını kullanmış olmasının dikkat çekici olduğunu belirtmek gerekir. Bu durumun sıradan bir ifade farklılığından ziyade kurucu iktidarın bilinçli bir tercihinin sonucu olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim bu tercihle kurucu iktidar, yeni hükümet sistemindeki kamu politikalarının belirleme ve uygulama sürecine milli güvenliği de dahil ederek milli güvenliği kamu politikası konusu haline getirmiş, böylelikle Cumhurbaşkanını “milli güvenlik politikası” şeklinde betimlenen bir politikanın belirleyici aktörü olarak göstermiştir. Ancak kanımızca bu tercihin asıl önemli sonucu hatta belki de en önemli sebebi, 104. maddede düzenlenen milli güvenlik politikasını belirleme yetkisinin MGK’nin katılımı olmaksızın Cumhurbaşkanınca doğrudan kullanılabilmesi imkanını yaratmış olmasıdır.

Nitekim daha önce de belirtildiği üzere MGK, 1982 Anayasasının yapılış aşamasından bu yana görev ve faaliyetleri milli güvenlik siyaseti ile özgülünmüş yardımcı bir kuruluştur. 2017 yılında 118. maddede Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine uyum çerçevesinde değişiklik yapılmış, ancak MGK’nin

milli güvenlik siyasetinin belirlenmesinde yardımcı kuruluş olma vasfı değiştirilmemiştir.

2017 yılında kabul edilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, kamu politikalarının Cumhurbaşkanınca belirleneceği temeli üzerine inşa edilmiş, bu amaçla Cumhurbaşkanlığı Merkez Teşkilatı da yeni hükümet sisteminin politika gerekleri doğrultusunda yeniden oluşturulmuştur. Ancak yeni hükümet sistemi ile getirilen tüm yenilik ve uyumlaştırmalara rağmen kurucu iktidar, anayasanın 118. ve 104. maddelerini kavramsal açıdan uyumlu hale getirmemiş, aksine 104. maddeyi 118. maddeden farklı olarak, milli güvenlik politikalarının Cumhurbaşkanınca belirleneceği şeklinde düzenlemiştir.

2017 anayasa değişikliğinin yürürlüğü sonrası Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılmış olan 6 sayılı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Kuruluşu Hakkındaki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde “milli güvenlik siyaseti” kavramı mülga 2945 sayılı Kanunla aynı şekilde tanımlanmış, bu tanımda milli güvenlik siyasetinin milli güvenlik politikası kavramına karşılık geldiği şeklinde herhangi bir ibareye de yer verilmemiştir. Nitekim 2017 yılı anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde de milli güvenlik politikasının milli güvenlik siyaseti kavramına karşılık geldiği yönünde herhangi bir açıklama da bulunmamaktadır.

Tüm bu hususlar 2017 yılı anayasa değişikliğini gerçekleştiren kurucu iktidarın milli güvenlik politikası kavramını milli güvenlik siyaseti kavramından farklı bir olgu olarak ele aldığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu durum, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde milli güvenlik siyasetinin belirlenmesinde anayasanın 118. maddesindeki hüküm uyarınca MGK’nin görüş ve tavsiyelerini alan Cumhurbaşkanının, 104. madde uyarınca milli güvenlik politikalarını belirleme ve gereken tedbirleri alma sürecinde tek başına yetkili olduğu, dolayısıyla milli güvenlik politikalarının belirlenmesi sürecinde MGK’nin devre dışı bırakıldığı şeklinde anlaşılmalıdır.

118. maddenin üçüncü fıkrasında MGK’nin devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlarının Cumhurbaşkanınca değerlendirileceği şeklinde hüküm bulunmaktadır. Ancak bu hüküm MGK’nin milli güvenlik politikalarının belirlenmesi aşamasında değil, bu politikalar gereği Cumhurbaşkanınca alınacak tedbirlerin belirlenmesi aşamasında MGK’nin devreye gireceğini düzenlemektedir. Sonuç olarak 2017 yılı anayasa değişikliği,

²⁵ Akgüner, s. 53.

²⁶ Erol, s. 109-110.

Cumhurbaşkanının milli güvenlik politikalarını belirlerken MGK'nin öneri ve görüşlerini alması gerektiği yönünde herhangi bir düzenleme getirmemiş, aksine milli güvenlik konusunu genel politika sürecine tabi tutarak tek başına Cumhurbaşkanını yetkili kılmıştır. Tüm bu sebeplerle ve yeni hükümet sisteminin özellikleri ve bu sistemde Cumhurbaşkanının konumu ve yetkileri göz önünde bulundurulduğunda, 1982 Anayasasına 2017 yılı değişikliğiyle eklenen milli güvenlik politikası kavramının milli güvenlik siyaseti kavramı ile eş anlamda kullanıldığını söylemek olanaklı görünmemektedir.

Belirtmek gerekir ki; her ne kadar milli güvenlik siyaseti kavramının milli güvenlik politikası kavramından farklı olduğu belirtilmiş ise de, hali hazırda milli güvenlik politikasının hangi kapsamda anlaşılması gerektiği yönünde mevzuatta resmi bir açıklama bulunmamaktadır. Kaldı ki bu iki kavramı birbirinden kesin çizgilerle ayıran objektif bir ölçüt de mevcut değildir. Bu belirsizlik, Cumhurbaşkanının MGK'yi devre dışı bırakarak alacağı milli güvenlikle ilgili bir kararın milli güvenlik politikası gereği mi, yoksa milli güvenlik siyasetinin bir sonucu mu olduğunun tespitini de güçleştirmektedir. Bu sebeple 2017 yılında milli güvenlik politikası kavramını anayasaya ekleyen kurucu iktidarın 6 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde milli güvenlik siyasetini tanımladığı gibi 104. maddedeki milli güvenlik politikası kavramına da hukuki bir tanım getirerek en azından bu iki kavramın aynı anlamda kullanılıp kullanılmadığı noktasında ortaya çıkan belirsizliği gidermesinin faydalı olacağını değerlendirmekteyiz.

Her ne kadar bütünsel anlamda üzerinde tartışılması gereken yönleri bulunsa da, 1982 Anayasası 2017 yılından itibaren milli güvenlik politikası kavramını ihtiva eden bir anayasa metni haline gelmiş, böylelikle milli güvenlik kamu politikası konusu olmuştur. Bu sebeple Cumhurbaşkanının anayasanın 104. maddesinin 13. fıkrasında düzenlenen milli güvenlik politikalarını belirleme yetkisinin, yeni hükümet sisteminde kamu politikası belirleme süreci kapsamında ele alınması gerekmektedir.

2. Milli Güvenlik Politikası Kapsamında Kamu Politikası Oluşturma Süreci

1982 Anayasasında parlamenter sistemin geçerli olduğu dönemde kamu politikalarını Bakanlar Kurulu belirlemekte ve bu politikalar sebebiyle Bakanlar Kurulu kolektif, bakanlar ise bireysel olarak sorumluydu. Bu dönemde yasama organı kamu politikalarının belirlenme ve uygulanma sürecine güvenoyu mekanizması ile katılmaktaydı. Ancak parlamenter sistemin yarattığı bazı

yönetmelik tikanıklar, toplumsal ihtiyaçların kamu politikasına dönüşmesi ve uygulanmasını zorlaştırmaktaydı.²⁷

2017 yılı sonrasında ise Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle birlikte kamu politikalarının belirleyicisi tek başına Cumhurbaşkanı olmuş, üstelik Cumhurbaşkanı belirlediği bu politikaları hayata geçirmek için gereken her türlü tedbiri alma konusunda da yetkilendirilmiştir. Bu durum artık tümüyle Cumhurbaşkanı bünyesinde toplanmış olan yürütme organının bundan sonra sınırları yasama organı tarafından belirlenmiş kısıtlı bir alanda görev yürüten bir organ olmadığını, bunun yerine devlet faaliyetlerine yön veren, bu doğrultuda gerekli stratejileri ve politikaları belirleyerek²⁸ bunları uygulamaya koyan etkin ve yetkili bir konuma gelmesinin bir sonucudur. Sonuç olarak yeni sistemde hem yürütmenin hem de devletin başı sıfatına sahip olan Cumhurbaşkanı, yasamadan bağımsız bir şekilde kamu politikalarını belirleme ve toplumsal sorunların çözümüne yönelik gerekli tedbirleri alma imkanını elde etmiştir.

Elbette ki bu durum politika süreçlerinin daha hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesini sağlayacak yönetsel bazı mekanizmaların sisteme kazandırılması ihtiyacını da ortaya çıkarmıştır. Şöyle ki; 2017 anayasa değişikliğinin yürürlüğü sonrası çıkarılan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi²⁹ ile Cumhurbaşkanınca belirlenecek politikalarda yardımcı olmak üzere Cumhurbaşkanlığı Merkez Teşkilatı bünyesinde Politika Kurulları ve Ofisler kurulmuş ayrıca Bakanlıkların da kamu politikalarının oluşturulmasındaki rolünde önemli değişiklikler yapılmıştır. Politika Kurulları, Ofisler ve Bakanlıklar şeklinde sıralanan bu yeni politika aktörlerinin görev ve yetkileri 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Genel olarak söylemek gerekir ise, Ofislerin politika ön araştırma ve hazırlık; Politika Kurullarının politika geliştirme ve oluşturma, Bakanlıkların ise politika uygulamaları ile görevlendirilmiştir.³⁰ Ancak yeni

²⁷ Akıncı, s. 2131.

²⁸ Ünal Açıkgöz, s. 139.

²⁹ R.G. 10.07.2018, S. 30474.

³⁰ Elvettin Akman, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri", *Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi*, 15(1), 2019, s. 45, Işıtan Mehmet Taş, Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının Hukuki Niteliği ve İdari Örgütlenmedeki Yeri, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 125, Çiğdem Akman, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları: Sosyal Politikalar Kurulu Üzerinden Bir Değerlendirme", *Route Educational and Social Science Journal*, 6(3), 2019, s. 663-664.

hükümet sisteminde kamu politikalarının belirlenmesinde birincil öncelik Politika Kurullarına verilmiş, bu kurulların politika süreçlerinin tamamında etkin olarak görev yapması öngörülmüştür.

Belirtmek gerekir ki, Politika Kurullarına benzer yapılar ABD’de de mevcuttur. Bu kurullar ABD’de “Başkanlık Yürütme Ofisi” (*Executive Office of the President/EOP*) şeklinde adlandırılmakta olup, genel olarak Ofis ya da Konsey şeklinde oluşturulmuştur.³¹ İlk olarak ABD Başkanı Roosevelt tarafından 1939 yılında çıkarılan bir Başkanlık Emri ile kurulmuş olan Başkanlık Yürütme Ofisi (EOP) kamu politikalarını daha hızlı oluşturmak ve Senatonun işlerini yavaşlatmasını engellemek amacıyla oluşturulmuştur.³² Bu yönüyle ABD’deki EOP’lerin Türkiye’deki Politika Kurulları ile benzer nedenlerle ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Öte yandan ABD’deki EOP’ler, politika hazırlama süreçlerine katkıları yönünden de Türkiye’deki Politika Kurullarıyla benzer özellikler taşımaktadır.³³ Ancak Türkiye’deki Politika Kurullarının tamamı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulmuş iken, ABD uygulamasında EOP’ler genel olarak Başkanlık Emirleri ile kurulmakla birlikte kanunlarla kurulan bazı kalıcı EOP’ler de bulunmaktadır. Örneğin ABD Ulusal Güvenlik Konseyi (*National Security Council/NSC*)³⁴ 1947 yılında çıkarılan Ulusal Güvenlik Kanunu (*National Security Act of 1947*) ile, ABD Çevre Kalite Konseyi (*The Council on Environmental Quality/CEQ*)³⁵ 1969 yılına çıkarılan Ulusal Çevresel Politikalar Kanunu (*National Environmental Policy Act/NEPA*) kurulmuştur.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 20. maddesi ile bilim, teknoloji, eğitim ve öğretim, ekonomi, güvenlik, dış politika, hukuk, kültür ve sanat, sağlık, sosyal ve yerel yönetimler gibi çeşitli konularda görevli toplam 9 adet politika kurulu oluşturulmuş³⁶ bu kurulların politika yapımında

³¹ Çiğdem Akman/ Ekrem Yaşar Akçay, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları: ABD ile Karşılaştırılması”, *Yasama Dergisi*, (40), 2019, s. 54 vd.

³² The White House, “Executive Office of the President”, <<https://www.whitehouse.gov/administration/executive-office-of-the-president/>>, Erişim Tarihi 30 Eylül 2022.

³³ Akman / Akçay, s. 53.

³⁴ The White House, “National Security Council”, <<https://www.whitehouse.gov/nsc/>>, Erişim Tarihi 30 Eylül 2022.

³⁵ <https://www.whitehouse.gov/ceq/>The White House, “The Council on Environmental Quality”, <<https://www.whitehouse.gov/ceq/>>, Erişim Tarihi 30 Eylül 2022.

³⁶ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 20. maddesinde sayılan politika kurulları şunlardır: Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulu, Eğitim ve Öğretim Politikaları Kurulu, Ekonomi Politikaları Kurulu, Güvenlik ve

temel görev ve yetkileri Kararnemenin 22. maddesinde belirlenmiştir³⁷. Bu doğrultuda, politika kurulları, görevli oldukları konularda Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalar için gerekli olan strateji ve politika önerilerini geliştirmek (1 sayılı CK md.22/1-a ve c) ve bu politika ve strateji önerilerinden Cumhurbaşkanınca uygun görülenler hakkında gerekli çalışmaları yapmak (1 sayılı CK md.22/1-b) gibi temel görev ve yetkilere sahiptir. Bu sebeple politika kurullarının “biret danışma birimi” şeklinde görev yaptığı kabul edilmekle birlikte, bu kurullara bakanlıklar ve kamu kurumlarının uygulanan politikaları ve gelişmeleri izleme (1 sayılı CK md.22/1-e,f) görevinin de verilmiş olması, bu kurulların sadece danışma birimi olarak değil, oluşturulan politikaların hayata geçirilmesi bakımından “icrai nitelikte birimler” olarak da kabulü mümkündür³⁸

3. Milli Güvenlik Politikasının Belirlenmesi

Yeni hükümet sisteminde kamu politikalarının belirlenme aşamasında merkez teşkilatı bünyesindeki politika kurullarının danışmanlığından yararlanma imkanına sahip olan Cumhurbaşkanının milli güvenlik politikasını belirleme aşamasında hangi politika kurulunu gerekli çalışmaları yapmak üzere görevlendireceği, bu kurulların 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde düzenlenen görev alanlarından hareketle belirlenmesi gerekir.

Bu doğrultuda, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde düzenlenen 9 adet politika kurulunun her birinin çalışma konuları ile görev ve yetkileri incelendiğinde (1 sayılı CK md.23-31) doğrudan milli güvenlik politikalarının

Dış Politikalar Kurulu, Hukuk Politikaları Kurulu, Kültür ve Sanat Politikaları Kurulu, Sağlık ve Gıda Politikaları Kurulu, Sosyal Politikalar Kurulu, Yerel Yönetim Politikaları Kurulu.

³⁷ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 22. maddesinde belirlenen genel görev ve yetkiler şunlardır: a) Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalarla ilgili öneriler geliştirmek, b) Geliştirilen politika ve strateji önerilerinden Cumhurbaşkanınca uygun görülenler hakkında gerekli çalışmaları yapmak, c) Küresel rekabetin getirdiği ani değişimlere karşı strateji ve politika önerileri geliştirmek, ç) Görev alanlarına giren konularda kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vermek, d) Görev alanlarına giren konularda Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin görüşünü alarak uygulanan politikaları ve gelişmeleri izlemek, yapılan çalışmalarla ilgili Cumhurbaşkanına rapor sunmak, e) Cumhurbaşkanı programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak, f) Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin davet edilmesi suretiyle genişletilmiş kurul toplantıları yapmak, g) Görev alanlarına giren konularda talep, ihtiyaç ve etki analizi yapmak ve/veya yaptırmak, ğ) Cumhurbaşkanınca verilen diğer görevleri yapmak.

³⁸ Erol, s. 114.

oluşturulmasında yardımcı olmak üzere kurulmuş, diğer deyişle görev tanımının lafzında milli güvenlik politikaları ibaresi geçen bir politika kurulunun mevcut olmadığı görülmektedir. Bununla birlikte politika kurullarından Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu'nun (GDPK) görev konuları arasında milli güvenliğin korunmasıyla ilişkilendirilebilecek bazı başlıkların yer aldığı görülmektedir. Nitekim GDPK, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 26. maddesi uyarınca, uluslararası ilişkilere, ülkenin bölgesel etkinliği ve sorunları ile küresel gelişmelere yönelik politika önerileri oluşturmak (1 sayılı CK md.26/a,b,c,ç) ülkenin her türlü tehditlere ve yasa dışı sınır faaliyetlerine karşı korumak ve ülke güvenliğini ile sınır yönetimini sağlamak amaçlarıyla göç politika ve stratejilerini belirlemek(1 sayılı CK md.26/d,e) afet ve acil durum halleri ile sivil havacılık ve siber güvenlik konularında politika ve stratejileri belirlemek (1 sayılı CK md.26/f,g,ğ) bunların yanı sıra karayolu, demiryolu ve havayolu trafik güvenliği ile ilgili politika önerileri geliştirmek (1 sayılı CK md.26/h) ile yetkili ve görevlidir.

Belirtelim ki, GDPK'nin görev konuları arasında sayılan bazı görevler milli güvenlikten daha çok halkın yaşantısının güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik içinde sürdürülmesi anlamına gelen kamu düzenini sağlamaya yönelik konular kapsamındadır. Ancak, kamu güvenliği kapsamındaki bir tehlikenin bazı durumlarda milli güvenlik kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür. İşte böyle bir durumda mezkur tehdit veya tehlikeye yönelik geliştirilecek politika da milli güvenliği sağlamaya yönelik olacaktır. Bu sebeple GDPK'nin kamu düzeni ile ilgili olan bu görev konularının kimi durumda milli güvenlikle ilişkilendirilebilmesi olanaklıdır.

GDPK'nin görev konularının anayasanın 118. maddesi uyarınca devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması ile ilgili konularda Cumhurbaşkanına görüş bildirmekle görevli MGK'nin faaliyet konuları ile kesişen yönlerinin bulunduğu da bir gerçektir. Bu noktada, görev ve faaliyet konuları yönünden birbirine benzeyen GDPK ile MGK'nin Cumhurbaşkanına istişari görüş bildirme ve kurul halinde oluşmaları yönünden de birbirine benzediğini belirtmek gerekir. Ancak bu benzerliklere karşılık MGK milli güvenlik siyasetinin oluşturulmasında Cumhurbaşkanına yardımcı olmak üzere kurulmuş bir anayasal kurul iken, GDPK Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulmuş bir politika kuruludur. Yine MGK'nin kimlerden oluşacağı anayasa ile belirlenmiştir. Bu doğrultuda MGK devletin üst düzey yetkililerin katılımıyla toplanan anayasal bir kuruldur. GDPK ise üyelerinin kimlerden oluşacağı 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı

Kararnamesi uyarınca Cumhurbaşkanınca belirlenmektedir. Bu yönleriyle MGK ile GDPK'nin hiyerarşik anlamda birbirinden ayrıldığı, anayasal bir kurul olması sebebiyle MGK'nin GDPK'ye nazaran daha üst seviyede olduğu tartışmasızdır.

Aradaki hiyerarşik farklılığa karşılık her iki kurul da milli güvenlikle ilişkili konularda Cumhurbaşkanına istişari görüş bildirmekle görevli kılınmıştır. Ancak gerek MGK'nin gerek GDPK'nin görüş ve önerilerinin Cumhurbaşkanını yönünden herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu sebeple, sadece hukuki sonuç odaklı bir değerlendirme yapıldığında istişari nitelikte bu görüş veya önerilerin milli güvenlik politikası haline getirilmesi konusunda nihai karar verme yetkisinin Cumhurbaşkanına ait olması, bu iki kurul arasında görev çatışması çıkmayacağı sonucuna götürmektedir.³⁹ Ancak bu durum yeni hükümet sisteminde kamu politikalarının oluşturulma sürecinin işleyişi yönünden değerlendirildiğinde, MGK'nin anayasal konumunun GDPK karşısında zayıflatılmış olduğu gerçeği göze çarpmaktadır. Nitekim GDPK Cumhurbaşkanlığı bünyesinde politika kurulu olarak kurulmuş bir danışma kurulu olup bu sebeple kuruluş sebebi ve amacı diğer deyişle varlık sebebi Cumhurbaşkanınca belirlenecek politikalarla ilgili danışmanlık yapmaktır. Üstelik GDPK'nin tüm üyeleri doğrudan Cumhurbaşkanınca seçilmekte, öte yandan kurul üyeleri Cumhurbaşkanını ile birlikte çalışma ve hiyerarşik olarak Cumhurbaşkanına bağlı olma ayrıcalıklarına da sahiptir. Bu sebeple milli güvenlik politikalarının belirlenmesi aşamasında Cumhurbaşkanının kendi bünyesinde yer alan ve gerek idari gerekse fonksiyonel anlamda kendisine bağlı olan GDPK'nin görüş ve önerilerine öncelik vermesinin şaşırtıcı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki; kanımızca yeni hükümet sisteminde MGK'ye milli güvenlik politikalarının belirlenmesi aşamasında doğrudan bir görev de verilmemiştir. Aksine kurucu iktidar milli güvenlik politikasını yeni hükümet sisteminin politika oluşturma sürecine tabi tutarak bu yöndeki politikanın doğrudan Cumhurbaşkanını tarafından belirleneceğini düzenlemiştir.

Belirtmek gerekir ki, milli güvenlik çok boyutlu bir kavramdır. Bu doğrultuda devletin varlığını, bağımsızlığını, anayasal düzenini ulusal ve uluslararası tüm alandaki menfaatlerini, her türlü tehdit ve tehlikelerden korunması amacını taşıyan milli güvenlik, ekonomiden siyasete, askeriyeden uluslararası ilişkilere, eğitimden sosyal alanlara, devletin tüm faaliyet alanlarını kapsamakta, milli gücü ile ilgili tüm konuları bünyesinde

³⁹ Taş, s. 135.

barındırmaktadır. Bu nedenle milli güvenlik politikasının oluşturulması çok boyutlu ve çeşitli alanlara ait konularla ilgili özel ve nitelikli çalışmalar yapılmasını gerektirmektedir. Milli güvenlik politikasının sadece GDPK özelinde yürütülen çalışmalar neticesinde belirleneceğini öne sürmek milli güvenlik kavramının çok boyutluluk ve çok yönlülük özelliği ile uyumlu olmayacaktır. Kaldı ki milli güvenlik politikasının belirlenmesi konusunda Cumhurbaşkanına danışmanlık yapacak olan kurulun GDPK olduğu da doktrin tarafından öne sürülen bir görüş olup, buna dayanak olarak da anılan kurula 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 26. maddesi ile verilen görev konularının milli güvenlikle ilgili olması gösterilmektedir⁴⁰ Doktrin dışında mevzuatta GDPK'nin milli güvenlik politikalarının belirlenmesinde danışmanlık yapacağını açıkça belirten herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin milli güvenlik politikaları ile ilgili açık bir düzenleme getirmemiş olması karşısında, mevcut hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının milli güvenlikle ilgili politikaların hazırlanması aşamasında gerekli çalışmaları yapmak üzere GDPK'yi görevlendirebileceği gibi gerektiğinde tüm politika kurullarını ya da gerekli gördüğü konularla ilgili politika kurullarını görevlendirmesinin de mümkün olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Konuya ilişkin olarak ABD uygulamasında 1947 tarihli Ulusal Güvenlik Yasası (*National Security Act/NSA*) ile ABD Başkanına milli güvenlik, savunma ve dış politika konularında danışmanlık yapmak ve milli güvenlikle ilgili federal makamlar nezdinde gerekli koordinasyonu sağlamak üzere Başkanlık Yürütme Ofisi (*Executive Office of the President/EOP*) bünyesinde Ulusal Güvenlik Konseyi (*National Security Counsel/NSC*)'nin kurulmuş olduğu⁴¹ bu doğrultuda NSC'nin yapısı ile görev ve fonksiyonu itibariyle doğrudan milli güvenlikle ilgili olduğu görülmektedir. Nitekim milli güvenlik kavramının günümüz karşılığıyla ilk kez yer aldığı hukuki düzenleme olan NSA'nın 101. maddesinde⁴² NSC'nin “milli güvenlikle ilgili iç, dış ve askeri

politikaların bütünleştirilmesi konusunda başkana tavsiyelerde bulunacağı” açıkça düzenlenmiştir. NSC, ABD'nin milli güvenlik politikalarının koordinasyonunu sağlama ve bu konuda Başkana tavsiyede bulunma konusunda yetkili en yüksek yürütme organıdır.⁴³ Bu doğrultuda NSC, ABD'nin küresel, rekabetçi ve istikrar temelli milli güvenlik anlayışının bir uzantısı olarak devletin askeriye, istihbarat ve diplomasi gibi pek çok alanında ABD Başkanına danışmanlık yapmaktadır. NSC, başında ABD Başkanı olmak üzere, Başkan Yardımcısı, Dışişleri Bakanı, Savunma Bakanı, Kara, Hava ve Donanma Bakanları gibi savunma ve güvenlik alanında devletin en üst kademedeki görevlilerinden meydana gelmekte, öte yandan bünyesinde istihbarat alanında danışmanlık yapmak üzere Merkez İstihbarat Kuruluşu (*Central Intelligence Agency-CIA*) da yer almaktadır. Böylelikle NSC, ABD Başkanına milli güvenlik politikasını belirlerken savunma, diplomasi ve istihbarat gibi milli güvenlikle doğrudan ilgili olan konularda yetkili en üst devlet görevlilerinin katılımıyla danışmanlık yapan bir üst kurul şeklinde oluşturulmuştur. Bu yönüyle NSC, GDPK'den daha çok milli güvenlik kuruluşu olarak MGK'ye benzemektedir.⁴⁴

Ancak, NSC'nin bünyesinde istihbari alanda danışmanlık yapmak üzere CIA yer alırken, Türkiye'de 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu⁴⁵ ile kurulan Milli İstihbarat Teşkilatı (MİT) herhangi bir kurul ya da bir kurumla ilişkilendirilmemiştir. MİT, 1982 Anayasası uygulamasında ilk olarak Başbakanına bağlı olarak kurulmuş, 2017 yılında 2937 sayılı Kanunun 3. maddesinde 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁴⁶'nin 60. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda da Cumhurbaşkanına bağlanmıştır.⁴⁷ MİT halihazırda 2017 anayasa değişikliğinin yürürlüğü sonrası çıkarılan 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 37. maddesinin (f) bendi uyarınca Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlar arasında yer almaktadır.

⁴³ R.Gordon Hoxie, “The National Security Council”, *Presidential Studies Quarterly*, 12(1), 1982, s.109.

⁴⁴Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, “Diğer Ülkelerdeki Benzer Kuruluşlar”, <<https://www.mgk.gov.tr/index.php/kurumsal/diger-ulkelerdeki-benzer-kuruluslar>>, Erişim Tarihi 1 Ekim 2022.

⁴⁵ R.G. 3.11.1983, S. 830.

⁴⁶ R.G. 25.8.2017, S. 30165.

⁴⁷01.01.1984 tarihinde yürürlüğe giren 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun “Kuruluş” başlıklı 3. maddesinde, MİT'in Cumhurbaşkanına bağlı olarak kurulduğu düzenlenmektedir.

⁴⁰Deniz Acaray, “Anayasal Bir Kuruluş Olarak MGK- Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde MGK'nin Yeri ve Alternatif Yeni Bir Kurum: Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69 (3), 2020, s. 1321 vd., Taş, s. 135.

⁴¹The White House, “National Security Council”, <<https://www.whitehouse.gov/nsc/>>, Erişim Tarihi 1 Ekim 2022.

⁴²National Security Act of 1947, Section 101/a “to Advise the President with respect to the integration of domestic, foreign and military policies, relating to the national security”, “National Security Act Of 1947” <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1493/pdf/COMPS-1493.pdf>>, Erişim Tarihi 1 Ekim 2022.

MİT'in parlamenter sistemin geçerli olduğu 2017 yılı öncesi dönemde Başbakan'a, 2017 yılı sonrasında ise Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle birlikte Cumhurbaşkanına bağlanmış olması, bu dönemlerde 1982 Anayasasının bu organları devletin milli güvenliğini sağlamaktan sorumlu organı olarak belirlemiş olmasının bir sonucu olarak görülmelidir. Zira 2017 yılı öncesinde anayasanın 117. maddesindeki hüküm uyarınca milli güvenliğin sağlanmasından Başbakan sorumlu iken, 2017 yılı sonrasında milli güvenliğin sağlanmasından Cumhurbaşkanı sorumlu tutulmuştur. Bu durum istihbarat hizmetlerinin devletin milli güvenliğini sağlamaya yönelik bir faaliyet olduğunun da açık bir göstergesidir. 2017 yılı sonrasında doğrudan Cumhurbaşkanına bağlanan MİT, bu organik bağlılığın yanı sıra görev ve faaliyetleri yönünden de Cumhurbaşkanına hem danışmanlık yapmakta hem de istihbarat alanında Cumhurbaşkanı tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmektedir. Nitekim 2937 sayılı Kanunun *Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri* başlıklı 4. maddesinde MİT'in görevleri⁴⁸ sayılmış, bu görevler arasında Cumhurbaşkanı ile ilgili olarak; MİT'in, Devlet çapında oluşturduğu milli güvenlik istihbaratını Cumhurbaşkanına ulaştıracağı (md.4/a), milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde Cumhurbaşkanının istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılayacağı (md.4/b), kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Cumhurbaşkanına tekliflerde bulunacağı (md.4/c) ve dış güvenlik, terörle

mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Cumhurbaşkanınca verilen görevleri yerine getireceği (4. md/h) düzenlenmiştir.

Bu sebeplerle, Cumhurbaşkanı milli güvenlik politikalarını belirlerken 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulan politika kurullarının yanı sıra istihbari alanda MİT'in görüş ve önerilerinden de yararlanacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

B. Milli Güvenlik Politikasının Gerektirdiği Tedbirlerin Alınması

Cumhurbaşkanı gerek milli güvenlik politikalarını belirlerken gerek milli güvenliği sağlama sorumluluğunu yerine getirirken bir takım kararlar alıp genel ve kural koyucu hukuki düzenlemeler yapmaya ihtiyaç duyabilir. Anayasanın 104. maddesinin 13. fıkrasında Cumhurbaşkanının milli güvenlik politikalarını belirleme ve gereken tedbirleri alma konusunda yetkili olduğu düzenlenmiş, öte yandan 118. maddenin 2. fıkrasında MGK'nin devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlarının Cumhurbaşkanınca değerlendirileceği belirtilmiş ise de, bu maddelerde Cumhurbaşkanının sadece tedbir belirleme yetkisinden bahsedilmekte, Cumhurbaşkanına bu alanda düzenleme yetkisi verildiğinden söz edilmemektedir. Anayasanın milli güvenlik alanında Cumhurbaşkanına açıkça düzenleme yetkisi verdiği tek konu anayasanın 118. maddesinin 6. fıkrasında yer alan "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenir" şeklindeki hükümdür. Ancak bu hükmün MGK Genel Sekreterliğinin kuruluş ve görevleri ile sınırlı bir uygulama alanı olup, Cumhurbaşkanınca alınacak tedbirlere yönelik bir düzenleme içermemektedir.

Cumhurbaşkanına anayasanın 104/13. maddesiyle verilmiş olan "tedbir alma" yetkisinin içeriğini belirlemeye yönelik olarak "*tedbir*" kelimesinin önlem alma, bir işin arkasını düşünme, planlama, tasarlama anlamına geldiği, "*tedbir almak*" deyiminin ise istenmeyen bir şeyin gerçekleşmesini engellemek veya ortadan kaldırmak için gerekli yollara başvurmayı anlatmak üzere kullanıldığı görülmektedir.⁴⁹ Bu çerçevede devletin bir alanda tedbir alması, o alana ilişkin kuralları belirleyerek bu kurullarla nelerin yapıp yapılmayacağı hakkında bazı düzenlemeler yapmasını da zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple tedbir alma yetkisinin genel, kişilik dışı ve objektif hukuk kuralları yapılması anlamına gelen düzenleme yetkisi kapsamında bir faaliyet olduğunu söylemek

⁴⁸ 2937 sayılı Kanunun *Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri* başlıklı 4. maddesi şu şekildedir: "Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır; a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak. b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak. c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Cumhurbaşkanı ve Milli Güvenlik Kuruluna tekliflerde bulunmak. d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak. e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak. f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak. g) İstihbarata karşı koymak. h) Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Cumhurbaşkanınca verilen görevleri yerine getirmek. i) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak. j) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek."

⁴⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, "Tedbir" ve "Tedbir Almak", <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 1 Ekim 2022.

mümkündür. Tedbir alma yetkisi düzenleme yetkisinin bir kullanım biçimi olduğuna göre, Cumhurbaşkanı anayasanın 104. maddesinin 13. fıkrasındaki tedbir belirleme yetkisi uyarınca milli güvenlik alanında bazı önlemler alabilecek, milli güvenliğin tehlikeye düşmesini engellemek veya tehlikeyi ortadan kaldırmak için gereken yollara başvurabilecek ayrıca milli güvenlik politikasının hayata geçirilebilmesi amacıyla hukuki sonuç doğuracak bazı kararlar alabilecektir. Bu doğrultuda Cumhurbaşkanı anayasanın 104/13. maddesi uyarınca milli güvenlik alanında gereken tedbirleri belirleme yetkisini kullanırken, 2017 yılı sonrasında kendisine verilen düzenleme yetkisi çerçevesinde *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* (m.104/17) veya *Yönetmelik* (m.104/18) çıkarması mümkün olduğu gibi, *Cumhurbaşkanı Kararı* şeklinde somut bazı kararlar da alabilecektir. Belirtmek gerekir ki, milli güvenlik alanında alınacak tedbirleri belirlemeye yönelik bu karar ve işlemler devletin varlığı, bağımsızlığı, bütünlüğü gibi devletin yüksek menfaatlerinin korunması ile ilgili olup bunlar Cumhurbaşkanının takdir yetkisini kullanarak aldığı siyasi yönü olan karar ve işlemlerdir. Bu haliyle Cumhurbaşkanının milli güvenlik alanındaki tedbirlere yönelik karar ve işlemlerini, yürütme organının idare olarak değil hükümet olma sıfatıyla ve devletin yüksek menfaatlerini korumak maksadıyla yaptığı işlemleri nitelemek üzere yargı mercilerince kullanılan *hükümet tasarrufu* kavramına veya *devletin egemenlik/hükümranlık yetkisini* kullanarak aldığı kararlara benzetmek mümkündür⁵⁰.

Öte yandan, bu işlemlerin milli güvenliği sağlamak amacıyla yapılması bunların temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlayıcı, kullanım alanını daraltıcı ya da ödev getirici nitelikte düzenlemeler içermesi ihtimalini de yükseltmektedir. Bu sebeple, Cumhurbaşkanının milli güvenlik politikası gereği alınmasını uygun gördüğü tedbirleri belirlemeye yönelik işlemlerinin bir yönü devletin bağımsızlığını, varlığını, bütünlüğünü, anayasal düzenini, ulusal ve uluslararası alandaki menfaatleri ve milli çıkarlarını korumak iken, diğer yönü temel hak ve özgürlükler alanındaki etkisi ile ilgilidir.

Anayasanın *Devletin temel amaç ve görevleri* başlıklı 5. maddesinde

⁵⁰Ragıp Sarıca, “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 8 (3-4), 1942, s. 457, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97305>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2022, İsmet Giritli, Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.770, 1958, s. 10, Cemil Kaya, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/Egemenlik Hakkı Teorisine”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0(7), 2016, s. 638., Oğuzhan Güzel, “Danıştay Kararları Işığında Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 2017, s. 219.

Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumanın, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın devletin temel amaç ve görevi olduğu belirtilmiş, öte yandan devletin kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Böylelikle milli güvenliğin sağlanması ile temel hak ve özgürlükler arasında bir denge kurulması devlete yüklenmiş bir ödev olarak düzenlenmiştir Bu doğrultuda, milli güvenlikle ilgili alınacak tedbirlerin kapsam ve sınırlarının bu tedbirleri belirlemek amacıyla Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yönetmelik ve Cumhurbaşkanı Kararı şeklindeki düzenlemelerin niteliğine göre belirlenmesi gerekir.

1. Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleriyle Tedbir Belirleme

2017 değişikliği ile anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasına eklenen hükümlerle Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarmaya yetkisi verilmiştir.⁵¹ Cumhurbaşkanlığı Kararnemeleri Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemlerinin ilk sırasında yer almaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile ilgili anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası şu şekildedir: “*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*”⁵² 104. maddedeki bu hükümlerle Cumhurbaşkanı kanuni bir dayanak veya yasamanın verdiği bir yetki olmaksızın yürütmeye ilişkin konularda doğrudan düzenleme yetkisine sahip olmuştur.⁵² Anayasa Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin yürütme yetkisine

⁵¹ Hasan Tunç, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(2), 2019, s. 569-570.

⁵² M. Artuk Arıdoğan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 75(3), 2017, s. 25, Taylan Barın, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması ve Hükümet Sisteminin

ilişkin konularda çıkarılacağını düzenlediğinden, yürütme yetkisi kapsamında bir konu olan milli güvenlik alanında da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılabilmesi mümkündür. Anayasa Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerini olağan dönemde çıkarılan ve olağanüstü dönemde çıkarılanlar olmak üzere iki grupta düzenleyerek bunları farklı esaslara tabi kılmıştır. Dolayısıyla milli güvenlikle ilgili tedbirleri belirlemek üzere çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin kapsam ve sınırları, ilgili Kararnamenin olağan dönemde çıkarılıp çıkarılmadığına göre değişmektedir Anayasanın 104. maddesinin 17. bendi olağan dönemde çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin esasları belirlerken, olağanüstü dönemde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin usul ve esaslar ise anayasanın 119. maddesinin 6. fıkrasında belirlenmiştir.

a. Olağan Dönem

Anayasa olağan dönemde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine konu bakımından bazı sınırlamalar getirmiştir. Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile anayasanın İkinci Kısmının Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin düzenlenmesi olanaklı değildir. Öte yandan anayasada kanunla düzenlenmesi öngörölmüş olan ya da anayasada bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi kanunla açıkça düzenlenmiş olan konularda da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılmamaktadır.

Dolayısıyla olağan dönemde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile sadece anayasanın 41-65. maddelerinde yer alan⁵³ ve kullanılabilmesi için vatandaşların devletten bir davranış, hizmet veya yardım

Tahlili”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı, (2), 2022, s. 293.

⁵³ Ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler şunlardır: Ailenin korunması(m. 41), eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi (m. 42), kıyılardan yararlanma (m. 43), toprak mülkiyeti (m. 44), tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması (m. 45), kamulaştırma (m. 46), devletleştirme ve özelleştirme (m. 47), çalışma ve sözleşme hürriyeti (m. 48), çalışma hakkı ve ödevi (m.49), çalışma şartları ve dinlenme hakkı (m. 50), sendika kurma hakkı (m.51), sendikal faaliyet (m. 52), toplu iş sözleşmesi hakkı (m. 53), grev hakkı ve lokavt (m. 54), ücrette adalet sağlanması (m. 55), sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması (m. 56), konut hakkı (m. 57), gençliğin korunması (m. 58), sporun geliştirilmesi (m. 59), sosyal güvenlik hakkı (m. 60), sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler (m. 61), yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları (m. 62), tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması (m. 63), sanatın ve sanatçının korunması (m. 64) ve Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları (m. 65).

beklediği, devletin olumlu bir edimine ihtiyaç duyulması sebebiyle de pozitif statü hakları olarak ifade edilen ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler ile ilgili düzenleme yapılabilmesi mümkündür⁵⁴. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin kurallar anayasanın 13. maddesinde belirlendiğinden ve bu maddeye göre de temel hak ve özgürlükler ancak “kanunla” sınırlanabildiğinden, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile herhangi bir hak veya özgürlüğe sınırlama getirilmesi olanaklı değildir. Bu sebeple temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yürütme yetkisi kapsamında bir konu olmadığını söylemek de mümkündür.⁵⁵ 2017 anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin şekil ve esas bakımından anayasaya uygunluğunu denetleme görev ve yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. (md.148). Bu sebeple olağan dönemde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin anayasaya uygun olup olmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmektedir.

Bu çerçevede, olağan dönemde milli güvenlik politikaları gereği alınması gerekli görölen tedbirlerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile belirlenmesi durumunda, alınacak tedbirin sadece ekonomik ve sosyal haklarla ilgili olması ve Kararnamenin ekonomik ve sosyal haklar üzerindeki etkisinin sınırlayıcı veya kullanım alanını daraltıcı mahiyette olmaması gerekmektedir. Milli güvenlik alanında gerekli tedbirleri belirlemek üzere çıkarılmış bir Kararnamenin ilgili hakka sınırlama getirip getirmediği Anayasa Mahkemesi

⁵⁴ Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle düzenlenebilecek haklar arasında ayırım yapan bu düzenleme 2017 öncesinde Bakanlar Kurulu tarafından olağan dönemde çıkarılan KHK’ler için de geçerliydi. Nitekim Anayasanın mülga 91. maddesi, KHK’lerle temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle siyasi hak ve ödevlerin düzenlenemeyeceğini hüküm altına almıştı. Dolayısıyla olağan dönemde sadece ekonomik ve sosyal hakların KHK’ler ile düzenlenmesi mümkündür. KHK’lerle düzenlenebilecek haklar arasında bu ayırımın yapılmasının nedenini Fazıl Sağlam, KHK’lerin işlevi ile bağlantılı olarak açıklamış, bu işlevin yerine getirilebilmesi bakımından en uygun hak kategorisinin, kullanılması için devletin olumlu bir ediminin gerektiği pozitif statü hakları olduğunu belirtmiştir. Sağlam göre KHK’lerin temel işlevi, devletin giderek artan ve karmaşıklaşan sosyal ve iktisadi ödevlerini yerine getirebilmesi için gerekli hızlığı sağlamak ve bu konuda uzman çalışmasına ağırlık kazandırmaktır. Bu temel işlevin yerine getirileceği alan, devletin olumlu bir edimi ile mümkün olan haklara ilişkin ödevleridir. İşte bu sebeple sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler KHK’lerle düzenlenmesi mümkün olmayan temel hak alanları dışında tutulmuştur. Bkz. Fazıl Sağlam, “Kanun Hükümünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6319/fazil_saglam.pdf>,s. 268.269. Erişim Tarihi 15 Eylül 2022.

Yavuz Atar, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36 (1), 2019, s. 248.

⁵⁵ Ardiçoğlu, s. 39-40.

kararıyla netleşecektir.

Bu aşamada anayasanın 104. maddesinin 13. fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanınca gerekli tedbirleri belirlemek üzere çıkarılan ve ekonomik ve sosyal haklarla ilgili düzenlemeler getiren bir Kararnamenin özgürlükleri sınırlayıcı nitelikte düzenlemeler içerme olasılığını yüksek olduğunu söylemek gerekir Ancak bu durum Kararnamenin tedbir amacıyla çıkarılmış olmasından değil Kararnameyle getirilen tedbirin amacının milli güvenliğin sağlanması olmasından kaynaklanmaktadır. Zira anayasanın ekonomik ve sosyal haklarla ilgili bazı maddelerinde devletin bu alanda tedbir belirleyebileceği açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, anayasanın *Ailenin korunması ve çocuk hakları* başlıklı 41. maddesinin ikinci fıkrasında, *Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi* başlıklı 42. maddesinin 7. fıkrasında, *Çalışma ve Sözleşme Hürriyetinin* düzenlendiği 48. maddesinin ikinci fıkrasında ve *Çalışma hakkı ve ödevinin* düzenlendiği 49. maddesinin ikinci fıkrasında devletin gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple ekonomik ve sosyal haklarla devletin tedbir alma yetkisi arasında bir uyumsuzluk bağdaşmazlık bulunmamaktadır. Kaldı ki ekonomik ve sosyal haklarla ilgili devletin alacağı tedbir, ilgili hakkı güçlendirici, onun daha kolay ve etkin bir biçimde kullanılmasını sağlayıcı düzenlemeler yapması anlamına gelmekte nitekim bu sebeple ekonomik ve sosyal haklar *isteme hakkı* veya kullanılması için devletin olumlu edimi gereken *pozitif statü hakkı* olarak ifade edilmektedir. Sonuç olarak ekonomik ve sosyal haklar ile tedbir belirleme yetkisinin bağdaşmazlığı değil aksine birbirine bağlılığından bile söz edilebilir.

Anayasanın 104. maddesinin 13. fıkrası uyarınca milli güvenlik alanında alınması gerekli görülen tedbirler ise içerik olarak bu tedbirlerden farklıdır. Çünkü bu tedbirler devletin varlığını, bağımsızlığını, anayasal düzenini sağlamaya yöneliktir. Dolayısıyla özünde kişi özgürlüğünü değil devletin güvenliğini koruma amacını taşıyan düzenlemelerdir. Bu sebeple Kararnamenin anayasaya uygunluğunun denetiminde düzenlemenin ekonomik ve sosyal hak ve ödevler üzerinde sınırlama getirip getirmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu yöndeki denetimde yararlanacak norm ise anayasanın 5. maddesi olacaktır. Böylelikle milli güvenliğin sağlanması amacıyla alınan tedbirle devletin temel hak ve özgürlükler üzerindeki siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma ödevi arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı belirlenecek, bu dengenin hak ve özgürlükler aleyhine kurulmuş olduğunun tespiti durumunda ise, ilgili düzenlemenin bir sınırlama hükmü olduğu, anayasanın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklerin ancak

kanunla sınırlanabileceği, bu sebeple 13. madde uyarınca kanunilik şartının gerçekleşmemiş olması sebebiyle ilgili Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin anayasaya aykırılığı gündeme gelecektir

b. Olağanüstü Dönem

Cumhurbaşkanının olağanüstü dönemlerde milli güvenliği sağlamak amacıyla düzenleme yetkisine daha sık başvuracağı açıktır. Nitekim 119. maddede olağanüstü halin *savaş, savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde* ilan edileceği düzenlenmiştir. 119. maddede sayılı bu hallerin tamamına yakınının milli güvenliği tehlikeye düşüren durum ve şartlar olarak kabul edilmesi olanaklıdır. 119. maddede sayılan bu durum ve şartlar milli güvenlikle ilgili olduğuna göre, maddede sayılı sebep ve şartların oluşması halinde Cumhurbaşkanının alacağı olağanüstü yönetime geçme kararının da yine milli güvenliğin korunması kapsamında alınan bir tedbir olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu doğrultuda, olağanüstü dönemlerde olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla ilgili olarak çıkarılmış her Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin milli güvenlik alanında tedbir belirleme yetkisinin kullanılması olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Olağanüstü dönemlerde çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine ilişkin esaslar anayasanın 119. maddesinin 6 ve 7 fıkralarında⁵⁶ düzenlenmiştir. Buna göre, olağanüstü hallerde olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile anayasanın

⁵⁶ 119. maddenin 6 ve 7. fıkrası:

“..Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

Savaş ve müebir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.”

104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın tüm hak ve özgürlüklerle ilgili düzenleme yapılabilmesi mümkündür. Kanun hükmünde olduğu belirtilen bu Kararnamelere konu bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemekle birlikte 119. madde olağanüstü dönemlerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılacağını belirtmiştir. Bu sebeple olağanüstü dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla ilgili olması gerektiği yönünde bir sınırlamadan söz etmek mümkündür.⁵⁷

Olağanüstü dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkileri yönünden ise anayasanın olağanüstü dönemler için belirlediği sınırlama rejimi kurallarına tabidir. Bilindiği üzere anayasa olağanüstü dönemlerdeki sınırlama rejimi kurallarını Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması başlıklı 15. maddesinde⁵⁸ düzenlemiştir. 15. maddeye göre milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek ve ölçülülük ilkesine uymak kaydıyla olağanüstü dönemde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ve bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınması mümkündür. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanı olağanüstü dönemde çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle anayasada düzenlenen tüm hak ve özgürlükler ile ilgili sınırlama getiren düzenlemeler çıkarılabilir, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemek ve ölçülülük ilkesine uygun olmak kaydıyla hak ve özgürlükleri kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alabilir.

Ancak anayasanın 148. maddesinde yer alan yasak uyarınca olağanüstü dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine karşı anayasaya

⁵⁷Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla ilgili olma şartı 2017 yılı öncesinde OHAL KHK'leri için de öngörülmüştü.(mülga m.121/3 ve m.122/2-3).

⁵⁸Madde 15. Temel Hak Ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması
Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.
Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

aykırılık iddiasında bulunulması olanaklı değildir⁵⁹. Bu sebeple bu dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 119. ve 15. maddelerde belirtilen esaslara uygun olup olmadığını denetleyecek yargısal bir denetim mekanizması bulunmamaktadır Ancak 2017 yılı değişikliği ile 119. maddenin son fıkrasına eklenen hükümlerle savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülüp karara bağlanacağı aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin kendiliğinden yürürlükten kalkacağı düzenlenmiş, aynı doğrultuda Meclis İttüzüğünün 128. maddesinde de değişiklik yapılarak⁶⁰, üç ay içinde görüşülüp karara bağlanamayan olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin kendiliğinden yürürlükten kalkacağı hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple olağanüstü dönemlerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri üzerinde 2017 yılı sonrası siyasi denetim mekanizması öngörüldüğünden her ne kadar anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasa da bu düzenlemeler üzerinde TBMM tarafından siyasi denetim mekanizmasının işletilmesi olanaklıdır.

2. Yönetmelikle Tedbir Belirleme

Yönetmelik yürütme organının tali düzenleme yetkisinin tipik bir örneğidir. Bu sebeple önceden kanunla düzenlenmemiş bir konunun yürütme organı tarafından Yönetmelik çıkarılarak düzenlenmesi mümkün değildir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle birlikte yürütme yetkisi ve görevine tek başına sahip olan Cumhurbaşkanına, kanunların

⁵⁹2017 yılı öncesinde Anayasa Mahkemesi 1991 yılında geliştirdiği içtihatla OHAL KHK'si olarak önüne gelen bir kanun hükmünde kararnamenin gerçekten olağanüstü hal kanun hükmünde kararname niteliğinde olup olmadığını araştırmış, bu kapsamda önündeki düzenlemenin olağanüstü halin gerekleri doğrultusunda çıkarılıp çıkarılmadığını belirleme konusundaki takdirin kendisinde olduğunu bu açıdan OHAL KHK'si niteliğinde görmediği KHK'leri olağan KHK olarak kabul ederek bu düzenlemeleri anayasa yargısı denetimine tabi tutmuştur. AYM, t. 10.01.1991, E. 1990/25, K. 1991/1, AYM, t. 3.7.1991, E. 1991/6, K. 1991/20, AYM, t. 22.05.2003, E. 2003/28, K. 2003/42, R.G. 16.3.2004, S. 25404. Ancak Anayasa Mahkemesi 2016 yılında bu içtihadını değiştirmiştir. 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin bazı maddelerine karşı açılan davada Mahkeme OHAL döneminde çıkarılan KHK'lerin hiçbir surette yargı denetimine tabi olmadığını belirtmiş ve davayı 148. Maddedeki yasak kapsamında gördüğünden reddetmiştir. AYM, t. 12.10.2016, E. 2016/166, K. 2016/159, R.G. 4.11.2016, S. 29878, benzer karar AYM, t. 02.11.2016, E. 2016/172, K. 2016/165 §.22,23.

⁶⁰ Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair 9 Ekim 2018 tarihli, 1200 Sayılı Karar/m.22, R.G. 16.10.2018, S. 30567 (mükerrer).

uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, Yönetmelik çıkarma yetkisi verilmiştir.(m.104/18) Bu sebeple olağan dönemde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri için getirilen konu sınırlaması Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılacak Yönetmelikler için geçerli değildir. Nitekim bu hususu vurgulama için doktrinde, kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevler konusunda Cumhurbaşkanına tanınan yetkinin Yönetmelik çıkarmak ile sınırlı olduğu belirtilmiş⁶¹ böylece kişi hak ve ödevleri ile siyasi hak ve ödevleri dahil kanunla önceden düzenlenmiş her konunun Cumhurbaşkanlığı tarafından Yönetmelikle düzenlenmesine mani bir durum olmadığı vurgulanmıştır. Öte yandan Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı belirtilen işlemlerine karşı yargı yolunu kapatan anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasındaki hükmün 6771 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış olması sebebiyle Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılmış olan Yönetmeliklere karşı iptal davası açılması mümkündür. 2018 yılında çıkarılan 703 sayılı KHK'nin 184. maddesiyle 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24/1-b bendinde yapılan değişiklik uyarınca Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan Yönetmeliklere karşı açılan davalarda görevli yargı yeri ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'dır.

Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılacak Yönetmeliklere konu bakımından herhangi bir sınırlama getirilmediğine göre, milli güvenlik alanında gerekli görülen tedbirlerin de bir kanuna dayanmak şartıyla Cumhurbaşkanlığı tarafından Yönetmelikle belirlenmesine mani bir durum bulunmamaktadır. Belirtelim ki her ne kadar Cumhurbaşkanının milli güvenlik alanında gereken tedbirleri Yönetmelikle belirleyebilmesi için önceden çıkarılmış bir kanunun varlığına ihtiyacı bulunmakta ise de, milli güvenliğin sağlanması özel uzmanlık gerektiren bir konudur. Üstelik milli güvenliğin sağlanması konusundaki sorumluluğun Cumhurbaşkanına ait olması sebebiyle, milli güvenlik politikasını tek başına belirleme yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanının bu politika gereği alınması gereken tedbirleri de yine yürütme organı sıfatıyla tek başına belirleyebilmesi gerekir. Bu sebeple Cumhurbaşkanının yasama sürecinde yasama organını bilgilendirerek hatta gerektiğinde 104. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen mesaj verme yetkisini de kullanarak, milli güvenlik politikasına uygun tedbirleri belirlemek üzere gerekli düzenlemeleri yapmak için kendisine kanunla yetki verilmesini sağlama imkanı da bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının milli güvenlikle ilgili gereken tedbirleri Yönetmelikle belirlemesinin en önemi sonucu çıkarılan Yönetmeliğin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisidir. Nitekim milli güvenlik alanında çıkarılacak bir

Yönetmelikle hak ve özgürlükler üzerinde sınırlama niteliğinde düzenlemeler yapılması, anayasanın 13. maddesindeki kanunilik şartının ihlali anlamına gelecektir.

3. Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Tedbir Belirleme

Cumhurbaşkanlığı Kararları, Cumhurbaşkanının kendisine verilen yetkiler doğrultusunda yürürlüğe koyduğu idari karar şeklindeki işlemler olarak tanımlanabilir.⁶² Anayasada Cumhurbaşkanlığı Kararı şeklinde bir işlem türü lafzi olarak yer almamakla birlikte, anayasanın muhtelif hükümlerinde Cumhurbaşkanının kararına bağlanan düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler çoğunlukla üst kademe kamu görevlilerini atamak gibi bireysel işlemlerdir. (örn.md.104/9,117/3,108/3,130/3,131/2,146/3) İdari karar niteliğindeki bu işlemler Cumhurbaşkanlığı tarafından Cumhurbaşkanlığı Kararı şeklinde tesis edilmektedir. Bireysel nitelikte Cumhurbaşkanlığı Kararlarının yanı sıra düzenleyici işlem niteliğinde Cumhurbaşkanlığı Kararları da mevcuttur. Bu nitelikteki Cumhurbaşkanlığı Kararları ise bir hukuki işlemin tesis edilmesi, bir kararın alınması gibi işlemlere yönelik kararlardır⁶³.

Öte yandan kanunlarla Cumhurbaşkanına verilmiş olan değerlendirme, karar verme, ilan etme gibi yetkiler de Cumhurbaşkanlığı Kararı şeklinde tesis edilmektedir. Bu nitelikteki işlemler çoğunlukla 2017 yılı öncesinde Bakanlar Kuruluna verilmiş olan ve Bakanlar Kurulu Kararı şeklinde tesis edilen işlemlerin yeni hükümet sistemindeki görünümüdür Bu doğrultuda, milli güvenliğin korunmasına yönelik olarak Cumhurbaşkanına kanunlarla verilmiş olan değerlendirme, karar verme yetkisinin Cumhurbaşkanının milli güvenlik alanında tedbir belirleme yetkisinin görünümü olarak nitelenmesi mümkündür. Örneğin 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun⁶⁴ 63. maddesi⁶⁵ uyarınca milli güvenliği bozucu nitelikteki bir grevin

⁶² Ünal Açıkgöz, s. 291-292, Yücel Özdemir, "Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(4), 2021, s. 3224, Mutlu Kağıtçıoğlu, "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Kararları", <https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Mutlu_Katyolu.pdf> Erişim Tarihi 15 Ekim 2022, s. 4.

⁶³ Şeref İba / Yasin Söyler, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", *Anayasa Yargısı*, 36(1), 2019, s. 200.

⁶⁴ R.G. 7.11.2012, S. 28460.

⁶⁵ "Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt; genel sağlığı veya milli güvenliği, bozucu nitelikte ise Cumhurbaşkanlığı bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir. "

⁶¹ Tunç, s. 571.

Cumhurbaşkanınca ertelenmesi⁶⁶, 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun⁶⁷ 23. maddesi⁶⁸ uyarınca milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde bir haber veya yayının Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği bakan tarafından yasaklanması, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Hakkında Kanunun⁶⁹ 2 ve 3. maddelerinde de kısmen dahi tahripleri milli güvenlik bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecek bölgelerde askeri güvenlik ve güvenlik bölgelerinin kurulması, kaldırılması ve diğer kullanım esaslarının Cumhurbaşkanınca belirleneceği⁷⁰ düzenlenmiştir.

II. CUMHURBAŞKANININ MİLLİ GÜVENLİĞİ SAĞLAMA SORUMLULUĞU

2017 yılında anayasanın 117. maddesinin 2. fıkrasında değişiklik yapılarak milli güvenliğin sağlanmasından TBMM'ye karşı Cumhurbaşkanının sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere anayasa hukukunda devlet organlarının sorumluluğu *hukuki, cezai ve siyasi* yönden olmak üzere 3 başlıkta ele alınmaktadır. Hukuki sorumluluk özel hukuk alanına ilişkin bir sorumluluk türü olup medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi özel hukuk alanlarına ilişkin davalarda davalı konumunda olabilmek ve bu davalar sonucunda hukuki yaptırım uygulanabilmesi anlamına gelir.⁷¹ Cezai sorumluluk devlet organlarının görevi ile ilgili iş ve işlemleri sebebiyle suçlanabilmesidir. Siyasi sorumluluk ise ekonomik, sosyal, kültürel, askeri, iç ve dış politika gibi konularda bu politikaları belirleyen devlet organlarının bundan sorumlu olması bu sebeple yasama organı tarafından görevden alınabilmesi anlamına gelmektedir.

Anayasanın 117. maddesinde yer alan milli güvenliğin sağlanması sorumluluğu tür itibarıyla siyasi sorumluluk kapsamına girmektedir. Bu

⁶⁶ Örneğin Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları Anonim Şirketi ile Petrol İş Sendikasının almış olduğu grev kararları milli güvenliği bozucu mahiyette görülmesi sebebiyle 8 Ekim 2020 tarihli 3077 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile ertelenmiştir. R.G. 9.10.2020, S.31269.

⁶⁷ R.G. 14.11.1983, S.18221 (2.Mükerrer).

⁶⁸ “Cumhurbaşkanı veya görevlendireceği bakan, milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde, bir haber veya yayını menetmeye yetkilidir”.

⁶⁹ R.G. 22.12.1981, S.17552.

⁷⁰ 2. maddede Cumhurbaşkanınca askeri yasak bölgelerin kurulabileceği veya kaldırılabilmesi, 3. maddede Cumhurbaşkanınca kamu ve özel kuruluşların çevresindeki özel güvenlik bölgelerinin kurulabileceği ve kaldırılabilmesi düzenlenmiştir.

⁷¹ Bayram Doğan/ İdris Doğan, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2020, s. 470.

sebeple, 117. maddenin yeni halinin yeni hükümet sistemi çerçevesinde değerlendirilebilmesi için konunun Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu bağlamında ele alınarak, bu hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının siyasal açıdan sorumlu tutulmasının ne anlama geldiği, öte yandan siyasi sorumluluk kavramının hesap verebilmeyi gerektirmesi sebebiyle de, Cumhurbaşkanına verilen bir sorumluluğun yerine getirilip getirilmediğinin denetiminin ne şekilde gerçekleştirileceğinin belirlenmesi gerekir.

A. Milli Güvenliği Sağlama Sorumluluğu Kapsamında Cumhurbaşkanının Siyasi Sorumluluğu

1982 Anayasası parlamenter sistemin geçerli olduğu 2017 yılı öncesinde Cumhurbaşkanının sorumluluğunu hukuki, cezai ve siyasi olarak ele almıştı. Bu dönemde, Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili işlemlerden hukuki sorumluluğunun olmadığı, cezai sorumluluğunun ise vatana ihanetle sınırlı olduğu⁷² kabul edilmekteydi. Anayasa, Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğunu ise parlamenter sisteme paralel şekilde⁷³ düzenlemişti. Nitekim 1982 Anayasasının parlamenter sistemin geçerli olduğu 2017 yılı öncesindeki halinde “Sorumluluk ve Sorumsuzluk hali” başlıklı 105. maddesinin 1. fıkrasında, “Cumhurbaşkanının, anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.” hükmüne yer verilmişti. Bu hüküm karşı imza kuralı gereği Cumhurbaşkanı tarafından yapılan işlemler dolayısıyla sorumluluğun Başbakan ve ilgili bakanda olduğunu göstermekteydi. Üstelik 105. madde karşı imza kuralına tabi olmayan Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği belirtilen bir işlem kategorisi de yaratmış, ancak parlamenter sistemde Cumhurbaşkanı karşı imza kuralına tabi olan işlemlerden siyasi olarak sorumlu tutulmadığı gibi Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerden de siyasi sorumluluğunun bulunmadığı genel olarak kabul edilmekteydi.⁷⁴ Sonuç olarak 2017 öncesi dönemde Cumhurbaşkanının yürütme alanında yetki ve sorumluluğu olmadığından bu dönemde Cumhurbaşkanının TBMM tarafından denetlenmesi ve bu denetim sonucundan görevden alınması mümkün değildi. Bu sebeple bu dönemde

⁷² Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2018, s. 103-104.

⁷³ Doğan, Doğan, s. 471.

⁷⁴ Tan, s. 115.

Cumhurbaşkanı hakkında soru, genel görüşme, meclis araştırması ve gensoru gibi bilgi edinme ve denetim araçları kullanılamamaktaydı.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine gelindiğinde, 2017 yılında kabul edilen bu yeni hükümet sistemi, seçimle gelen tekçi (monist) yürütme yapılanmasına sahip olması yönünden Başkanlık sistemine benzemektedir. Bu sebeple Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu başkanlık hükümet sisteminden hareketle belirlenmelidir. Katı kuvvetler ayrılığına dayanan Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organları, hem organik hem de fonksiyonel anlamda birbirlerinden bağımsızdır. Bu organlar birbirlerinden türemedikleri gibi birbirlerinin görevini de sona erdiremez.⁷⁵ Yürütme organının göreve gelişi ve görevi sürdürmesi yasama organından tamamen bağımsız olan başkanlık sisteminde, halk tarafından seçilen devlet başkanının sorumluluğu sadece halka karşı olup, yasama organına karşı siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple Başkanlık sisteminde yasama organının güvensizlik oyu vererek Başkanı görevden alması söz konusu değildir.⁷⁶

2017 yılında kabul edilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde yürütme yetkisi tümüyle halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanına verilmiş, dolayısıyla Cumhurbaşkanı yürütme alanında tek başına yetkili olmuştur. Bu sebeple Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Başkanlık sisteminin mantığı gereği yürütme alanında tek başına yetki verdiği Cumhurbaşkanının TBMM karşısında kural olarak siyasi yönden sorumsuz olduğunu kabul etmiştir.⁷⁷ Dolayısıyla yeni hükümet sisteminde 5 yıllığına halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının, gerek TBMM gerek başkaca bir erk tarafından görevden alınması söz konusu değildir.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde kural, Cumhurbaşkanının

⁷⁵Zafer Gören, Erkler Ayrılığı İlkesi, s. 479, Abbas Kılıç, “Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (8), 2017, s. 280.

⁷⁶Bununla birlikte Başkanlık sisteminde yasama organının başkana karşı kullanabildiği en önemli denetim aracı olan ve kelime anlamı suçlama olan *impeachment* sayesinde anayasaya aykırı hareket eden Başkan anayasanın öngördüğü usul çerçevesinde görevinden alınabilmektedir. Ancak *impeachment* yolu bir suçlama olduğundan bu denetim aracı parlamenter sistemdeki Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu kapsamındaki vatana ihanet/anayasayı ihlal suçları ile sorumlu olmasına veya Bakanlar Kurulu üyelerinin Yüce Divana sevki uygulamalarına benzemekte, bu sebeple bu denetim aracının siyasal denetim mekanizması olmadığı genel kabul görmektedir. Bkz. Hasan Tunç/ Bülent Yavuz, “Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (81), 2009, s. 13.

⁷⁷ Zafer Gören, Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 437, Özbudun, s. 308.

siyasi yönden TBMM’ye karşı sorumsuz olduğu ise de, yeni sistemde Cumhurbaşkanının siyasi yönden sorumluluğu ile ilişkilendirilen bazı düzenlemelere rastlamak mümkündür Şöyle ki; Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Başkanlık sisteminde rastlanmayacak şekilde, hem yasama ve yürütme organının aynı gün yapılacak seçimle göreve geleceğini kabul etmiş, hem de her iki organa da karşılıklı olarak birbirlerinin görevlerini sona erdirmeye yetkisi tanımıştır. Anayasanın bu doğrultudaki 116. maddesi TBMM’nin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimleri yenileme yetkisinin bulunduğunu, bu durumda milletvekili seçimleriyle Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yenileceğini, aynı şekilde Cumhurbaşkanının da her zaman için TBMM seçimlerini yenileme yetkisinin olduğunu, Cumhurbaşkanının bu şekilde seçimleri yenileme kararı aldığı durumlarda Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin de yenileceğini düzenlemiştir. Böylelikle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde TBMM, anayasanın 116. maddesinden aldığı yetkiye dayanarak henüz 5 yıllık görev süresini doldurmayan Cumhurbaşkanının görevini sona erdirmeye olanağı elde etmiştir. Bu sebeple de bu hüküm Cumhurbaşkanının TBMM’ye karşı siyasi yönden sorumlu olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.⁷⁸

Belirtelim ki bu hüküm doktrinde, TBMM’nin seçimleri yenileme kararı alabilmesi için öngörülen beşte üç çoğunluğun elde edilmesi zor bir çoğunluk olduğu, Ayrıca Cumhurbaşkanına istediği her zaman seçimleri yenileme kararı alma yetkisi verilirken TBMM’ye yüksek çoğunlukta bir oran sağlaması gerektiğinin öngörülmüş olmasının, denetleme ve dengeleme mekanizmasında yürütme organı lehine bir eşitsizlik yarattığı şeklinde eleştirilmektedir.⁷⁹ Kaldı ki TBMM tarafından kullanılacak seçimleri yenileme yetkisi her ne kadar Cumhurbaşkanının görevine son vermesi bakımından teknik anlamda bir siyasal denetim olsa da, bu denetim gensoru gibi sadece yürütme organı üzerinde sonuç doğurmamakta, aynı zamanda TBMM’nin de görevini sona erdirmektedir Bu sebeple yeni sistemde TBMM tarafından gerçekleştirilecek siyasal denetim mahiyetindeki seçimleri yenileme yetkisi, yasamanın kendi görevinin sona ermesi pahasına kullandığı, karar çoğunluğu itibariyle de zorlaştırılmış bir denetleme olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Anayasada Cumhurbaşkanının siyasal yönden sorumluluğu ile

⁷⁸Doğan, Doğan, s. 472, Abdullah Yıldız, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu Meselesi”, *Kırkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 9(1), 2019, s. 6-7.

⁷⁹ Özbudun, s. 309, Ali Ersoy Kontacı / Levent Gönenç, “2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama Yürütme İlişkileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (145), 2019, s. 68.

ilişkilendirilen bir diğer konu ise, yeni hükümet sisteminde TBMM'nin Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar hakkında kullanacağı bilgi edinme ve denetim araçlarının Cumhurbaşkanının siyasetine yönelik denetimi kapsayıp kapsamadığıdır. Hemen belirtmek gerekir ki Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde sadece Cumhurbaşkanın değil, Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanların da TBMM'ye karşı siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple yeni sistemde meclisin güvensizlik oyu vererek bu makamları da görevden alması mümkün değildir. Zira yeni sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar sadece Cumhurbaşkanına karşı sorumlu tutulmuştur. Cumhurbaşkanına karşı olan bu sorumluluk siyasi bir sorumluluk olup, Cumhurbaşkanı hiçbir gerekçe göstermeden kendi atadığı bir Bakanı veyahut Cumhurbaşkanı Yardımcısını yine kendi kararıyla görevden alabilmektedir. Her ne kadar yeni sistem Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanların sadece Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğunu düzenlemiş ise de TBMM'ye de bu organlar üzerinde işletebilecek bazı denetim ve bilgi edinme yetkisi vermiştir. Bu doğrultuda, anayasanın 98. maddesinde TBMM'nin Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanlar hakkında meclis araştırması, genel görüşme, meclis soruşturması ve yazılı soru araçlarını işletebileceği düzenlenmiştir.

Doktrinde, Cumhurbaşkanı Yardımcılarının ve Bakanların anayasanın 106/5. maddesi uyarınca cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduğunun düzenlendiği, bu sebeple Cumhurbaşkanının iradesi çerçevesinde faaliyet yürüttükleri gerekçesine dayanılarak, bu makamlar hakkındaki denetim ve bilgi edinme araçlarının, yürütme organınca yürütülen bir siyasi faaliyetin yasama organının gündemine getirilerek mecliste ve dolayısıyla kamuoyunda tartışılması olanağı verdiği, bu sebeple bir anlamda Cumhurbaşkanının siyasetine yönelik bir denetimi kapsadığı öne sürülmektedir⁸⁰ Ancak bu görüşe karşılık ikinci görüş ise ,yeni sistemde TBMM'nin bilgi edinme ve denetim araçlarının yeterli etkinliğe sahip olmadığı, bu sebeple bu araçlarla Cumhurbaşkanının siyasal açıdan denetlenmesinin söz konusu olmadığı yönündedir.⁸¹ Ayrıca ikinci görüşü destekler mahiyette, yeni sistemde sözlü sorunun kaldırılarak sadece yazılı sorunun kalmış olması, öte yandan soru bilgi edinme aracının eski sistemde “Bakanlar Kurulu adına (...) cevaplanmak üzere Başbakan veya bakanlardan...” bilgi istenmesi şeklinde düzenlenmiş iken Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde yazılı sorunun yalnızca “... Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlara...” yöneltilebiliyor oluşunun, kamu

hukukunda yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesine açıkça aykırı bir durum teşkil ettiği de belirtilmektedir. Nitekim yeni hükümet sisteminde yürütmeye ilişkin tüm yetkiler tek başına Cumhurbaşkanına ait olup Cumhurbaşkanı yürütme yetkisini tek başına kullanmaktadır. Yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanların ise siyasi karar alma yetkisi bulunmadığı gibi, görev ve faaliyetleri Cumhurbaşkanının siyasi kararlarının uygulanmasıyla sınırlıdır.⁸² Bu sebeplerle, Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlara yöneltilen bir denetim veya bilgi edinme aracı vasıtasıyla Cumhurbaşkanının siyasetinin denetleneceğini iddia etmek, mevcut sistemin işleyiş mantığına uygun bir sonuç değildir. Kaldı ki TBMM'nin denetim ve bilgi edinme araçlarının etkinliğinin yeni sistemde azaltılmış diğer ifadeyle kullanımının zorlaştırılmış olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar üzerinde dahi etkin bir denetim sağlayamayan bu araçlar vesilesiyle Cumhurbaşkanınca yürütülen siyasetin denetim konusunu yapıldığını iddia etmek, gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır.

B. Milli Güvenliği Sağlama Sorumluluğu

Anayasanın 117. maddesinde yer alan milli güvenliğin sağlama sorumluluğunun yürütme organının siyasi sorumluluğu kapsamında ele alınması gerektiği yukarıda belirtilmişti. Bu doğrultuda, anayasanın 117. maddesinin ilk halinde milli güvenliğin sağlanmasından TBMM'ye karşı Bakanlar Kurulunun sorumlu olduğu düzenlenmişti. Nitekim parlamenter sistemin geçerli olduğu 2017 yılı öncesi bu dönemde hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden anayasanın 112. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu sorumlu tutulmuştu. Genel siyaset, ülkenin yüksek yönetimi biçiminde de ifade edilmekte olup, en genel manada devletin iç ve dış siyasetinin tayin ve tespiti olarak açıklanmaktadır.⁸³ Hükümetin genel siyasetinden Bakanlar Kurulunun sorumlu tutulmuş olması parlamenter sistemin de bir gereği idi. Nitekim parlamenter sistemde yürütme yetkilerini fiilen kullanan, ülkeyi yöneten, devlet faaliyetlerine belli bir yön vererek bunu gerçekleştiren Bakanlar Kuruludur. Öte yandan 1982 Anayasanın mülga 112. maddesi hükmü gereği genel siyasetin yürütülmesinden Bakanlar Kurulu *kolektif*, her bir bakan da *bireysel* olarak sorumluydu. Parlamenter sistemde Bakanlar Kurulunun siyasi yönden TBMM'ye karşı sorumlu tutulmuş olması sebebiyle

⁸²Mehmet Uçum, 16 Nisan, 15-16 Temmuzdan Cumhurbaşkanlığı Sistemine, 1. Baskı, Alfa Yayınları, 2018, s. 116.

⁸³ Faruk Bilir, “1982 Anayasası'nda Bakanlar Kurulu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1-2), 1999, s. 244.

⁸⁰ Yıldız, s. 6, aynı doğrultuda Ünal Açıkgöz, s. 195.

⁸¹ Konaç / Gönenç, s. 69-70.

de 1982 Anayasası 2017 yılı öncesi dönemde milli güvenliğin sağlanması sorumluluğunu Cumhurbaşkanına değil, yürütmenin yetkili ve sorumlu kanadı olan Bakanlar Kuruluna vermişti. Kaldı ki yine parlamenter sistemin geçerli olduğu 1961 Anayasası da 110. maddesindeki hükümle milli güvenliğin sağlanmasından Bakanlar Kurulunun sorumlu olduğunu düzenlemiş, üstelik her iki anayasa da bu sorumluluğun TBMM'ye karşı olduğunu belirtmişti. Bu çerçevede, 2017 yılı öncesi dönemde milli güvenliğin sağlanmasından sorumlu tutulan Bakanlar Kuruluna karşı TBMM, siyasal denetim mekanizmalarını işletebilmekte bu doğrultuda milli güvenlik politikalarını beğenmediği ya da bu politikalar sebebiyle artık güven duymadığı Bakanlar Kuruluna hesap sorarak gerektiğinde onu görevden alabilmekte diğer yandan yine Bakanlar Kuruluna karşı yönelttiği bilgi edinme araçlarıyla milli güvenlik politikaları hakkında bilgi edinebilmesi hukuki imkan dahilindeydi.⁸⁴

2017 yılında ise anayasanın 117. maddesinde değişiklik yapılarak milli güvenliğin sağlanmasından TBMM'ye karşı Cumhurbaşkanının sorumlu olduğu düzenlenmiştir. 2017 anayasa değişikliği teklifinin 19. maddesinde, aralarında 117. maddenin de bulunduğu anayasanın muhtelif maddelerinde Bakanlar Kurulu olarak geçen ibarenin Cumhurbaşkanı olarak değiştirildiği belirtilmiş, değişiklik teklifinin gerekçesinde ise bu husus, yeni hükümet sistemine uyum sağlamak amacıyla anayasanın bazı maddelerine yer alan ibarelerin değiştirildiği şeklinde ifade edilmiştir.⁸⁵ Anayasa değişikliği teklifinin bu gerekçesinden anlaşılan, 117. maddedeki değişikliğin kurucu iktidar tarafından şekli bir değişiklik olarak ele alındığı, bu sebeple de 117. maddenin önceki halinde Bakanlar Kurulu olarak geçen ibare Cumhurbaşkanı olarak değiştirildiğinde maddenin yeni hükümet sistemiyle uyumlaştırılmış olduğunun kabul edildiğidir. Ancak yeni hükümet sisteminin temel kuralları ve işleyiş esasları birlikte ele alındığında 117. maddede yapılan bu değişikliğin yeni hükümet sisteminin Cumhurbaşkanının sorumluluğu ile ilgili genel kuralları ile uyumlu olmadığı değerlendirilmektedir.

⁸⁴ Akgüner, s. 128.

⁸⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 447, "Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı İzmir Milletvekili Binali Yıldırım ve Grup Başkanvekilleri Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, Amasya Milletvekili Mehmet Naci Bostancı, Aksaray Milletvekili İknur İnceöz, Çanakkale Milletvekili Bülent Turan ve İstanbul Milletvekili Mehmet Muş ile 310 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu", <<http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifi.pdf>> Erişim Tarihi 28 Eylül 2022.

Daha önce de belirtildiği üzere Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, Başkanlık sisteminin mantığı gereği yürütme alanında tek başına yetki verdiği Cumhurbaşkanının TBMM karşısında kural olarak siyasi yönden sorumsuz olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla yeni hükümet sisteminde 5 yıllığına halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının, gerek TBMM gerek başkaca bir erk tarafından görevden alınması söz konusu değildir. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği üzere yeni sistemde anayasanın 116. maddesiyle TBMM'ye Cumhurbaşkanı seçimlerini yenileme yetkisinin verilmiş olması, yeni sistemde Cumhurbaşkanını TBMM'ye karşı fiili olarak siyasi sorumlu hale getirdiği şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Bu çerçevede, yeni hükümet sisteminde anayasanın 117. maddesindeki sorumluluk hükmünün anayasal anlamda uygulanabilirliğinin tek yolu, anayasanın 116. maddesi uyarınca TBMM'nin seçimleri yenileme kararı almasıdır. 116. madde dışında Cumhurbaşkanının milli güvenliği sağlama sorumluluğunu yerine getirip getirmediğini denetleyecek anayasal bir mekanizma bulunmamaktadır. Bu sebeple kanımızca 117. maddedeki sorumluluk hükmünün yeni anayasal sistemde fonksiyonel bir anlamı da kalmamıştır. Zira bir an için 117. maddedeki sorumluluk hükmünün anayasadan kaldırılmış olduğu düşünülse dahi TBMM'nin Cumhurbaşkanı yürütülen milli güvenlik politikasını gerekçe göstererek seçimleri yenileme kararı alması her zaman için imkan dahilindedir. Kaldı ki 116. maddedeki seçimleri yenileme yetkisinin kullanımı için TBMM'nin herhangi bir gerekçeye ya da sebebe ihtiyacı da bulunmayıp bu yetkinin kullanımı TBMM için sadece gereken çoğunluğun sağlanmış olması şartına bağlıdır. Ancak yine de 116. madde uyarınca TBMM'nin seçimleri yenileme kararı almasının akabinde Cumhurbaşkanının milli güvenliği sağlama sorumluluğunu seçmenler yönünden siyasi bir anlam taşıyacağı da bir gerçektir. Kaldı ki 116. maddenin sadece TBMM'ye değil Cumhurbaşkanına da seçimleri yenileme yetkisi verdiği, üstelik Cumhurbaşkanına verilen bu yetkinin herhangi bir şarta ve sebebe bağlı tutulmadığı da göz önünde tutulduğunda, Cumhurbaşkanının TBMM ile yaşayacağı herhangi bir uyumsuzlukta 116. maddedeki seçimleri yenileme yetkisini TBMM'ye karşı kullanması olasılığı da her zaman için mevcuttur.

Öte yandan, yeni hükümet sisteminde TBMM'nin Cumhurbaşkanı yardımcısı ve Bakanlara karşı yönelttiği bilgi edinme ve denetim araçlarıyla Cumhurbaşkanının milli güvenliği sağlama sorumluluğu kapsamında yürüttüğü iş ve işlemlerini denetleme ve bunlar hakkında bilgi edinmesi de kanımızca pek olanaklı değildir. Nitekim yeni hükümet sistemi milli güvenliğin sağlanması sorumluluğunu Cumhurbaşkanı Yardımcısı veya Bakanlara değil

doğrudan ve sadece Cumhurbaşkanına vermiştir. Yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi gereği olarak da sorumlulukları ve dolayısıyla da yetkileri olmayan milli güvenlik konusunda Cumhurbaşkanı Yardımcısı ve Bakanlara karşı bilgi edinme ve denetim yolunun kullanılmasının hukuk pratiğine uygun olmayacağı değerlendirilmektedir.

Tüm bu anlatılanların ışığında, yeni hükümet sisteminde anayasanın 117. maddesi ile Cumhurbaşkanına verilen milli güvenliği sağlama sorumluluğunun yerine getirilip getirilmediğinin, seçimleri yenileme kararı alınması dışında, TBMM’ce denetlenebilmesi teknik açıdan pek olanaklı görünmemektedir. Bununla birlikte, 117. maddedeki sorumluluk hükmünün anayasanın 104. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanına verilen ülkenin iç ve dış siyaseti hakkında TBMM’ye mesaj verme yetkisinin Cumhurbaşkanınca daha etkin kullanılmasına imkan tanıyacağı değerlendirilmektedir. Nitekim Türk hukuk sistemine ilk kez 2017 değişiklikleri ile girmiş olan yürütme organının meclise mesaj verme yetkisi, Başkanlık sisteminin prototipi olan ABD’de iki yüzyılı aşkın bir süredir etkin bir şekilde kullanılmaktadır.⁸⁶ Çünkü ABD Anayasası Başkana, Kongreyi zaman zaman birliğin (*State of the Union*) durumu hakkında bilgilendirme ve gerekli gördüğü düzenlemeleri Kongreye tavsiye etme yetkisi vermiştir.⁸⁷ Günümüzde ABD Başkanları bu yetki aracılığıyla, Kongreye hem bilgi vermekte hem de yasama faaliyetinde Kongre için yönlendirici olmaktadır. Yürütmenin mesaj verme yetkisi katı kuvvetler ayrılığı ilkesinin geçerli olduğu ABD’de yürütmenin yasama ile etkileşim içinde olduğu konu olup, bu yetki aracılığıyla Başkan çıkmasını arzu ettiği yasalar hakkında Kongreye mesaj gönderebilmekte veya bir kongre üyesine kanun teklifi verdirebilmektedir.⁸⁸ Dolayısıyla Başkanın gönderdiği bazı mesajlar kanun tekliflerine kaynaklık edebilmektedir. Nitekim 11 Eylül saldırıları sonrası ABD Başkanı George W. Bush’un Kongre’ye gönderdiği mesajların büyük çoğunluğu iç ve dış terörizmle mücadeleye dair planların oluşturduğu, ABD Kongresi tarafından çıkarılmış olan yasaların büyük çoğunluğunu da Başkanın mesajlarında belirttiği güvenlik politikalarına uygun düzenlemeler olduğu bilinmektedir.⁸⁹ Yine bu dönemde birçok yasa teklifi de milli güvenliğe zarar vereceği gerekçesiyle Başkanlık Ofisi tarafından yapılan

resmi açıklamalarla eleştirilerek deyim yerindeyse veto ile tehdit edilmiş, Başkanlığın ihtiyaç duyduğu değişiklikler sayılmıştır⁹⁰

Bu itibarla, ülkenin iç ve dış siyaseti ile yakından ilgili bir kavram olan milli güvenliğin sağlanması, her ne kadar yürütme alanına ait bir faaliyet ise de, bu sorumluluk bazen yasama organının katılımını gerektiren kararların alınması ya da bu konuda bazı yasal düzenlemelerin çıkarılmasını gerektirebilir. Örneğin Cumhurbaşkanı anayasanın 104. maddesinin 13. fıkrası uyarınca milli güvenlik politikalarını belirleme ve gerekli tedbirleri alma yetkisini kullanırken, temel hak ve özgürlükler veya siyasi hak ve ödevlere yönelik bazı düzenlemeler yapma ihtiyacı duyabilir. Hatta bu yönde hiçbir gereklilik oluşmasa bile Cumhurbaşkanı milli güvenliğin sağlanması amacıyla alacağı kararlarda yasama organı üzerinden vereceği mesajlarla halkın desteğini almaya ihtiyaç duyabilir. İşte bu gibi durumlarda Cumhurbaşkanı anayasanın 117. maddesi uyarınca kendisine milli güvenliğin sağlanması konusunda sorumluluk verildiğini gerekçe göstererek, yasama organını milli güvenliği sağlama sorumluluğu kapsamında alacağı karar ve yürüteceği politikalar doğrultusunda yönlendirmek amacıyla mesaj verme yetkisini kullanmasında anayasal anlamda herhangi bir engel bulunmamaktadır.

SONUÇ

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçişle birlikte anayasanın pek çok maddesi yeni hükümet sistemine uyum çerçevesinde değişmiş, öte yandan anayasanın çeşitli maddelerine de bazı yeni hükümler getirilmiştir. Bu kapsamda 2017 yılında milli güvenlikle ilgili anayasada iki önemli değişiklik gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliklerden ilki daha önce anayasada mevcut olmayan Cumhurbaşkanına milli güvenlik politikalarını belirleme ve gerekli tedbirleri alma konusunda yetki veren 104. maddenin 13. fıkrasındaki hükümdür. Bu hükümle milli güvenlik kamu politikası konusu haline gelerek 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile temel esasları belirlenen kamu politikası oluşturma sürecine dahil bir konu olmuştur. Ancak 104. maddede yer alan bu yetki kuralının kapsamını belirleyici mevzuatta herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Nitekim 104. maddede milli güvenlik politikası kavramının 118. maddedeki milli güvenlik siyaseti kavramı ile aynı anlamda kullanılıp kullanılmadığı konusunda da bir açıklık yoktur. Bu durum, milli güvenlik

⁸⁶ Şule Boyunsuz Özsoy, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, 1. Baskı, İmge Kitabevi, 2017, s.136.

⁸⁷ Bahadır Yeşilirmak, “Cumhurbaşkanının TBMM’ye Mesaj Verme Yetkisi”, *Yasama Dergisi*, (41), 2020, s.16-17.

⁸⁸ Yeşilirmak, s.18-19.

⁸⁹ Yeşilirmak, s.19.

⁹⁰ Konur Alp Koçak, “ABD Başkanlık Sistemi: “Ayrı” Ama “Birlikte” Çalışan Organlar”, Semra Gökçimen (Ed.), *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Başkanlık Sistemi ABD, Arjantin, Azerbaycan, Brezilya ve Nijerya Örnekleri*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, 2017, s. 67.

politikası belirleme sürecine MGK'nin dahil edilip edilmediği konusunda bir belirsizlik yaratmıştır. Mevcut durum milli güvenlik politikası kavramının milli güvenlik siyaseti kavramından farklı ve ondan çok daha geniş kapsamlı bir kavram olduğu sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte özel uzmanlığın yanı sıra kapsamlı bir tecrübe gerektiren milli güvenlikle ilgili politikaların MGK gibi konusunda uzman ve özel ihtisas sahibi kuruluşların rehberlik ve desteğinden de faydalanılarak belirlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Yeni hükümet sistemi yürütme alanındaki tüm yetkileri Devletin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanına vermiş, Bakanlıklar dahil devletin stratejik alanlarında görevli tüm kurum ve kuruluşlar doğrudan Cumhurbaşkanına bağlanmıştır. Bu sebeple anayasal bir kuruluş olan ve yeni sistemde Cumhurbaşkanının üzerindeki etkinliği artırılmış olan MGK'nin istişari bir kuruluş olarak milli güvenlik politikalarının hazırlanması aşamasında Cumhurbaşkanı'nın ihtiyaç duyduğu her durumlarda görüş ve önerilerde bulunmasına da hukuki bir engel bulunmamaktadır. Diğer yandan Cumhurbaşkanına verilen milli güvenlik politikalarının gerektirdiği tedbirleri belirleme yetkisinin de Cumhurbaşkanının düzenleme yetkisi çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda milli güvenlikle ilgili tedbirleri belirlemek üzere Cumhurbaşkanınca tesis edilecek işlemlerin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisi alınan tedbirin anayasaya uygunluğunu belirleyecektir.

Milli güvenlikle ilgili diğer değişiklik ise, 117. maddenin ikinci fıkrasındaki hükümdür. Bu hüküm milli güvenliğin sağlanmasından TBMM'ye karşı Cumhurbaşkanının sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Ancak 2017 anayasa değişikliğini gerektiren kurucu iktidar 117. maddedeki sorumluluk hükmünün mevcut sistemde ne şekilde uygulanacağına yönelik herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Nitekim Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Cumhurbaşkanının TBMM'ye karşı siyasi sorumsuzluğunu kabul etmiştir. Bu doğrultuda anayasada doğrudan Cumhurbaşkanına karşı işletilecek herhangi bir siyasi denetim aracı ya da bilgi edinme mekanizmasının bulunmaması 117. maddedeki sorumluluk hükmünün işleyişi ile ilgili soruları gündeme getirmektedir. Her ne kadar 116. maddedeki hüküm TBMM'ye yürütme organı üzerinde siyasi denetim imkanını verdiği şeklinde yorumlanmakta ise de, bunun etkin bir siyasal denetim sağlayamayacağı da bir gerçektir.

Sonuç olarak, parlamenter sistemde yasamanın denetiminden geçmek durumunda olan ve uygulanması güvenoyu mekanizmasına bağlanan milli güvenlik siyaseti, yeni sistemde Cumhurbaşkanının tek başına yetkili olduğu, yasamanın denetimine tabi olmayan bir kamu politikası haline gelmiştir.

Öte yandan yeni hükümet sisteminde milli güvenliğin sağlanması sadece bir sorumluluk olmaktan çıkmış, aynı zamanda Cumhurbaşkanına anayasa ile verilmiş bir yetki haline gelmiştir. Ayrıca yeni hükümet sisteminde Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yönetmelik ve Cumhurbaşkanı Kararı şeklinde kullanabileceği düzenleme araçlarına da sahip olduğu düşünöldüğünde yeni hükümet sisteminin milli güvenliğin sağlanması ve gerekli tedbirlerin alınması konusunda yürütme organına parlamenter sisteme göre daha geniş yetkiler verdiği açıktır.

KAYNAKÇA

- Acaray D, “Anayasal Bir Kuruluş Olarak MGK- Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde MGK’nın Yeri ve Alternatif Yeni Bir Kurum: Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(3), 2020, s. 1293-1326.
- Açıkgöz M Ü, *2017 Anayasa Değişikliği Bağlamında Yürütmenin Denetlenmesi*, 1.Bası, Adalet Yayınevi, 2021.
- Akgüner T, *1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Mili Güvenlik Kurulu*, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınevi, Yayın No:12, 1983.
- Akıncı B, “Türkiye’de Kamu Politikası Oluşturma Sürecinde Yeni Aktör: Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları”, *OPUS Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, 9(16), 2018, s. 2128-2146.
- Akman Ç/ Akçay E Y, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları: ABD ile Karşılaştırılması”, *Yasama Dergisi*, (40), 2019, s. 33-59.
- Akman Ç, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Politika Kurulları: Sosyal Politikalar Kurulu Üzerinden Bir Değerlendirme”, *Route Educational and Social Science Journal*, 37(2), 2017, s.659-676.
- Akman E, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Kamu Politikası Aktörleri”, *Paradoks Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi*, 15(1), 2019, s. 35-54.
- Aköz S, “Politika Kavramının Siyaset Kavramı Yerine Kullanılması ve Bilimsellik Tartışmaları Bağlamında Devlet Olgusuyla İlişkisi”, *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 3(5), 2018, s. 160-180.
- Ardıçoğlu M A, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 75(3), 2017, s.19-51.
- Atar Y, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36(1), 2019, s. 241-259.
- Barın T, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Uygulaması Ve Hükümet Sisteminin Tahlili”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih UŞAN’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı* (2), 2022, s. 289-314.

- Bilir F, “1982 Anayasası’nda Bakanlar Kurulu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1-2), 199, s. 243-260.
- Boyunsuz Özsoy Ş, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, 1. Bası, İmge Kitabevi, 2017.
- Doğan B/Doğan İ, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(2), 2020, s. 468-483.
- Erol Ö F, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(1), 2020, s. 107-130.
- Giritli İ, *Türkiye’de ve Yabancı Memleketlerde Hükümet Tasarrufları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.770, 1958.
- Gören Z, “Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi”, *İzmir Barosu Dergisi*, 84(3), 2017, s. 469 - 490.
- Gören Z, *Anayasa Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Göztepe E, “Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği”, *Güncel Hukuk Dergisi*, (159), 2017, s. 46-51.
- Güzel O, “Danıştay Kararları Işığında Türk Hukukunda Hükümet Tasarrufları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 2017, s. 217-247.
- Hoxie R G, “The National Security Council”, *Presidential Studies Quarterly*, 12(1), 1982, s. 108-113.
- İba Ş/ Söyler Y, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, *Anayasa Yargısı*, 36(1), 2019, s. 195-223.
- Kağıtçıoğlu M, “Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Kararları”, <https://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Mutlu_Katyolu.pdf>, Erişim Tarihi 15 Ekim 2022.
- Kapani M, *Politika Bilimine Giriş*, 60. Baskı, Serbest Akademi, 2019.
- Kaya C, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/Egemenlik Hakkı Teorisine”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (7), 2016, s. 637-663.
- Keskinsoy Ö/ Kaya S B, “2017 Anayasa Değişikliğinin Demokratik Nitelik

- Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 34(155), 2021, s. 51-78.
- Kılıç A, “Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (8), 2017, s. 269-299.
- Koçak K A, “ABD Başkanlık Sistemi Ayrı Ama Birlikte Çalışan Organlar”, Semra Gökçimen (Ed.), *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Başkanlık Sistemi ABD, Arjantin, Azerbaycan, Brezilya ve Nijerya Örnekleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları*, 2017, s. 21-77.
- Kontacı A E/ Gönenç L, “2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (145), 2019, s. 53-79.
- Kontacı A E, “Parlamenter Sistemden Kopuş ve Sonrası: Karşılaştırmalı Gözlemler ve Bazı Değerlendirmeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 33(133), 2017, s. 11-60.
- Mızrak D/ Temiz Ö, “Hukuk ve Politika - Türkiye’de Yaşanan Olağanüstü Dönemlerin Edebiyat Eserleri Işığında İncelenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 67(2), 2009, s. 77-97.
- Nacak O, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Milli Güvenlik Kurulu Üzerindeki Etkileri”, *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 29(2), 2022, s. 365-388.
- National Security Act Of 1947, <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-1493/pdf/COMPS-1493.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ekim 2022
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2018.
- Özdemir Y, “Cumhurbaşkanı Kararlarının Yargısal Denetimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(4), 2021, s. 3211-3256.
- Sarıca R, “Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre Hükümet Tasarrufları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 8(3-4), 1942, s. 452-472. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97305>> Erişim Tarihi 25 Eylül 2022.,
- Sağlam F, “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6319/fazil_saglam.pdf> Erişim Tarihi 15 Eylül 2022, s. 261-276.
- Şen E/ Serdar C, “MGK Kararlarının Hukuki Niteliği”, Ersan Şen, *Yorumluyorum* 25, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 77-90.
- Tan T, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2018.
- Taş M I, *Cumhurbaşkanlığı Politika Kurullarının Hukuki Niteliği Ve İdari Örgütlenmedeki Yeri*, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021.
- The White House, “The Council on Environmental Quality”, <<https://www.whitehouse.gov/ceq/>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2022.
- The White House, “National Security Council”, <<https://www.whitehouse.gov/nsc/>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2022.
- The White House, “Executive Office of the President”, <<https://www.whitehouse.gov/administration/executive-office-of-the-president/>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2022.
- Tunç H, “Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Açısından Yasama Ve Yürütme Organlarının Oluşumu Ve Yetkileri Kapsamında Başkanlık Sistemi Ve Türkiye”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(2), 2019, s.555-602.
- Tunç H/ Yavuz B, “Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 22(81), 2009, s.27-64.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, “Politika”, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 15 Eylül 2022.
- Türk Dil Kurumu Sözlükleri, Güncel Türkçe Sözlük, “Tedbir” ve “Tedbir Almak”, <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 1 Ekim 2022
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2021 <https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, “Genel Bilgi”, <<https://www.mgk.gov.tr/index.php/milli-guvenlik-kurulu/genel-bilgi>> Erişim Tarihi 30 Eylül 2022.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, “Diğer Ülkelerdeki Benzer Kuruluşlar”, <<https://www.>>

mgk.gov.tr/index.php/kurumsal/diger-ulkelerdeki-benzer-kuruluslar>
Erişim Tarihi 1 Ekim 2022.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı 447, “Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı İzmir Milletvekili Binali Yıldırım ve Grup Başkanvekilleri Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, Amasya Milletvekili Mehmet Naci Bostancı, Aksaray Milletvekili İlknur İnceöz, Çanakkale Milletvekili Bülent Turan ve İstanbul Milletvekili Mehmet Muş ile 310 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu”, <<http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/pdf/anayasadegisikligikanunteklifipdf>> Erişim Tarihi 28 Eylül 2022.

Uçum M, *15-16 Temmuzdan Cumhurbaşkanlığı Sistemine*, 1. Bası, Alfa Yayınları, 2018.

Yeşilırmak B, “Cumhurbaşkanının TBMM’ye Mesaj Verme Yetkisi”, *Yasama Dergisi*, (41), 2020, s.11-38.

Yıldız A, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu Meselesi”, *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 9(1), 2019, s. 1-20.

Yokuş S, “Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 6(12), 2018, s. 665-683.