

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



Erzincan Law Review

CİLT/VOL: 27

SAYI/NO: 1

HAZİRAN/JUNE 2023

KAMU HUKUKU ♦GİTMEZ, Devletlerin Kripto Varlıklara İlişkin Hukuki Düzenlemeleri Üzerinden Bir Değerlendirme ♦ÖZKUL, 1921 Anayasası'nın Türk Anayasacılığındaki Yeri ve Uygulandığı Dönemdeki Hükümet Sistemine İlişkin Bazı Tespitler.

ÖZEL HUKUK ♦NAR, Yapı Denetim Kuruluşlarının Depremde Meydana Gelen Zararlardan Dolayı Yapı Sahibine Karşı Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ♦SEYİS, TTK M. 370/2'de Öngörülen "En Az Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Temsil Yetkisini Haiz Olması Şartı" Üzerine Bir Değerlendirme ♦DÜNDAR, Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'in "Minimax" Kararında (C-40/01) Verdiği Görüşünün Bir Çevirisi.

ERZİNCAN – 2023

ERZİNCAN BİNALI YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



Erzincan Law Review

CİLT/VOL: 27

SAYI/NO: 1

HAZİRAN/JUNE 2023

KAMU HUKUKU ♦GİTMEZ, Devletlerin Kripto Varlıklara İlişkin Hukuki Düzenlemeleri Üzerinden Bir Değerlendirme ♦ÖZKUL, 1921 Anayasası'nın Türk Anayasacılığındaki Yeri ve Uygulandığı Dönemdeki Hükümet Sistemine İlişkin Bazı Tespitler.

ÖZEL HUKUK ♦NAR, Yapı Denetim Kuruluşlarının Depremde Meydana Gelen Zararlardan Dolayı Yapı Sahibine Karşı Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ♦SEYİS, TTK M. 370/2'de Öngörülen "En Az Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Temsil Yetkisini Haiz Olması Şartı" Üzerine Bir Değerlendirme ♦DÜNDAR, Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'in "Minimax" Kararında (C-40/01) Verdiği Görüşünün Bir Çevirisi.

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD)
Erzincan Law Review (ErLR)

Sahibi / Owner

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Yılmaz ÖZKER

Dizgi ve Mizanpaj / Typesetting and Layout

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR
Arş. Gör. Ogün USTA
Arş. Gör. Maide POLAT

İletişim Bilgileri / Contact Information

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Mimar Sinan Mah.
24070 - Merkez / Erzincan
Telefon / Phone: +90 (446) 225 17 41-42-43
Faks / Fax: +90 (446) 225 17 45
E-mail: dergihukuk@erzincan.edu.tr
<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/> - <https://dergipark.org.tr/pub/ebyuhfd>

Baskı / Printed by

Doğu Ciltevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mah. 14. Sokak No: 8, 24180 - Merkez /
Erzincan

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

Tüm hakları saklıdır. EBYÜ-HFD, Haziran ve Aralık aylarında, yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir. Yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca'dır. Dergide ileri sürülen görüşlerin hukuki sorumluluğu yazarlara aittir.

All rights reserved. ErLR is a scholarly, national, peer-reviewed and open-access journal published twice a year, in June and December. The publication languages of the journal are Turkish, English, German and French. The legal responsibility for the opinions expressed in the articles belongs to the authors.

Derginin eski ismi "Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi"dir.
Former name of the journal is "Erzincan University Law Review".

Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "EBYÜ-HFD" kısaltmasının kullanılması önerilir. For citations please use the abbreviation: "ErLR"

Baş Editör* / Editor-in-Chief**

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Editörler* / Editors****Özel Hukuk Alan Editörü / Private Law Editor**

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR (*anar@erzincan.edu.tr*)

Kamu Hukuku Alan Editörü / Public Law Editor

Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI (*ikokusari@erzincan.edu.tr*)

Yabancı Dil Editörü / Foreign Language Editor

Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ (*melihsönmez@erzincan.edu.tr*)

Editör Yardımcıları* / Co-Editors**

Doç. Dr. Ercan YAŞAR (*ercan.yasar@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Oğün USTA (*ogun.usta@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT (*ahmet.odluyurt@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR (*elif.ozdemir@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Ensar ERCAN (*ensar.ercan@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Erdoğan KESKİN (*erdogan.keskin@erzincan.edu.tr*)

Arş. Gör. Maide POLAT (*maide.polat@erzincan.edu.tr*)

Yayın Kurulu/ Editorial Board

Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*adoner@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binalı Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. Cem BAYGIN (*cbaygin@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binalı Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*ibrahim.ozbay@gop.edu.tr*)

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Tokat, Türkiye

Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Tokat, Turkey

Prof. Dr. Şafak NARBAY (*safaknarbay@sakarya.edu.tr*)

Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Sakarya, Türkiye

Sakarya University, Faculty of Law, Sakarya, Turkey

Doç. Dr. Zülküf AYRANGÖL (*zayrangol@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binalı Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR (*fatih.aydemir@erzincan.edu.tr*)

Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzincan, Türkiye

Erzincan Binalı Yıldırım University, Faculty of Law, Erzincan, Turkey

Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICA OGLU (*esaricaoglu@trabzon.edu.tr*)

Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Trabzon, Türkiye

Trabzon University, Faculty of Law, Trabzon, Turkey

* Yukarıda adları geçen baş editör, editörler, yabancı dil editörü ve editör yardımcıları halen Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editor-in-chief, editors, foreign language editor and co-editors listed above currently work at Erzincan Binalı Yıldırım University Faculty of Law.

Danışma Kurulu* / Advisory Board**

Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*akendigelen@istanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*acbudak@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ayhan CEYLAN (*aceylan@ticaret.edu.tr*)
İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Commerce University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Fatih UŞAN (*fusan@ybu.edu.tr*)
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*ilhan.uzulmez@hbv.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Melikşah YASİN (*meliksah.yasinistanbul.edu.tr*)
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat DOĞAN (*murat.dogan@erciyes.edu.tr*)
Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye
Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey

Prof. Dr. Nihat BULUT (*nihat.bulut@medipol.edu.tr*)
İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Medipol University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*ramazan.caglayan@hbv.edu.tr*)
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye
Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Ankara, Turkey

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*vahitdogan@aydin.edu.tr*)
İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul Aydın University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

* Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

** The academics in the Advisory Board are listed in alphabetical order.

Yayın İlkeleri

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (EBYÜ-HFD), bilimsel, hakemli ve ulusal bir dergidir.
2. Dergi'nin yayın dili, Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır.
3. Dergi, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi'nin Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 30 Nisan; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 31 Ekim'dir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek çalışmalar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.
4. Dergi'ye gönderilen çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın Dergi'ye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
5. Dergi'de, makale, karar incelemesi, çeviri, yasal kurallar değerlendirmesi ve kitap eleştirisi gibi çalışmalara yer verilir. Bu tür çalışmaların yayımlanıp yayımlanmayacağına, Yayın Kurulu tarafından karar verilir. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
6. Çalışmaların, dergipark üzerinden Microsoft Word yazılımlı formatında (*.doc, *.docx) ve dergi-nin yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış bir şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Gönderilen metin yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, (varsa) akademik unvanını, orcid.org adresinden alacağı araştırmacı kimlik numarasını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
7. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, makalede değil kapak yazısı dosyasında akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü, ORCID kimliği ile yazarın kurumsal e-posta adresine yer verilmelidir.
8. Çalışmaların ilk değerlendirilmesi editör tarafından yapılacak ve daha sonra Yayın Kuruluna sunulacak olup; intihal raporu sonucunun yayın kurulunca belirlenen oranı aşması, olağanın dışında yazım yanlışlarının bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi, çalışmanın Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Gönderilen çalışmaların yayınlanmasında nihai takdir Dergi Yayın Kuruluna aittir.
9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen çalışmalar, “nesnel değerlendirme ilkesi” uyarınca ilgili olduğu alanda, yazara göre daha üst bir akademik unvana sahip en az iki hakemin incelemesine sunulur. Yazarlara çalışmanın hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Dergi'de yayımlanacak çalışmalar, çift kör hakemlik esasına göre hakem incelemesinden geçirilerek hakemlerden gelen rapor doğrultusunda çalışmanın yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakeme gönderilip gönderilmemesi yayın kurulunun takdirindedir. Üçüncü hakem incelemesine gönderilmeyen veya üçüncü hakem raporunun da olumsuz olması durumunda çalışma yayımlanmayacaktır. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda, yazar, hakem tarafından belirtilen düzeltmeler dışında esaslı değişiklikler yapamaz. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra, hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Yayımlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez, yazara sadece durum hakkında bilgi verilir.
11. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça Dergi'nin bir sonraki sayısı için değerlendirilir.
12. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
13. Dergi'de yayımlanan çalışmalardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.

Publication Principles

1. Erzincan Law Review (ErLR) is a scientific, peer-reviewed and national journal.
2. The publication language of the journal is Turkish, English, German and French.
3. The journal is published twice a year, in June and December. The latest deadline for submission of the June issues of the Journal is at 31st of April; and the latest deadline for submission of the December issue is at 31st of October. The studies submitted after these dates will be contained in the publication evaluation list for the next issue.
4. Studies submitted to the Journal should be related to the public law, private law or economy-finance fields and should not been published in any other Journals or sent for the publication. Any works that have been sent to the Journal will be accepted as the commitment of the author on this matter.
5. The Journal contains studies, such as article, case analysis, translation, evaluation of legal rules and book criticism. Whether all these submitted studies will be published or not is decided by the Editorial Board. A copy of the translations in the original language should be sent. In translations, it is also essential to get a writing permission from the rights holders on the original work in accordance with the Intellectual Property Law for the translating authors.
6. The papers should be sent via dergipark as the Microsoft Word format and should be prepared in accordance with the writing rules of the Journal. The submitted paper should not contain any statement that would identify the author. In the e-mail the author should indicate his/her name, academic title (if any), the ORCID number, the institution he/she works for, contact details, telephone number and e-mail address.
7. In the file of cover page only the name of the author, academic title, the university, the faculty, department, ORCID number and the official e-mail address should be indicated respectively.
8. The first examination of the papers will be completed by the Editor and then submitted to the Editorial Board. If the result of the plagiarism report exceeds the rate determined by the Editorial Board; if there are unusual and major spelling and writing mistakes; if the submitted study is non-compliance with the scientific criteria; if it is determined that the work does not match with the publication principles, the submitted study will be rejected by the Editorial Board. The final discretion about the publication of the submitted works belongs to the Editorial Board of the Journal.
9. In accordance with “the objective evaluation principle”, after the initial examination of the submitted works that is completed by the Editor, all of the studies are submitted to the review of at least two referees in the relevant interested areas, who have a higher academic degree than the author. The authors are not informed about the peer-reviewed process. The studies to be published in the journal are subject to the double blind refereeing. According to the referees report, the submitted works can be published or can have minor/major corrections or can be rejected. The authors are informed as soon as possible about the referees report.
10. If one of the reports from the referees is negative and the other is positive, the Editorial Board has a discretion on whether to send it to a third referee or not. The study shall not be published if the third referee report is also negative. In case the referees request corrections in their reports, the author cannot make any substantial changes other than the corrections that are specified by the referees. After these corrections are completed by the author, peer review can be applied again in accordance with the recommendations of the referees. Unpublished works shall not be sent back to the authors.
11. Papers, the peer review process of which are not completed within the time limit, may be published in the next issue of the Journal, unless the work is not withdrawn by the author.
12. If the papers are accepted for the publication, Erzincan Binali Yıldırım University Faculty of Law will have all copyrights on the submitted works including publishing them as full text in any format. It is deemed to be accepted by the authors that no royalties will be paid.
13. Responsibilities for the views and opinions in the published studies of the Journal belong to the author or authors.

Yazım Kuralları / Citation and Writing Rules

1. Gönderilecek çalışmaların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto; dipnotların 10 punto olarak hazırlanması ve 50 sayfayı (bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot metni, iki yana yaslı ve 3 nk aralıkla yazılmalıdır. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The manuscripts to be submitted should be in Times New Roman, 1.5 lines spacing of the main text and 12-type size. Footnotes should be prepared in 10-font size and the papers should not be exceed 50 pages (this number of pages is valid for the specified format, it may increase after the layout). Footnotes should be indicated at the bottom of the page. Footnote text should be justified and written with 3 pt spacing. At the end of the submitted article, there should be a bibliography, where all the sources used in the study are listed according to the surnames of the authors.

2. Dergi'ye gönderilen çalışmalarda, hem Türkçe hem de İngilizce olmak üzere çalışma başlığı (title), en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan öz (abstract) ve en az 5 en fazla 10 sözcük veya sözcük grubundan oluşan anahtar kelimeler (keywords) belirtilmiş olmalıdır.

In the papers submitted to the Journal, both Turkish and English titles, abstracts consisting of at least 100 and maximum 200 words, and key words consisting of at least 5 and maximum 10 words must be indicated.

3. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Çalışmalarda Microsoft Word otomatik başlıklarını kullanılmamalıdır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar, tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Virgül, nokta ve diğer noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.

The text should be written as justified on both sides. Automatic titles of Microsoft Word should not be applied in the studies. Direct or abbreviated quotations should be italics and indicated in quotation marks. One character space should be left after all punctuation marks.

4. Giriş, Sonuç/Değerlendirme ve Kaynakça başlık numarası verilmeksizin bold (kalın) ve tümü büyük harfle yazılır. Metin içerisinde başlıklar bold (kalın) olmak üzere düzenlenmelidir.

The introduction, conclusion and bibliography should be written in bold and with the all capital letters without numbering.

ÖZ

ABSTRACT

GİRİŞ

I. TÜM HARFLER BÜYÜK

A. Sadece İlk Harfler Büyük

1. Sadece İlk Harfler Büyük

a. Sadece İlk Harfler Büyük

1) Sadece İlk Harfler Büyük

a) *İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük*

SONUÇ

KAYNAKÇA

ABSTRACT

ÖZ

INTRODUCTION

I. ALL LETTERS CAPITALIZED

A. First Letters Capitalized

1. First Letters Capitalized

a. First Letters Capitalized

1) First Letters Capitalized

a) *First Letters Capitalized and Italicized.*

CONCLUSION

REFERENCES

VIII

Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda Chicago atıf sistemi takip edilmelidir. Dergi'nin bütünselliği açısından aşağıda gösterilen örneklere uyulmalıdır. Daha fazla örnek için EBYÜ-HFD Yazım Kuralları (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ebyuhfd/writing-rules>)'na bakılabilir.

In cases where there is no rule in the citation method detailed below, the Chicago citation system should be followed. For the integrity of the Journal, the examples shown below should be followed. For more examples, see ErLR Writing Rules (<https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/writing-rules>).

Tek Yazarlı Kitap / Book with a Single Author

1. Dipnotta / In the Footnote

Ad **Soyad**, Eser Adı, Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir yayım yılı, sayfa numarası.

Ayhan **Döner**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

2. Tekrar eden atıflarda / Repetitive citations

Yazarın **Soyadı**, Sayfa Numarası.

Döner, s. 24.

3. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflarda / Cites to different works of the same author

Döner, İnsan Hakları, s. 24.

4. Kaynakçada / In the Bibliography

Soyad, Ad. Eser Adı. Basım/Baskı/Bası sayısı, Yayımlayan kuruluş, Eserin basıldığı yer/şehir ve yayım yılı.

Döner, Ayhan. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 24.

İki Yazarlı Kitap / Book with Two Authors

İbrahim **Özbay**/Taner Emre **Yardımcı**, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 60.

Üç Yazarlı Kitap / Book with Three Authors

Bihlerin **Vural Dinçkol**/Mehmet **Akad**/Nihat **Bulut**, Genel Kamu Hukuku, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 34.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap / Book with More than Three Authors

Cem **Baygın ve diğerleri**, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları – III (Eşya Hukuku), 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 10.

Makale / Article

Dergi adı uzun yazılabileceği gibi, standart ve yaygın bir kısaltma tercih edilebilir.

Sururi **Aktaş**, "Hukuk Kavramının Analizi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, Y. 2018, (227-252), s. 25.

Tez / Thesis

Muhammet Emin **Ruhi**, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 79.

Yargı Kararları / Judicial Decisions

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Esas numarası, Karar numarası, Karar Tarihi, (Kararın Yayın Yeri)

Yarg. 4. HD., E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, (Erişim kaynağı ya da bağlantısı)
AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015, (RG., 19.6.2015, S. 29391).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Emin GİTMEZ

Devletlerin Kripto Varlıklara İlişkin Hukuki Düzenlemeleri Üzerinden Bir Değerlendirme

An Assessment on the Regulations of the States on Crypto Assets 1–26

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Fatih ÖZKUL

1921 Anayasası'nın Türk Anayasacılığındaki Yeri ve Uygulandığı Dönemdeki Hükûmet Sistemine İlişkin Bazı Tespitler

The Place of the 1921 Constitution in Turkish Constitutiona-lism and Some Determinations Regarding the Period in which it was Implemented ...27–74

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR

Yapı Denetim Kuruluşlarının Depremde Meydana Gelen Zararlardan Dolayı Yapı Sahibine Karşı Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu

Contractual Responsibility of Building Inspection Organizations to the Building Owner due to Damages Caused by the Earthquake 77–115

Araştırma Makalesi / Research Article

Arş. Gör. Zehra SEYİS

TTK M. 370/2'de Öngörülen “En Az Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Temsil Yetkisini Haiz Olması Şartı” Üzerine Bir Değerlendirme

An Assessment of “At Least One Board Member Has the Representation Authority” As Provided in Turkish Commercial Code Article 370/2 117–146

Çeviri / Translation

Dr. Öğr. Üyesi Efe DÜNDAR

Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'in “Minimax” Kararında (C-40/01) Verdiği Görüşünün Bir Çevirisi

A Translation of the Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer’s Opinion on the “Minimax” Decision (C-40/01) 147–166

Kamu Hukuku / Public Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 1 Haziran/June 2023

Devletlerin Kripto Varlıklara İlişkin Hukuki Düzenlemeleri Üzerinden Bir Değerlendirme

An Assessment on the Regulations of the States on Crypto Assets

  Dr. Öğr. Üyesi Emin GİTMEZ*

ÖZET

İnternetin kullanılmasıyla yaygınlaşan dijital devrim yaklaşık olarak on yıl önce ortaya çıkan yeni bir teknoloji ile boyut değiştirmiştir. Henüz tanınmaya ve uygulama alanları keşfedilmeye başlanan Blokzincir teknolojisi, finansal işlemler, değer veya varlıklarla ilgili düzenlemeleri de içeren ancak bunlarla sınırlı olmayan herhangi bir veriyi sürekli olarak şifrelenmiş ve geri döndürülemez bir deftere kaydetmenin merkezi olmayan bir yöntemi olarak tanımlanabilir. Blokzincir teknolojisinin ilk kullanımı 2009'da tanıtılan dijital kripto para birimi olan Bitcoin'in yaratılması ile olmuştur. Bitcoinle başlayan bu süreç onbinlerce altcoinin yaratılmasıyla karmaşık bir hal almıştır. Halihazırda finans alanında getirdiği yeniliklerle konuşulan bu teknolojinin yakın bir zamanda eğitim, sağlık, politika,

* İnönü Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 11.03.2023 | **Kabul/Accepted:** 29.05.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Emin Gitmez, “Devletlerin Kripto Varlıklara İlişkin Hukuki Düzenlemeleri Üzerinden Bir Değerlendirme”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 1, Haziran 2023, (1-26).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

gıda ve hukuk gibi hizmetlerin sağlanmasında da yoğun kullanılacağı öngörülmektedir.

Dünya genelinde blokzincir teknolojisinin regülasyonuna yönelik ülke uygulamaları birbirinden farklılık göstermektedir. Geleceğin dünyasını tümünden değiştirecek bu teknolojiye ülke yönetimleri bir yandan temkinli yaklaşmakta bir yandan ise bu teknolojiye geri kalmamak gerektiğine yönelik politikalar ortaya koymaktadır. Şu ana kadar görmezden gelinen bu teknolojiye yönelik müstakil hukuki düzenleme sayısı ülke sayısına oranla düşük düzeydedir. Blokzincir ekosistemi sürekli olarak gelişen Türkiye'nin proaktif hukuk anlayışıyla geleneksel hukuki düzenlemelerin dışında teknolojik yenilikleri destekleyecek nitelikte bağımsız hukuki çalışmalar yapması bu teknolojiye faydalanma konusunda Türkiye'yi avantajlı bir konuma getirecektir.

Anahtar Kelimeler: Kripto Para, Kripto Varlık, Blokzincir, Blokzincir Teknolojisi ve Hukuk, Regülasyon.

ABSTRACT

The digital revolution, which became widespread with the use of the internet, changed its dimension with a new technology that emerged about ten years ago. Blockchain technology, which is just beginning to be recognized and its application areas to be explored, can be defined as a decentralized method of continuously recording any data, including but not limited to financial transactions, regulation of value or assets, in an encrypted and irreversible ledger. The first use of blockchain technology was with the creation of Bitcoin, the digital cryptocurrency introduced in 2009. This process, which started with Bitcoin, has become complicated with the creation of tens of thousands of altcoins. It is predicted that this technology, which is currently being talked about with the innovations it brings in the field of finance, will be used extensively in the provision of services such as education, health, politics, food and law in the near future.

Country practices for the regulation of blockchain technology around the world differ from each other. Country governments are cautiously approaching this technology, which will completely change the world of the future, and on the other hand, they put forward policies that should not fall behind this technology. The number of regulations for this technology, which has been ignored until now, is low compared to the number of countries. With the proactive legal approach of Turkey, whose blockchain ecosystem is constantly developing, independent legal studies that will support technological innovations apart from traditional regulations will bring Turkey to an advantageous position in benefiting from this technology.

Keywords: Cryptocurrency, Crypto Assets, Blockchain, Blockchain Technology and Law, Regulation.

GİRİŞ

İnternetin kullanılmasıyla yaygınlaşan dijital devrim yaklaşık olarak on beş yıl önce ortaya çıkan yeni bir teknoloji ile boyut değiştirmiştir. Bu tarih ilk kripto para¹ Bitcoinin ortaya konulduğu tarihe denk gelmektedir. Blokzincir olarak adlandırılan bu teknoloji henüz tanınmaya ve uygulama alanları keşfedilmeye başlanan ve sürekli olarak değişen bir teknolojidir. Blokzincir teknolojisi, finansal işlemler, değer veya varlıklarla ilgili düzenlemeleri de içeren ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere herhangi bir veriyi sürekli olarak şifrelenmiş ve geri döndürülemez bir deftere kaydetmenin merkezi olmayan bir yöntemi olarak tanımlanabilir². Teknolojinin başlangıçta kullanımı ve adını duyurması her ne kadar kripto varlıklarla mümkün olmuşsa da kuşkusuz bu teknoloji kripto varlıklardan çok daha girift bir pratiğe karşılık gelmektedir.

Blokzincir teknolojisinin uygulama alanları günden güne çeşitlenmektedir. Finans uygulamalarından bankacılığa, eğitim ve sağlık uygulamalarından kişisel verilerin güvenliğine, tedarik zincirinden değerli kağıtların hukukuna kadar her alana sirayet etmektedir. Bu açıdan blokzincir teknolojisinin geleceğin dünyasını yeniden şekillendireceğine olan inanç artmaktadır. Bu teknolojik devrim tüm süreçleri kolaylaştıran avantajlar ortaya koymakla beraber, teknolojinin uygulanma aşamasını düzenleyen regülasyonların olmaması pratikte önemli sorunları da beraberinde getirmektedir. Özellikle, hizmet sağlayıcılar ve kullanıcılar açısından mevcut hukuk düzenindeki hükümlerin bu teknoloji alanında görülen uyumsuzluklara uygulanıp uygulanmayacağı önemli bir problem olarak önümüzde durmaktadır.

Uygulamaya dönük belirsizliklerin varlığı hükümetlerin alana ilişkin hukuki düzenleme yapma gereğini ortaya koymaktadır. Ancak, devletlerin neredeyse tamamı bugüne kadar bu ihtiyacın varlığını görmezden gelmektedir. Bu çalışmada, devletlerin kripto varlık alanına ilişkin yapmış oldukları düzenlemeler ile yürütülmekte olan çalışmalar tespit edilerek genel bir değerlendirme yapılmıştır.

1 Çalışmada kripto para ve kripto varlık ifadeleri aynı anlamda kullanılmıştır. Cümle içinde karşıladığı anlama göre bazı cümlelerde kripto para bazı cümlelerde ise kripto varlık ifadesi kullanılmıştır.

2 William Mougayar, *The Business Blockchain: Promise, Practice, and Application of the Next Internet Technology*, 1 st Edition, Wiley, 2016, s. 4.

I. BLOKZİNCİR

Blok zinciri, kullanıcılar arasında her türlü manuel ve otomatik işlemi kayıt yapabilen açık ve dağıtılmış bir defterdir³. Dağıtılmış olması işlemlerin blokzincir ağına katılan yalnızca bir düğüme değil birden çok düğüme kaydedilmesi anlamına gelir. Düğüm (node) blokzincir ağında işlem yapan ve kayıt tutan her bir cihaza karşılık gelir. Blokzincir teknolojisi ortaya çıkış felsefesine göre merkeziyetsizdir. Bir başka deyişle, işlemler tek bir merkezden yürütülmez ve tutulmaz. Blokzincir ağına katılan herkes yapılan işlemleri görebilir. Blokzincirin merkeziyetsiz oluşu, bir devlet, şirket, birey veya organizasyon gibi merkezi bir unsura ihtiyacı ortadan kaldırarak karar verme ve kontrol mekanizmasının bir ağa dağıtılmasını ifade eder. Oysaki, merkezi sistemlerde tüm işlemler tek bir noktada toplanır ve veriyi erişim sadece bu merkezin eliyle sağlanabilir. Dolayısıyla, blokzincir ağlarında eşler arasında veriye erişim açısından bir demokratik yapı söz konudur. Hiçbir düğüm başka bir düğüme ne yapması gerektiği konusunda talimat veremez. Bu, bir sistemin hem merkeziyetsiz hem de dağıtık olabileceği anlamına gelir. Blokzincir, hesaplama mantığı olarak adlandırılan bir dizi algoritma ve kuralı takip eder. Teoride, her işlemin varlığı tüm kullanıcılar tarafından görülür, ancak işlemler şifrelenmiş olduğundan işlemin "anlamı" veya amacı gizli tutulur. İşlemin her iki tarafındaki kullanıcılar, eşler arası iletimi kullanarak birbirleriyle etkileşime girer. İletişim merkezi bir noktadan yapılmak yerine doğrudan birbirlerinin arasında gerçekleşir. Tüm kullanıcılar benzersiz bir alfasayısal adresle tanımlanır ve bu nedenle bir blok zincirinin takma ad olduğu söylenebilir⁴.

Blok zincirlerin tanımlanmış yedi temel özelliği bulunmaktadır. Öncelikli olarak, blok zincirler, genellikle açık kaynaklı yazılım protokollerine bağlı aracısız ve ulusötesi ağlardır. İkincisi, dağıtık yapıları nedeniyle, konsensüs mekanizmalarının kullanıldığı esnek ve dirençli ağlardır. Üçüncüsü, blok zincirler şeffaftır; işlem verilerinin doğrulanmış ve görünür olduğu duygusu ayrıca içerdikleri veriler genel-özel anahtar şifrelemesinin kullanılması nedeniyle reddedilmez. Dördüncüsü, işlem yapan tarafların kimliklerini açıklamadan sisteme katılmalarına izin verdiği için takma adla karakterize edilebilir. Beşincisi, blok zincirlerin belirli teşvikleri ve maliyet yapıları vardır. Örneğin, blok zinciri tabanlı bir ağ sürdüren

³ Siraj **Raval**, *Decentralized Applications: Harnessing Bitcoin's Blockchain Technology*, O'reilly Media, 2016, s. 5.

⁴ Don **Tapscott**/Alex **Tapscott**, *A Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin is Changing Money, Business, and the World*, Portfolio, 2016.

tarafları teşvik eden ve maliyetlerini kompanse eden blok ödülleri ve maddencilik ücretleri gibi. Altıncı benzersiz bir özelliktir ki, sistem içindeki işlerin durumu üzerinde bir anlaşmaya doğru sosyal aktiviteyi koordine etmek için konsensüs mekanizmalarının konuşlandırılmasıdır (proof of work). Yedinci ve daha derin bir düzeyde, blok zincirler belirli bir tür "özerklik" sağlar, herhangi bir yazılım kodunun tamamen bağımsız olarak yürütülmesini kolaylaştırır⁵.

Blok zincir teknolojisi, sadece kripto paraların ortaya çıkarılmasında kullanılan bir teknoloji olmayıp diğer alanlarda da yeniliği teşvik edebilen çok amaçlı bir teknoloji olarak kabul edilir⁶. Kripto varlıklar fiziki olmayan sanal varlıklar olduğundan programcılar ve yazılım geliştiricilerin yalnızca kripto para birimlerini meydana getirdiği düşünülebilir. Oysaki blokzincir teknolojisi kripto paraları da içine alan yaygın uygulamalarıyla başka alanlarda da bilgi aktarımını sağlayan sistemlerin oluşmasını sağlayabilir. Örneğin, bitcoin protokolündeki yerleşik bazı özellikler, taraf anlaşmazlıklarını, mikro ödemeleri, güvence sözleşmelerini ve akıllı sözleşmelerle mülkiyeti temsil eden içeren birtakım çözümleri de içerir⁷. Kripto varlık ağları, belgeleri saklamak amaçlı noterlik hizmeti de verebilir.

A. Kripto Varlık

Kripto para birimleri veya kripto varlıklar⁸ için çeşitli tanımlar yapılmıştır. Genel olarak, bunlar, üretimlerini ve transferlerini güvence altına almak için şifrelemeye bağlı dijital varlıklar olarak düşünülebilir. Bu varlıklar, merkez bankası gibi merkezi bir otoriteye sahip olmanın aksine,

⁵ Joao Pedro **Quintais**/Balazas **Bodo**/Alexandra **Giannopoulou**/Valeria **Ferrari**, Blockchain and the Law: "A Critical Evaluation", Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 2019, s. 3.

⁶ Martin **Muhleisen**, "Finance and Development", International Monetary Fund (IMF), (2018), s. 12, www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/pdf/fd0618.pdf, E.T.17.06.2022.

⁷ Jerry **Brito**/Andrea **Castillo**, Bitcoin: A primer for policy makers, George Mason University, Mercatus Center, 2013, s. 9.

⁸ IMF genellikle bunlara kripto varlıklar olarak atıfta bulunmaktadır. Dijital para birimlerinin "tipik olarak bazı parasal özelliklere sahip (ödeme aracı olarak kullanılmak gibi) ancak bir egemen para biriminde ihraç edilmeyen veya bir egemen para birimine bağlı olmayan, herhangi bir kuruluşün yükümlülüğü olmayan varlıklar olduğu ve herhangi bir otorite tarafından desteklenmediğini" belirtir. Bkz. <https://www.imf.org/en/Publications/fintech-notes/Issues/2020/01/09/Regulation-of-Crypto-Assets-48810>. E.T.17.06.2022.

merkezi olmayan bir sistem veya ağa dayanırlar; eşler arası bir mimari aracılığıyla, kripto para birimlerinin sahipliğini ve miktarını denetleyen dağıtık bir sistemin ürünüdürler. Bu sistem, yeni kripto para birimlerinin oluşturulup oluşturulamayacağına ilişkin gerekli koşulları ve mülkiyeti tanımlar. Kripto varlık birimlerinin mülkiyeti yalnızca kriptografik olarak kanıtlanabilir. Sistem, kripto varlık birimlerinin sahipliğinin değişmesine izin verir; eğer bu birimlerin mevcut sahipliği doğrulanabilirse ve aynı kriptografik birimin sahipliğini değiştirmek için aynı anda iki farklı işlem yapılırsa, sistem bunlardan yalnızca birini gerçekleştirir. Blokzincir ve bitcoin çoğu kez birbirinin yerine kullanılan kavramlardır. Esasen blokzincir bitcoini de içeren kendine has özellikleriyle ulusötesi bir teknolojidir. Blokzincir Bitcoin yazılımı ile birlikte akıllı sözleşmeler, merkeziyetsiz finans uygulamaları (DeFI), arttırılmış gerçeklik uygulamaları (metaverse vb.), Web3, NFT (Non-fungible token) gibi proje temelli kripto varlıkları da kapsamaktadır. Dolayısıyla blokzincir ve bitcoin birbirinden farklı kavramlardır. Bitcoin blokzincir üzerinde yerleşik dijital bir varlıktır. Bitcoin'in temelindeki teknoloji ise Blokzincir'dir⁹.

Kripto varlık birimleri ağının benzersizliği ve güvenliği, aynı zamanda iki iş protokolü sürecine dayanır: İş Kanıtı (Proof of Work-POW), bir işlemi doğrulama maliyetini ve bunu yapmak için parasal bir ödülü birleştirir. Blok zincirindeki işlemler, her kullanıcıya bir ortak anahtar (kabaca bir banka hesap numarası gibi) ve bir özel anahtar (bir parola gibi) atanan açık anahtar şifrelemesi kullanılarak yapılır. Kripto varlık birimlerini bir kullanıcıdan diğerine aktarmak için "işlem" adı verilen bir mesaj oluşturulur ve bu mesaj blok zincirine eklenir. Bu mesajın gerçekliğini doğrulamak, yani gönderenin "imzasının" (özel anahtarın) "banka hesap numarasına" (ortak anahtar) karşılık geldiğini doğrulamak için, "madenciler" olarak adlandırılan kullanıcılar bilgisayar donanımı matematiksel hesaplamaları yapar. Madencilik süreci, çok miktarda elektrik gücü gerektirdiği için maliyetli olmasına rağmen, kullanıcıları yeni oluşturulan kripto varlık birimleriyle ödüllendirmektedir. Sonuç olarak, bu kullanıcılar daha hızlı iş kanıtı (POW) sağlamak için kendi aralarında rekabet eder ve bu işlemleri yeni bir bloğa kaydeder. Ortalama olarak, yeni bir blok oluşturmak ve işlemi onaylamak için zincire eklemek yaklaşık on dakika sürer. İşlemler

⁹ Mete **Tevetoğlu**, "Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, s. 195.

doğrulandıktan ve blok zincirine kaydedildikten sonra geri alınamaz, tahrif edilemez ve ağdaki herkes tarafından şeffaf bir şekilde görülebilmektedir¹⁰.

İkinci protokol olan Hisse Kanıtı (Proof of Stake-POS) protokolünde, kullanıcıların yaptıkları işlem karşılığında gelir elde etmek için ellerinde bulunan kripto varlıkları, yapılan işlemin doğruluğunu kanıtlamak için sisteme kilitlemeleri gerekir. “Staking” (gelirden pay alma) olarak adlandırılan bu kilitleme işleminde, cüzdanda bulunan tutar kilit açılana kadar cüzdanlarda tutulur, kilitlenen tutarın kullanıcının hissesi olduğu ağda işaretlenerek doğrulanır. POS algoritması, bir POW şemasında ihtiyaç duyulan elektrik gücü miktarı konusunu ele alır. Bu algoritmada, yeni bir bloğun yaratıcısı, servetine bağlı olarak deterministik bir şekilde seçilir. Bu, kullanıcının sahiplik payına karşılık gelen bir yüzde madenciliği yapmakla sınırlı olduğu anlamına gelir. Yapılan işlem tıpkı halka arz edilen şirketlerden alınan pay karşılığı yapılan ödeme gibidir. Fazla paya sahip olan kişiler, dağıtılan kârdan da en fazla geliri elde ederler, “staking” için daha fazla kaynak ayıran kripto varlık kullanıcıları da gelirden daha yüksek pay alırlar¹¹.

Kripto para birimleri de kendi içinde bazı zorlukları, dezavantajları barındırmaktadır. Paraların değerindeki oynaklık, ölçeklenebilirlik, yüksek elektrik gereksinimleri, anonimlik, güvenlik endişeleri, merkez bankalarının ve para politikasının belirsiz rolü önemli sorun alanlarıdır¹². Kripto para birimlerinin piyasa değerini ortaya koyan coinler oluşturmaları mümkündür. Bu, genel itibariyle stabil coin denilen değeri Amerikan dolarına endeksli kripto varlıklarla mümkün olmaktadır. İki tür kripto varlık birimi vardır. Bunların ilki BTC (Bitcoin), ETH (Ethereum) ile birçok altcoin gibi bağımsız bir blok zinciri tarafından oluşturulan ve piyasadaki arz ve talebe göre fiyatı farklılaşabilen geleneksel kripto varlık birimleri

10 Yasmin Winther **De Araujo/Consolino Almeida/Jose Antonio Pedrosa-Garcia**, Regulation of Cryptocurrencies: Evidence from Asia and the Pacific, United Nations ESCAPE, Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, 2018, s. 2.

11 **Etherium**. “Hisse İspatı”, <https://ethereum.org/tr/developers/docs/consensus-mechanisms/pos/>. E.T.13.06.2022.

12 **European Central Bank**, “Electronic Money”, https://www.ecb.europa.eu/stats/money_credit_banking/electronic_money/html/index.en.html, E.T.14.06.2022.

diğeri ise USDT, USDC, BUSD, DAI gibi dolar fiyatına sabitlenmiş, piyasadaki arz ve talep koşullarından etkilenmeyen sabit kripto varlıklardır¹³. Örneğin 1 birim USDT 1 birim Amerikan dolarına eşdeğerdir. Bir başka deyişle, bir kripto paranın değeri Amerikan doları benzeri kullanımda olan paralara göre belirlenmektedir.

II. DÜNYA GENELİNDE YAPILAN HUKUKİ DÜZENLEMELER

Kripto varlık piyasalarında geleneksel bankacılık kadar olmasa da günlük işlem hacmi yüksektir. İşlem güvenliği açısından kripto varlık piyasaları yatırımcı açısından risk taşımaktadır. Öyleki, para transfer işlemleri yapılırken kripto varlık cüzdanlarında yer alan sermayenin tamamını kaybeden çok sayıda yatırımcı bulunmaktadır. Bu nedenle kripto varlık alanının hukuken düzenlenmesi yatırımcıların korunması açısından önemlidir. Bu bağlamda ülkelerin blokzincir teknolojisine ilişkin yaklaşımları farklılık göstermektedir. Dünya genelinde düzenlemeler ilişkin geliştirilen yaklaşımların ilki “Bekle-Gör yaklaşımı”dır. Bu yaklaşım blokzincir teknolojisinin henüz gelişmekte olan bir teknoloji olduğunu, kullanım alanların yaygın olmadığını dolayısıyla düzenlemelerin bu teknolojinin kullanım alanlarının artmasıyla birlikte yapılması gerektiğini savunan bir anlayışın ürünüdür. “Düzenleyici yaklaşım” ise en yaygın kabul edilen ikinci yaklaşımdır. Bu yaklaşım ise blokzincir teknolojisinin varlığını kabul etmekle birlikte alanda hukuki düzenlemelerin ve kuralların bu teknolojinin gelişimi ile eş anlı olarak yapılması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁴.

A. Asya-Pasifik Bölgesi

Hindistan kripto paraları yasal para birimi olarak kabul etmemektedir. Aslında dijital varlık ekosistemi açısından kendisini bir inovasyon merkezi olarak tanımlamaktadır. Kripto para işlemlerinin yapılması yasak değildir. Kripto varlık faaliyetlerinin terörizmin finansmanında kullanılma-

13 **World Economic Forum**, “Navigating Cryptocurrency Regulation: An Industry Perspective on the Insights and Tools Needed to Shape Balanced Crypto Regulation”, https://www3.weforum.org/docs/WEF_Navigating_Cryptocurrency_Regulation_2021.pdf, E.T.15.06.2022.

14 **Türkiye Bilişim Vakfı**, “Dünyada Blokzincir Regülasyonları ve Uygulama Örnekleri Karşılaştırma Raporu-2019”, https://bctr.org/dokumanlar/Dunyada_Blokzinciri_Regulasyonlari.pdf, E.T.15.06.2022.

sını engellemek için hukuki düzenleme yapılmıştır. Dijital para birimlerinin ödeme amaçlı kullanılması da ülke genelinde yasaklanmıştır. Bu çalışmaların dışında kripto varlık düzenlemelerinde kayda değer bir ilerleme sağlanmamıştır. Hükümet kripto varlıklara mesafeli durmaktadır. Ancak sanal para birimlerinin altında yatan blok zincir teknolojisinin finansal içerme ve finansal sistemin verimliliğini artırma konusunda potansiyel faydaları olduğunu kabul etmektedir¹⁵. Kripto varlık platformlarını kaydettirmek veya lisanslamak için özel bir yasal çerçeve bulunmamaktadır.

Çin, kripto para birimlerini yasal olarak tanımamaktadır. Bu nedenle, bankacılık sistemi kripto para ilgili hizmetleri sunmamaktadır. Bu amaçla, 2013'ten bu yana hükümet, kripto varlık yatırımcısını korumak ve yatırımcının maruz kalacağı finansal riski önlemek için kripto para ticaretini ve sanal para birimiyle ilgili her türlü faaliyeti kısıtlayan düzenlemeler yapmıştır. Yerli kripto para platformları ile madeni para arzı (ICO) yasaklanmıştır. Şu ana kadar kripto varlık birimini düzenleyen herhangi bir yasa çıkarılmamıştır ancak Bitcoin hakkındaki 2013 genelgesi, Çin hükümetinin kripto para birimini nasıl gördüğüne dair resmi bir bakış açısı sağlamaktadır. Belge, Bitcoin'in merkeziyetsiz olması ve fiyat para biriminin geleneksel özelliklerine sahip olmaması yasal bir para olarak kabul edilmesinden çok sanal bir emtia olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Çin hükümeti vatandaşların bu kripto varlık ticaretine riskleri kendilerine ait olmak üzere katılabileceklerini kabul etmektedir. Ayrıca Yüksek Mahkeme kripto varlıkları yasal para birimi olarak değil, bir meta olarak kabul etmektedir. Hükümet Çin Yuanı veya yabancı para birimleri ile bitcoin ticareti yapılmasını kabul etmektedir. Kripto para madenciliği de yasak kapsamındadır¹⁶.

15 **Mondaq**, "Legal Status of Virtual Currencies/Cryptocurrencies in India", <http://www.mondaq.com/india/x/583670/fin+tech/Legal+Status+Of+Virtual+CurrenciesCryptocurrencies+In+India>, *archived at* <https://perma.cc/5H4T-Y3TT>, E.T.17.06.2022.

16 **Comply Advantage**, "Cryptocurrency Regulations Around The World", <https://complyadvantage.com/insights/cryptocurrency-regulations-around-world/>, E.T.18.06.2022.

Japonya blokzincir teknolojisini ve kripto para varlıklarını 2016 yılında yürürlüğe koyduğu Ödeme Hizmetleri Kanunu ile yasal olarak tanımaktadır. Kanunun ekinde kripto varlık¹⁷;

- malların satın alınması veya kiralanması veya belirsiz kişilerce hizmet sağlanması için ödeme olarak kullanılabilen, kimliği bilinmeyen kişilerce alım ve satımı yapılabilen elektronik bilgi işlem sistemi aracılığıyla eşler arası aktarılabilen mülk değeri;
- veya tanımlanmamış kişilerle herhangi mülk değeri için karşılıklı olarak değiş-tokuş edilebilen, bir elektronik bilgi işlem sistemi aracılığıyla eşler arası aktarılabilen mülk değeri şeklinde tanımlanmıştır.

Suç Gelirlerinin Transferini Önleme Yasası uyarınca, kripto varlık platformlarında hesap açan müşterilerin kimlikleri kontrol edilmekte olup şüpheli işlem kayıtları yetkililere bildirilmektedir. Bildirimde bulunmayan kripto varlık platformlarının işletme lisansları 6 aylığına askıya alınmakta ve iptal edebilmektedir¹⁸.

Rusya bir ödeme seçeneği olarak kripto para birimlerinin kullanımını kısıtlamaktadır, ancak bunları düzenlemek için yasal bir çerçeve üzerinde çalışmaktadır. Yabancı kripto borsaları, ülkede hizmet sağlamak için Rusya'daki tüzel kişiliklerini sicile kaydettirmeleri gerekmektedir. Tüm kripto para biriminden itibari paraya geçiş işlemlerinin banka hesapları üzerinden gerçekleştirilmesi ve kullanıcıların hem bankalar hem de kripto varlık borsaları ile müşterinizi tanıma ve doğrulama (Know Your Customer-KYC) kontrollerinden geçmesi gerekmektedir. Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan "Dijital Para Birimi Üzerine" isimli yasa taslağı hükümet tarafından görüşülmektedir. Rusya bitcoin madenciliğinde de önemli konuma sahiptir. Kripto varlıklarda şu anda bir vergilendirme yapılmamak-

17 Japan Payment Services Act, No. 62 of 2016, Supp. Provisions, art. 1, <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/japan>, E.T.18.06.2022.

18 **Imolin**, "Act on Prevention of Transfer of Criminal Proceeds, Act No. 22 of 2007", https://www.imolin.org/doc/amlid/Japan/Japan_Act_on_Prevention_of_Transfer_of_Criminal_Proceeds_2007.pdf, E.T.16.06.2022.

tadır. Fakat, tasarı kabul edildiğinde %13 olan bir gelir vergisi oranı üzerinden vergilendirilmesi planlanmaktadır¹⁹. Özellikle Rusya-Ukrayna Savaşının başlamasıyla ABD ile birlikte Avrupa Birliği (AB) ülkelerinin yaptırım uyguladığı Rusya kripto varlık teknolojilerine dayalı uluslararası bir yeni ödeme sisteminin kurulması için çalışma yürütmektedir. Bununla birlikte, Batı yaptırımlarından kaçınmak için Rusların kripto varlıklara olan talebinin arttığı gözlemlenmektedir. Yine 2023 yılı içerisinde kripto varlık madenciliğinin yasal zemine kavuşturulması için hükümet nezdinde çalışmalar yürütülmektedir.

Singapur'da kripto para birimlerine yatırım ve kripto varlık ticareti yapmak yasaldır. Singapur'da fon sağlama amacıyla ortaya çıkan ICO (ilk para arzı) ların artmasıyla birlikte Singapur Merkez Bankası (Monetary Authority of Singapore- MAS) kripto varlık arzı ve tokenlerinin Singapur yasalarına göre menkul kıymet tanımına uyması durumunda düzenlenebileceğine ilişkin karar almıştır. Alınan karar kripto varlıkların sanal varlıkların ötesine geçen özellikle kara para aklama ve terörün finansmanında da kullanılabilirliğini, bu amaçla düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Ülkede kripto varlık alanını düzenleyen menkul bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, kripto varlık platformlarının da faaliyetlerini yürütmek için lisans almaları zorunludur²⁰.

Kripto paralar Güney Kore'de yasal olarak kabul edilmemektedir. Fakat, kripto para varlıklarının günlük hacmi borsada işlem gören hisse senetlerinin değerini geçmiş durumdadır. ICO işlemleri yasaklanmış olup kripto para madenciliği faaliyetleri oldukça sınırlıdır. 2017 yılından itibaren piyasayı düzenlemek amaçlı çalışmalar yapılmıştır. Planlanan kripto vergilendirmesi gibi çeşitli yeni düzenlemeler ile sanal varlık hizmet sağlayıcılarının 24 Eylül 2021'e kadar Finansal Hizmetler Komisyonu'nun kara para aklamayı önleme organı olan Finansal İstihbarat Birimi'ne (Korea Financial Intelligence Unit-KFIU) kaydolmasını gerektiren mevzuat

19 **Coindesk**, "Russian Government Introduces Crypto Bill to Parliament Over Central Bank Objections", <https://www.coindesk.com/policy/2022/02/21/russian-government-introduces-crypto-bill-to-parliament-over-central-bank-objections/>, E.T.19.06.2022.

20 **MAS**, "MAS Clarifies Regulatory Position on the Offer of Digital Tokens in Singapore", <http://www.mas.gov.sg/News-and-Publications/Media-Releases/2017/MAS-clarifies-regulatory-position-on-theoffer-of-digital-tokens-in-Singapore.aspx>, archived at <https://perma.cc/D8V5-3NST>, E.T.20.06.2022.

yürürlüğe girmiştir²¹. Bu şartları yerine getirmeyen birçok hizmet sağlayıcı faaliyetlerine son vermek zorunda kalmıştır. Güney Kore’de anonim banka hesaplarından kriptopara transferi ve ticareti yapmak yasaklanmıştır. Ancak, kripto para ticareti tamamen yasaklanmamıştır. Kripto para ticareti yapanlar bankalarla anlaşma yapmak zorunda değildir²².

Avustralya’da neredeyse her 5 kişiden 1’i bir tür kripto varlık birimine sahiptir. Piyasa hızla gelişmekte olup kripto varlık borsalarındaki artan ticaret hacimlerinin yanı sıra kripto varlık cüzdanı uygulamalarını edinen kişi sayısı günden güne artmaktadır. Kripto varlığa sahip erkeklerin payı, kadınların payının iki katından fazladır ve sahiplik, Y kuşağı arasında diğer yaş gruplarına göre daha yaygındır. Kripto para ticaretinde artışa rağmen, Avustralya’da kripto para ATM’si olan veya kripto para ile mağaza içi ödeme yöntemi sunan işletmelerin sayısı mevcut durumda tüm sektörlerde nispeten düşüktür. Avustralya’da kripto para ticareti ülkede yasal olsa da, Avustralya hükümeti tarafından alana ilişkin yapılan düzenleme bulunmamaktadır. Düzenleme eksikliği ve piyasa oynaklığı, Avustralya’da kripto paraya yatırım yapmanın zorluklarından birkaçı olarak görülmektedir. Düzenlenmemiş olsa da, kripto para piyasasına ilişkin bazı politikalar mevcuttur. Kripto para birimi, Avustralya’da yasalara göre servet unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu durum, tüketiciler için kripto varlıkların sermaye kazancı vergisine tabi olduğu ve işletmeler için ticaret hissesi (hisse senedi) olarak işlem gördüğü anlamına gelmektedir. Kripto para birimleri ülkenin Kara Para Aklamayı Önleme ve Terörizmin Finansmanı (Anti-Money Laundering) düzenlemesine tabidir. Bu durum, borsaların Avustralya İşlem Raporları ve Analiz Merkezi’ne (AUSTRAC) kaydolması gerektiği anlamına gelmektedir²³.

21 **Elaw**, “Act on Reporting and Specified Financial Transaction Information, Act No. 6516”, https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=44449, *archived at* <https://perma.cc/7LSF-32ZN>, E.T.23.06.2022.

22 **Blockchain Türkiye**, “Dünyada Blokzincir Regülasyonları ve Uygulama Örnekleri Karşılaştırma Raporu 2019”, https://bctr.org/dokumanlar/Dunyada_Blokzinciri_Regulasyonlari.pdf, E.T.18.06.2022

23 **Statista**, “Cryptocurrency in Australia - statistics & facts”, https://www.statista.com/topics/8519/cryptocurrency-in-australia/#topicHeader__wrapper, E.T.25.06.2022.

B. Avrupa Kıtası

Belçika, Kara Para Aklamayı Önleme ve Terörizmin Finansmanı anlaşması gereğince kripto varlık sağlayıcılarını düzenlemektedir. Yasaya uyulmaması durumunda ağır para cezaları verilmektedir. Belçika yasalarına göre sanal para birimleri yasal ödeme aracı değildir. Finansal Hizmetler ve Piyasa Otoritesi (FSMA) ve Avrupa Merkez Bankası (ECB), sanal para birimini “bir merkez bankası, kredi kurumu veya e-para kurumu tarafından verilmeyen, bazı durumlarda paraya alternatif olarak kullanılabilen, değerini dijital bir temsili” olarak tanımlamaktadır. Sanal paralar yürürlükteki fiat para birimine dönüştürülebilmektedir. Ancak, hükümet bu kabule rağmen kripto paraların yasal bir ödeme aracı olmadığı konusunda tüketicileri uyarılmaktadır²⁴.

Fransa’da kripto paralar sadece yasal olmakla kalmayıp, aynı zamanda dünyadaki hemen hemen tüm diğer ülkelerden daha fazla düzenlenmiş hale getirilmiştir. Bitcoin ve diğer kripto para birimleri dijital varlıklar olarak kabul edilmekte ve hisse senetleriyle aynı şekilde vergilendirilmektedir. 2019 yılında yürürlüğe giren PACTE Tasarısı ile ICO’ların ve dijital varlık hizmet sağlayıcıları (DASP) yani borsalar gibi yapıların fon toplamasına ilişkin bir çerçeve oluşturulmuştur. Bir girişim Fransa’da bir blok zinciri projesi başlatmak isterse, Autorité des Marchés Financiers’e (AMF) vize başvurusu yapılabilir. Ancak AMF’ye bir başvuru yapılmadan da bir ICO projesi başlatmak mümkündür. Ancak sonrasında, Fransa’da kurulmuş veya tescil edilmiş bir tüzel kişilik olarak sicile kaydolmaları zorunludur. Bununla birlikte, proje ve şirket hedefleri hakkında belgeler sağlamaları, topladıkları varlıkları izlemek ve korumak için bir sistem kurmaları ile Kara Para Aklamayla Mücadele (AML) ve terörizmin finansmanı konusundaki düzenlemelere uymaları istenmektedir. AMF’den lisans almak isteyen DASP’ler denetime tabi olup sigorta, iç kontrol prosedürleri, bilgi teknolojisi sistemleri, şeffaf fiyatlandırma vb. ile ilgili bir dizi temel kurala uymakla yükümlüdür. Tüm bu yükümlülükler dijital varlık hizmet sağlayıcılarının pazar ile bütünleşmesini sağlamak amacıyla zorunlu tutulmuştur²⁵.

24 **Freeman Law**, “Belgium and Cryptocurrency”, <https://freemanlaw.com/cryptocurrency/belgium/>, E.T.30.06.2022.

25 **Amf France**, “Towards a new regime for crypto-assets in France”, <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/towards-new-regime-crypto-assets-france>, E.T. 01.07.2022.

Kripto varlıkların ticareti Birleşik Krallıkta serbesttir. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarının faaliyetleri yasaldir. Mali Yürütme Otoritesi (FCA) kripto varlık piyasasını düzenleyen ana organdır. Birleşik Krallık, kripto varlıklardan kaynaklanan riskleri ele almak ve yeniliği desteklemek için bir dizi önlem almıştır. Stabil coinler için minimum politika beklentilerinin ortaya konulması, düzenleyici çerçevenin açıklığa kavuşturulması, Beşinci Kara Para Aklamayı Önleme Direktifinin uygulanması, belirli kripto varlıkları referans alan borsada ve türev piyasalarda işlem gören senetlerin satışının, pazarlanmasının ve dağıtımının yasaklanması ile kripto varlık dolandırıcılığının önlenmesi için tüketicilerin uyarılması gibi çalışmalar yapılmaktadır²⁶. Fakat 2022 Nisan ayından itibaren İngiltere hükümeti ülkeyi kripto varlık teknolojisi ve yatırımı için küresel bir merkez haline getirme planlarının bir parçası olarak stabilcoinlerin geçerli bir ödeme şekli olarak kabul edilebileceğini ortaya koymuştur. Kripto varlık ticareti yapan firmaların FCA'ya kayıtlı olması, FCA tarafından kabul edilebilir düzeyde bir AML yönetmeliği izlemeleri zorunludur²⁷.

C. Avrupa Birliği Kripto Varlık Piyasaları Düzenlemesi (MİCA)

Avrupa Birliği kripto varlıklara ilişkin bir düzenleme üzerinde uzun süredir çalışmaktadır. Halihazırda Avrupa'yı dijital çağa uygun hale getirmek ve insanlar için çalışan, geleceğe hazır bir ekonomi inşa etmek hedefine katkı sunacak nitelikte bir taslak düzenleme çalışması bulunmaktadır. Ancak, bu düzenleme henüz Avrupa Birliği müktesebatında yerini almamıştır. Düzenlemeyi gerekli kılan temel argüman kara para aklama ve terörün finansmanı ile mücadeleyi amaçlayan AB mevzuatının ötesinde, çoğu kripto varlığın AB finansal hizmetler mevzuatının kapsamı dışında kalması ve bu nedenle tüketici ve yatırımcının korunmasına ilişkin hükümlere tabi olmaması durumunun ortaya çıkardığı yazılı düzenleme boşluğudur. Düzenlemenin yönetmelik şeklinde ihdas edilmesi planlanmakta böylelikle Avrupa Birliği (AB) düzeyinde kripto varlıklar için uyumlaştı-

26 **HM Treasury**, "UK regulatory approach to cryptoassets and stablecoins: Consultation and call for evidence", https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/950206/HM_Treasury_Cryptoasset_and_Stablecoin_consultation.pdf, E.T.08.07.2022

27 **Gov.uk**, "Government sets out plan to make UK a global cryptoasset technology hub", <https://www.gov.uk/government/news/government-sets-out-plan-to-make-uk-a-global-cryptoasset-technology-hub>, E.T.01.07.2022.

rılmış kurallar getirmesi öngörülmektedir. Hazırlanan taslak teklifi Avrupa Parlamentosunun onayına sunulmuş olup düzenlemenin mevcut haliyle tüm üye ülkeler için bağlayıcı olması planlanmaktadır²⁸. Böylece, Birliğe üye her ülkede yapılacak düzenlemeler için rehber niteliğinde hükümler içermektedir.

MİCA düzenlemesi için ortaya konulan teklif, Mali Eylem Görev Gücü (FATF) ile G7 ülkelerinin ortaya koyduğu uluslararası politika çalışmaları ile uyumludur. Teklif, Avrupa kurumlarına, iç pazarın kurulması ve işleyişini amaç edinmiş üye devletlerin yasalarının yakınlaştırılması için uygun hükümleri belirleme yetkisi veren Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın (Treaty on the Functioning of the European Union) 114. maddesine dayanmaktadır. Teklif, geçerli kuralların tamamen uyumlu hale getirilmesini sağlayarak mali hizmetler için iç pazarın kurulmasının önündeki engellerin kaldırılmasını ve işleyişinin iyileştirilmesini amaçlamaktadır. Birlik genelinde hem kripto varlıklarının hem de kripto varlık hizmetlerinin farklı çerçeveleri, kuralları ve yorumlarının olması hizmet sağlayıcıların faaliyetlerini AB düzeyinde ölçeklendirme kabiliyetini engellemektedir. Bu, doğası gereği sınır ötesi olan bu ürün ve hizmetlerin hizmet sağlayıcılarının, çeşitli üye devletlerin mevzuatını tanımaya, birden fazla ulusal izin veya tescil almaya zorlamaktadır. Bununla birlikte, servis sağlayıcıların genellikle farklı ulusal yasalara uymasına ve bazen Birlik genelinde kendi iş modellerini bu hukuki düzenlemelere uyarlamaya zorlandığı anlamına gelir. Bu, kripto varlıkları alanında faaliyet gösteren hizmet sağlayıcılar için yüksek maliyetlere, yasal karmaşıklığa ve belirsizliğe yol açarak, Birlik'teki kripto varlık faaliyetlerinin gelişimini ve ölçeklenmesini sınırlandırmaktadır. Bu yönetmelik teklifi gibi AB düzeyinde, kripto varlıklar ve kripto varlık hizmet sağlayıcıları için daha geniş bir sınır ötesi pazarın gelişebileceği ve böylece iç pazarın tüm avantajlarından yararlanabileceği bir ortam yaratılmasına katkı sunacaktır. Bunun yanında, hizmet sağlayıcılar, ihraççılar, tüketiciler ve yatırımcılar gibi tüm

28 Yavuz **Akbulak**, “Kripto Varlık Piyasalarını (MiCA) Düzenleyen Avrupa Birliği'nin Henüz Öneri Aşamasındaki Mevzuatı: Düzenleyici İncelemede Yeni Bir Çağın Müjdecisi”, <https://legal.com.tr/blog/genel/kripto-varlik-piyasalarini-mica-duzenleyen-avrupa-birliginin-henuz-oneri-asamasindaki-mevzuati-duzenleyici-incelemede-yeni-bir-cagin-mujdecisi/>, E.T.08.07.2022

paydaşlar için mali ve idari yüklerin yanı sıra karmaşıklığı da önemli ölçüde azaltacaktır²⁹. Teklif ile hizmet sağlayıcılar için operasyonel gerekliliklerin yanı sıra kripto varlık ihracının açık bir şekilde yapılması mümkün olacaktır. Ayrıca teklifin kabul edilmesi tüketici ve yatırımcının korunması ile finansal istikrar açısından net faydaların ortaya çıkmasını sağlayabilecektir.

Teklifin dört özel amacı vardır. Birincisi, finansal hizmetler hakkındaki AB mevzuatı kapsamında olmayan kripto varlıklar için yasal bir çerçeve sağlamaktır. İkincisi, sağlam ve şeffaf bir yasal çerçeve oluşturarak inovasyonu destekleyecek, kripto varlıkları ve dağıtılmış defter teknolojisinin (Distributed Ledger Technology-DLT) daha yaygın kullanımını teşvik etmektir. Üçüncüsü, tüketici, yatırımcı koruması ve pazar bütünlüğü sağlamaktır. Son olarak, bazı kripto varlıkların geniş çapta kabul edilebilir ve potansiyel olarak sistemik hale gelebilmesi durumunda finansal istikrarı sağlamaktır³⁰.

Henüz taslak niteliğinde olan düzenlemenin genel yapısına bakıldığında kripto varlıklara ilişkin her alanı etkileyecek nitelikte geniş kapsamlı hükümler içerdiği görülmektedir. İlk maddede düzenlemenin konusundan bahsedilmekte, ikinci maddede ise Birlik içinde kripto varlıkların ihracıyla uğraşan veya kripto varlıklarla ilgili hizmetler sağlayan kişilerin yönetmelik kapsamında olduğu belirtilmektedir. Avrupa Birliği nezdinde faaliyet gösteren çok sayıda kurumun yaptığı işlemler kapsam dışı tutulmuştur. Yönetmelikte kripto varlık “dağıtılmış defter teknolojisi veya benzer teknoloji kullanılarak elektronik olarak aktarılabilen ve saklanabilen değer veya hakların dijital temsili” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelik, tüketicilerin ve yatırımcıların korunmasının yanı sıra finansal istikrarı geliştirerek kripto varlıkların inovasyonunu ve kullanımını teşvik etmektedir. Yeni düzenleme, kripto varlıkların ihraç edilmesi ve ticaretinin yapılması durumunda gerekli olan şeffaflık ve açıklık kriterlerini ortaya koymaktadır. Kripto varlık hizmet sağlayıcılar ile varlık referanslı token (ART) ihraç edenlerin ve elektronik para tokenlerini (EMT) ihraç edenlerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesine ilişkin kuralları da belirleyecektir.

29 **Eur-Lex**, “European Union Law”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>. E.T.30.12.2022

30 Issam **Hallak**, Markets in crypto-assets (MiCA), European Parliamentary Research Service, November, 2022, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739221/EPRS_BRI\(2022\)739221_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739221/EPRS_BRI(2022)739221_EN.pdf). E.T.08.07.2022

Kripto varlık ihracı ile hizmet sağlayıcılarının işleyişi, organizasyon yapısı ve yönetişimi de düzenlenen kısımlar içerisinde yer almaktadır. Ayrıca, kripto varlıkların ticareti, takası ve saklanması için tüketici koruma kurallarının yanı sıra kripto varlık pazarlarının bütünlüğünü sağlamak için piyasanın kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik önlemler düzenlemede yer verilen diğer hükümlerdir.

D. Amerika Kıtası

Dünya genelinde kripto paraların ticaretinin bölgesel dağılımına baktığımızda Mayıs 2020 verilerine göre listenin başında %14,16 ile Amerika Birleşik Devletleri gelmektedir. Amerika'da kripto paraların kullanımını yasak değildir. Kripto varlıklar, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları ile tutarlı olarak "maddi olmayan varlıklar" şeklinde muhasebeleştirilmektedir. Amerika'da kripto varlıklara yönelik engelleyici düzenlemeler ABD Hazine Bakanlığı'na bağlı Mali Suçları Araştırma Ağı (FinCEN) tarafından kripto varlıklar aracılığıyla kara paranın aklanmasını engellemek amacıyla konulmuştur. FinCEN kripto para birimlerini yasal ödeme aracı olarak kabul etmemektedir. ABD'de kripto varlık düzenlemeleri mevcut finansal kurumların tabi olduğu kurallara bağlı bir şekilde yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle yapılan düzenleme ile sahipsiz (Unhosted) cüzdanlarla yapılan varlık transferlerinin 3.000 doları aşması durumunda müşteri kimliğinin isim ve adreslerinin açıklanması gerekmektedir. Yine 10.000 dolar üzerindeki her kripto varlık transferinin ABD Hazine Bakanlığına bildirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında, 2013 yılından bu yana FinCEN kripto varlık hizmet sağlayıcıları, bankalar ve diğer finans kurumlarını AML (Kara Para Aklamayı Önleme ve Terörizmin Finansmanı-Anti-Money Laundering) anlaşması kapsamında denetlemektedir. Para Hizmeti İşletmeleri (MSB'ler) FinCEN'e kayıtlı olmalıdır. Kripto varlık transferleri eyalet düzeyinde de düzenlenmektedir. Bazı eyaletler, kripto varlık birimi aktarımı yapan işletmeler için kayıt gerektirirken, diğerleri kripto varlık transferlerini açıkça muaf tutar. Bazı eyaletlerde, kripto varlık birimi işletmelerine özgü düzenlemeler vardır. New York ve Louisiana, kripto varlık birimi işletmelerine lisans veren iki eyalettir³¹.

31 **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu**, "Kripto Para Araştırma Raporu-2020", <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/arastirma-raporlari/kripto-para-raporu-5f11dfe709c25.pdf>, E.T. 05.07.2022.

Kripto varlık borsalarının faaliyetleri Amerika Birleşik Devletleri'nde yasaldır. Faaliyetleri Banka Gizliliği Yasası (Bank Secrecy Act) kapsamında denetlenmektedir. Bu yasa gereğince kripto varlık borsası hizmet sağlayıcıları FinCEN'e kaydolmaktadır. Yine AML anlaşması hükümlerine uygunluğun sağlanması, anlaşmaya uygun kayıtların tutulması ve yetkili kurumlara raporların sunulması, kripto varlık platformlarının yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (SEC), kripto varlık birimlerini menkul kıymetler olarak gördüğünü ve menkul kıymet yasalarını dijital cüzdanlara ve borsalara kapsamlı bir şekilde uyguladığını belirtmektedir. Buna karşılık, Emtia Vadeli İşlemler Ticaret Komisyonu (CFTC), Bitcoin'i bir emtia olarak tanımlamaktadır. SEC ile karşılaştırıldığında CFTC, kripto varlık türevlerinin halka açık ticaretinin yapılmasına izin vermektedir. Bu izin kripto varlık ticaretine daha dostça bir yaklaşımın olduğunu ortaya koymaktadır. ABD Hazinesi, küresel ve yerel suç faaliyetleriyle mücadele etmek için kripto düzenlemelerine acil ihtiyaç olduğunu vurgulamaktadır³².

Kanada hükümeti kripto varlıklar konusunda proaktif bir anlayışla hareket etmiştir. Bu bağlamda, Kanada'da kripto varlıkların ticareti yasaldır. Ayrıca hükümet, 2013'ten bu yana kripto varlık üzerinden elde edilen kazançları vergilendirmektedir. Kara Para Aklamayı Önleme ve Terörizmin Finansmanı (Anti-Money Laundering) anlaşması hükümleri çerçevesinde sanal para birimleriyle ilgilenen tüm kuruluşlar bu yasa çerçevesinde faaliyetlerini sürdürmektedir. 2014 yılından beridir kripto varlıklar hakkında da bu anlaşma hükümleri uygulanmaktadır. Eyalet düzeyinde kripto varlıklara ilişkin düzenlemeler oldukça tutarsız olmakla birlikte, federal düzeyde kripto varlıklar menkul kıymet olarak nitelendirilmektedir. Kripto varlık platformlarının faaliyetleri ülkedeki diğer para hizmetlerine ilişkin hükümlere tabi olarak sürdürülmektedir³³.

Latin Amerika'daki kripto varlık birimi düzenlemeleri ülkeden ülkeye büyük farklılıklar gösterir. Bolivya gibi bazı ülkeler kriptoyu etkin bir şekilde yasaklarken, Brezilya gibi ülkeler kripto varlık piyasasına ilişkin düzenlemeleri uygulamaya yeni başlamıştır. Genel olarak Latin Amerika'da

32 **Comply Advantage**, "Cryptocurrency Regulations Around The World", <https://complyadvantage.com/insights/cryptocurrency-regulations-around-world/>, E.T.18.06.2022.

33 **Kyc-Chain**, "Cryptocurrency Regulations Around the World", <http://www.mondaq.com/india/x/583670/fin+tech/Legal+Status+Of+Virtual+CurrenciesCryptocurrencies+In+India>, archived at <https://perma.cc/5H4T-Y3TT>, E.T.17.06.2022.

kripto para birimleri varlık olarak kabul edilmekte olup yasal oldukları birçok ülkede sermaye kazancı vergisine tabidir. Latin Amerika'da kripto varlık platformları için düzenlemeler oldukça seyrek. Meksika, borsalar için gerçek düzenlemeler getiren tek ülke konumundadır. Devlet kurumları ve bankalar kripto varlıklar konusunda vatandaşlarını daha dikkatli olmaları hususunda sürekli uyarılmaktadır. Fakat, alana ilişkin yapılan hukuki düzenlemeler yetersiz olduğundan kişi ve kurumlar açısından bir bağlayıcılık söz konusu değildir. Kripto varlıklara ilişkin düzenleme eksikliği, özellikle kara para aklama ve terörün finansmanı konusunda endişe yaratmaktadır³⁴.

Kripto varlıklar açısından El-Salvador'u ayrı bir başlıkta değerlendirmek gerekmektedir. 9 Haziran 2021'de El Salvador hükümeti ilk kripto varlık olan Bitcoin'i Amerikan doları ile ülkenin yasal parası olarak kabul etmiştir. Bu küresel ölçekte kripto varlıklara yasal statü kazandıran ülke düzenlemelerinin ilkinin oluşturmaktadır. Ülke bu düzenleme ile Bitcoin'i herhangi bir sınırlama olmaksızın borçları ödemek, mal ve hizmetler ile vergi ödemeleri için kullanmayı yasal hale getirmiştir. Ayrıca, kullanıcıların otomatik ve anında Bitcoin'i ABD dolarına dönüştürmesini sağlayacak bir sistem inşa etmişlerdir. Fakat, Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası, Bitcoin'in yasal ülke parası olarak kullanılması nedeniyle ülkeyi uyarılmaktadır. Bunun sebebi, Bitcoin'in daha yaygın bir şekilde kabulünün makroekonomik istikrar, yasal ve finansal konularda göreceli etkilerinin ne olduğunun ortaya konulamamasıdır³⁵.

III. TÜRKİYE'DE YAPILAN HUKUKİ DÜZENLEMELER

Ülkemizde kripto varlık ve blokzincir uygulamalarına yönelik müstakil bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Alana ilişkin yapılan ikincil düzenlemelerin ilki 16 Nisan 2021 tarihli ve 31456 sayılı ve 14/1/1970 tarihli ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (I) numaralı bendinin (f) alt bendi ile dördüncü fıkrası ve 20/6/2013 tarihli ve 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıy-

34 **Analytics Insight**, "A rundown of cryptocurrency regulations across the world", <https://www.analyticsinsight.net/a-rundown-of-cryptocurrency-regulations-across-the-world/>. E.T.17.06.2022.

35 **Pwc.com**, "El Salvador's law: a meaningful test for Bitcoin", <https://www.pwc.com/gx/en/financial-services/pdf/el-salvadors-law-a-meaningful-test-for-bitcoin.pdf>, E.T.08.07.2022.

met Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanununun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrası ile 18 inci maddesinin altıncı fıkrasına dayanılarak hazırlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmeliktir³⁶. Yönetmeliğin 1. maddesi amaç ve kapsamı açıklamaktadır. Bu yönetmeliğin amacı “ödemelerde kripto varlıkların kullanılmamasına, ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto varlıkların doğrudan veya dolaylı olarak kullanılmamasına ve ödeme ve elektronik para kuruluşlarının kripto varlıklara ilişkin alım satım, saklama, transfer veya ihraç hizmeti sunan platformlara veya bu platformlardan yapılacak fon aktarımlarına aracılık etmemesine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi” şeklindedir. Ödemelerde kripto varlıkların kullanılmaması başlıklı 3. maddede kripto varlıkların tanımı “dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar” şeklinde yapılmıştır. Avrupa Birliği’nde de kripto varlıklar, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıklar olarak tanımlanmaktadır³⁷. Bu açıdan Avrupa Birliği ve Türk hukukundaki tanımlama benzerdir. Yönetmelik ile kripto varlıkların ödemelerde doğrudan veya dolaylı şekilde kullanılması yasaklanmıştır. Yasağa ilişkin hükümler Yönetmeliğin 4. maddesinde yer almaktadır. Bunun yanında ödeme hizmeti sağlayıcıları ödeme hizmetlerinin sunulmasında ve elektronik para ihracında kripto varlıkların doğrudan veya dolaylı olarak kullanılacağı bir şekilde iş modelleri geliştiremez. Bu tür iş modellerine ilişkin resmi ve özel kurumlar aracılığıyla herhangi bir hizmet sunulamaz. Ayrıca, ödeme ve elektronik para kuruluşları, kripto varlıklara ilişkin alım satım, saklama, transfer veya ihraç hizmeti sunamaz. Bu hizmetleri sunan platformlara veya bu platformlardan yapılacak fon aktarımlarına da aracılık edemez. Buna ilişkin hükümler yönetmelikte açıkça belirtilmiştir.

36 16 Haziran 2021 tarih ve 31456 sayılı yönetmelik.

37 Mesut Serdar Çekin, Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (1), 2022, s.3.

Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı tarafından Mayıs 2021 tarihinde Kripto varlık hizmet sağlayıcıları için Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esasların 4'üncü maddesinin birinci fıkrasına 31471 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanan Yönetmelik değişikliği ile eklenen (ü) bendine göre, “kripto varlık hizmet sağlayıcılar” anılan tarih itibariyle yükümlüler arasına alınmıştır. Belgeye göre kripto varlık hizmet sağlayıcıların tabi oldukları yükümlülükler; “müşterinin tanınması, şüpheli işlem bildirimi, bilgi ve belge verme, devamlı bilgi verme ile muhafaza ve ibraz olarak” belirlenmiştir³⁸.

Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmasına Dair Yönetmelikte kripto para ifadesi kullanılmamıştır. Kripto varlık ifadesinin kullanılması bilinçli bir tercihin ürünüdür. Zira Yönetmelikte kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılmasının yasaklanmış olması, kripto varlıkların hukuken para niteliği taşımadığını ortaya koymaktadır³⁹. Bu bağlamda paranın sahip olduğu taşınabilirlik, dayanıklılık, genel kabul görme, merkezi bir otorite tarafından basımının yapılması gibi özelliklerinin tamamını karşılamamaktadır.

SONUÇ

Blokcincir henüz yaygınlaşmaya başlayan yeni bir teknolojidir. Blokcincir tabanlı uygulamaların sayısı da günden güne artış göstermektedir. Blokcincir teknolojisinin meydana getirdiği sonuçlar kamusal hayatı etkilemektedir. Bu etki ile birlikte teknolojiye yönelik hukuki düzenlemelerin yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Nitekim, Dünya genelinde bu teknolojinin regülasyonuna dönük birtakım çalışmalar devletler eliyle yürütülmektedir. Yapılan düzenlemelere bakıldığında blokcincire dönük iki temel hukuki yaklaşımın kabul edildiği görülmektedir. Bu yaklaşımların ilki, blokcincir teknolojisini varolan hukuki düzenlemelere tabi tutmak ya da sadece teknolojiye ait düzenlemelerin yer alacağı yeni bir hukuki çerçeve meydana getirmektedir. Düzenleme yaklaşımı olarak nitelendirilebilen bu yaklaşımda blokcincir teknolojisinin uygulanması ile regülasyonların eş zamanlı olması gereği ortaya konulur. İkincisi ise doğrudan bir

38 **MASAK**, “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar”, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf>, E.T.08.07.2022.

39 Gençer **Özdemir**, Kripto Paraların Eşya Niteliği, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), 2021.

hukuki düzenleme yapmak yerine blokzincir uygulamalarının sonuçlarını ortaya koyarak ekosistemin ihtiyaçları doğrultusunda bir regülasyon çalışması yapmaktır. Bu bekle-gör yaklaşımıdır. Bekle-gör, kripto varlıkların ve dolayısıyla blokzincir teknolojisinin henüz yaygınlaşmaya başlayan bir teknoloji olduğunu, tüm uygulamalarının henüz ortaya konulmadığını, bu nedenle beklemenin isabetli olduğunu savunan anlayıştır.

Dünya genelinde kripto varlıklara dönük düzenlemelerin sayısı yetersizdir. Bazı ülkeler kripto varlık düzenlemelerini erken dönemde tamamlayarak kripto varlık ekosisteminin ülkelere taşınması için çalışmalar yapmaktadır. Bazı ülkeler kripto varlıkları kendi finans piyasaları açısından tehdit olarak görmekte, bir kısım ülkeler ise düzenleme yapmak için ekonomik düzeyde kendilerine rakip ülkelerin hamle yapmasını beklemektedir. Dolayısıyla regülasyon anlamında dünya genelinde bir yeknesaklığın olmadığını söyleyebiliriz.

Gelinen noktada regülasyonun kripto varlık ekosistemi için elzem olduğu düşünülmektedir. Regülasyonun olması kripto varlık ekosisteminde mevcut olan tüm sorunları çözmeyecektir. Fakat, yatırımcının korunması, piyasa dolandırıcılığının önlenmesi, sektörün büyümesi ve gelişmesi konularında fayda sağlayacağı öngörülmektedir. Bu noktada regülasyonu yapacak devlet yönetiminin niyeti de önem arz etmektedir. Devletlerin vergilendirme aracıyla finansman kaynaklarına yeni bir alternatif kaynak getirme düşüncesi blokzincir ekosisteminin gelişmesini engelleyecektir. Buna karşın ekosistemin ülke içerisinde büyümesine hizmet edecek bir anlayışın ortaya konulması finansal açıdan uzun vadede ülke ekonomisine katkı sağlayabilir. Kuşkusuz bu durumun ortaya konulacak olması da regülasyonun etkileri açısından belirleyici olacaktır.

KAYNAKÇA

Analytics Insight. “A rundown of cryptocurrency regulations across the world”. <https://www.analyticsinsight.net/a-rundown-of-cryptocurrency-regulations-across-the-world/>, E.T. 08.07.2022.

AMF France. “Towards a new regime for crypto-assets in France”. <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/towards-new-regime-crypto-assets-france>, E.T. 01.07.2022.

BTC Haber. “Avrupa Birliği: Kripto Varlık Piyasalarının Düzenlenmesi (MICA)”. <https://www.btchaber.com/avrupa-birligi-kripto-varlik-piyasalarinin-duzenlenmesi-mica/>, E.T. 08.07.2022.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu. “Kripto varlık Araştırma Raporu-2020”. <https://www.btk.gov.tr/uploads/pages/arastirma-raporlari/kripto-para-raporu-5f11dfe709c25.pdf>, E.T. 05.07.2022.

Brito, Jerry/Castillo, Andrea. “Bitcoin: A primer for policy makers”. George Mason University, Mercatus Center, 2013.

Blockchain Türkiye. “Dünyada Blokzincir Regülasyonları ve Uygulama Örnekleri Karşılaştırma Raporu- 2019”. https://bctr.org/dokumanlar/Dunyada_Blokzinciri_Regulasyonlari.pdf, E.T.18.06.2022

Ethereum. “Hisse İspatı”. <https://ethereum.org/tr/developers/docs/consensus-mechanisms/pos/>, E.T.13.06.2022.

Coindesk. “Russian Government Introduces Crypto Bill to Parliament Over Central Bank Objections”. <https://www.coindesk.com/policy/2022/02/21/russian-government-introduces-crypto-bill-to-parliament-over-central-bank-objections/>, E.T.19.06.2022.

Comply Advantage. “Cryptocurrency Regulations Around The World”. <https://complyadvantage.com/insights/cryptocurrency-regulations-around-world/>, E.T.18.06.2022.

Çekin, Mesut Serdar. Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 9 (1), 2022, s. 1-30.

De Araujo, Yasmin Winther/Almeida, Consolino/Pedrosa-Garcia, Jose Antonio. Regulation of Cryptocurrencies: Evidence from Asia and the Pacific, United Nations ESCAPE. Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, 2018.

Elaw. “Act on Reporting and Specified Financial Transaction Information. Act No. 6516, Sept. 27, 2001, amended by Act No. 14839, July 26, 2017, art. 4”. https://elaw.klri.re.kr/kor_service/lawView.do?lang=ENG&hseq=44449, *archived at* <https://perma.cc/7LSF-32ZN>, E.T.23.06.2022.

European Central Bank. “Electronic Money”. https://www.ecb.europa.eu/stats/money_credit_banking/electronic_money/html/index.en.html, E.T.14.06.2022.

Eur-Lex. “European Union Law”. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020PC0593>, E.T.30.12.2022

Freeman Law. “Belgium and Cryptocurrency”. <https://freeman-law.com/cryptocurrency/belgium/>, E.T.30.06.2022.

Gov.uk. “Government sets out plan to make UK a global cryptoasset technology hub”. <https://www.gov.uk/government/news/government-sets-out-plan-to-make-uk-a-global-cryptoasset-technology-hub>, E.T.01.07.2022.

Hallak, Issam. Markets in crypto-assets (MiCA). European Parliamentary Research Service, November, 2022. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739221/EPRS_BRI\(2022\)739221_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/739221/EPRS_BRI(2022)739221_EN.pdf), E.T.08.07.2022

HM Treasury. “UK regulatory approach to cryptoassets and stablecoins: Consultation and call for evidence”. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/950206/HM_Treasury_Cryptoasset_and_Stablecoin_consultation.pdf, E.T.08.07.2022

Imolin. “Act on Prevention of Transfer of Criminal Proceeds. Act No. 22 of 2007”. https://www.imolin.org/doc/amlid/Japan/Japan_Act_on_Prevention_of_Transfer_of_Criminal_Proceeds_2007.pdf, E.T.16.06.2022.

Kyc-Chain. “Cryptocurrency Regulations Around the World”. <https://kyc-chain.com/cryptocurrency-regulations-around-the-world/>, E.T.05.07.2022.

Mondaq. “Legal Status of Virtual Currencies/Cryptocurrencies in India”. <http://www.mondaq.com/india/x/583670/fin+tech/Legal+Status+Of+Virtual+CurrenciesCryptocurrencies+In+India>, *archived at* <https://perma.cc/5H4T-Y3TT>, E.T.17.06.2022.

MASAK (Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı). “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Temel Esaslar”. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf>, E.T.08.07.2022.

Mougayar, William. The Business Blockchain: Promise, Practice, and Application of the Next Internet Technology. 1 st Edition, Wiley, 2016.

Muhleisen, Martin. “Finance and Development”. International Monetary Fund (IMF) (2018). www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/pdf/fd0618.pdf, E.T.17/06/2022.

Raval, Siraj. Decentralized Applications: Harnessing Bitcoin's Blockchain Technology. O'reilly Media, 2016.

MAS. “MAS Clarifies Regulatory Position on the Offer of Digital Tokens in Singapore”. <http://www.mas.gov.sg/News-and-Publications/Media-Releases/2017/MAS-clarifies-regulatory-position-on-theoffer-of-digital-tokens-in-Singapore.aspx>, *archived at* <https://perma.cc/D8V5-3NST>, E.T.20.06.2022.

Japan Payment Services Act, No. 62 of 2016, Supp. Provisions, art. 1. <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/japan>, E.T.18.06.2022.

Özdemir, Gençer. Kripto Paraların Eşya Niteliği, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 11 (1), 2021.

Pwc.com. “El Salvador’s law: a meaningful test for Bitcoin”. <https://www.pwc.com/gx/en/financial-services/pdf/el-salvadors-law-a-meaningful-test-for-bitcoin.pdf>, E.T.08.07.2022.

Statista. “Cryptocurrency in Australia - statistics & facts”. https://www.statista.com/topics/8519/cryptocurrency-in-australia/#topic-Header__wrapper, E.T.25.06.2022.

Tapscott, Don/**Tapscott**, Alex. A Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin is Changing Money, Business, and the World. Portfolio, 2016.

Tevetoğlu, Mete. “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2021, s. 193-208.

Türkiye Bilişim Vakfı. “Dünyada Blokzincir Regülasyonları ve Uygulama Örnekleri Karşılaştırma Raporu- 2019”. https://bctr.org/dokumanlar/Dunyada_Blokszinciri_Regulasyonlari.pdf, E.T.15.06.2022.

Quintais, Joao Pedro/Bodo, Balazas/Giannopoulou, Alexandra/Ferrari, Valeria. “Blockchain and the Law: A Critical Evaluation”. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 2019, s. 1-28.

World Economic Forum. “Navigating Cryptocurrency Regulation: An Industry Perspective on the Insights and Tools Needed to Shape Balanced Crypto Regulation”. https://www3.weforum.org/docs/WEF_Navigating_Cryptocurrency_Regulation_2021.pdf, E.T.15.06.2022.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 1 Haziran/June 2023

1921 Anayasası'nın Türk Anayasacılığındaki Yeri ve Uygulandığı Dönemdeki Hükümet Sistemine İlişkin Bazı Tespitler

The Place of the 1921 Constitution in Turkish Constitutionalism and Some Determinations Regarding the Period in which it was Implemented

  Dr. Fatih ÖZKUL *

ÖZET

Milli mücadele yıllarında olağanüstü şartlarda hazırlanan 1921 Anayasası Türk anayasacılığında önemli bir yere sahiptir. 23 Nisan 1920 tarihinde Ankara'da Büyük Millet Meclisi görevine başladığında, Osmanlı İmparatorluğu Padişahı ve ona bağlı olan bir hükümet de görev başındaydı. O zaman dilimi içerisinde 1876 Anayasası yürürlükteydi. Ankara Meclisi'nin ilk faaliyeti bir hükümet kurmak oldu. Bu doğrultuda, İstanbul ve Ankara'da olmak üzere iki hükümet iş başındaydı. Ankara Hükümeti'nin temel amacı vatani düşman işgalinden kurtarmaktı. Birinci Meclisin açılışından 9 aylık bir süre sonra 20 Ocak 1921'de yeni

* Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 17.04.2023 | **Kabul/Accepted:** 29.05.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Fatih Özkul, "1921 Anayasası'nın Türk Anayasacılığındaki Yeri ve Uygulandığı Dönemdeki Hükümet Sistemine İlişkin Bazı Tespitler", EBYÜ-HFD, C. 27, S. 1, Haziran 2023, (27-74).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

Anayasa kabul edildi ve aradan 102 yıl geçti. 1921 Anayasası, 23 ana madde ve 1 ayrı maddeden oluşan kısa bir anayasadır. Ancak 1876 Anayasası'nın 1921 Anayasası'na aykırı olmayan hükümleri yürürlüktedir. Anayasa ile oluşturulan ilk Mecliste, birbirlerinden farklı görüşler arasında temel ortak noktalara ilişkin düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Anayasa'da kabul edilen meclis hükûmeti sistemi, uygulamada parlamenter sisteme doğru sapma sergilemiştir. 1921 Anayasası'nın getirdiği en önemli yenilikler ise yeni Türk Devleti'nin kurulması, monarşinin terk edilerek egemenliğin halka dayandırılması ve 1923 değişikliği ile birlikte cumhuriyet anayasacılığının başlatılması olarak özetlenebilir. Bu çalışmada 1921 Anayasası'nın anayasacılık tarihimizdeki özgünlüğü ve yeri ile hükûmet sistemiyle ilgili düzenlemelerinin uygulamada parlamenter sistem içerisinde yorumlanması değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cumhuriyetin 100. Yılı, Büyük Millet Meclisi, 1921 Anayasası, Türk Anayasacılığı, Meclis Hükûmeti Sistemi.

ABSTRACT

The 1921 Constitution, which was prepared under extraordinary conditions during the years of national struggle, has an important place in Turkish constitutionalism. When the Grand National Assembly started his work in Ankara on April 23, 1920, the Sultan of the Ottoman Empire and a government affiliated to him were also on duty. At that time, the Constitution of 1876 was in effect. The first activity of the Ankara Assembly was to form a government. In this direction, two governments were at work, in Istanbul and Ankara. The main aim of the Ankara government was to save the homeland from enemy occupation. Nine months after the opening of the First Assembly the new Constitution was adopted on January 20, 1921, and 102 years have passed. The 1921 Constitution is a short constitution consisting of 23 main articles and 1 separate article. But the provisions of the 1876 Constitution, which are not contrary to the 1921 Constitution are in force. It is seen that, in the first Assembly formed by the Constitution, arrangements were made regarding the basic common points between different views. The parliamentary government system accepted in the Constitution showed a shift towards the parliamentary system in practice. The most important innovations brought by the 1921 Constitution can be summarized as the establishment of the new Turkish State, the abandonment of the monarchy and basing the sovereignty on the people and initiation of republican constitutionalism with the 1923 amendment. In this study, the originality, place of the 1921 Constitution in our history of constitutionalism and the interpretation of the regulations related to the government system in practice within the framework of the parliamentary system were evaluated.

Keywords: 100th Anniversary of the Republic, Grand National Assembly, 1921 Constitution, Turkish Constitutionalism, Parliamentary Government System.

GİRİŞ

Osmanlı dönemi anayasal gelişmelerinin cumhuriyet dönemi anayasacılığına bıraktığı deneyimler önemli birer miras niteliğindedir.¹ İlk Osmanlı Anayasası olarak kabul edilen 1876 Anayasası² ile birlikte mutlak monarşiden meşrutî monarşiye geçilmiş, liberal anayasacılığın temel ilkelerinden olan kuvvetler ayrılığı anılan Anayasa ile kabul edilmiştir.³ Yine yargı bağımsızlığı ilkesi, yargı ayrılığı sistemi, yüksek yargı organları bu dönemde kabul edilerek oluşturulmuştur.⁴ Parlamenter sistemin temelleri bu dönemde atılmış, seçimler ve siyasi partiler bu zaman dilimi içerisinde hayat bulmuştur. Danışma niteliğinde bulunan Meclis-i Ahkam-ı Adliye'den, temsili nitelikte olan Meclis-i Umumi'ye geçiş bu dönemde gerçekleştirilmiştir. Tanzimat ve Islahat Fermanları ile birlikte yazılı metin haline gelen temel hak ve hürriyetler 1876 Anayasası ile güvence altına alınmıştır.⁵

Bazı batı toplumlarında (örneğin İngiltere'de), modern devletler yeniden kurulurken mutlak monarşilerden meşrutî monarşilere geçişler başarılı bir şekilde sağlanmıştır.⁶ Fransa, Almanya gibi güçlü monarşilerde ise mutlak monarşi terk edilerek doğrudan cumhuriyete geçilmiştir.⁷ Osmanlı İmparatorluğu da bu değişime ayak uydurmak yolunda adım atmış, önce meşrutî monarşiye geçmek istemiş ancak I. Dünya Savaşı'na katılması ve bu savaştan mağlup ayrılması sürecin sağlıklı işlemesine engel olmuştur.⁸

1 Abdurrahman **Eren**, Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), 1. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018, s. 101.

2 Kanun-, Esasi.

3 Şeref **İba**, Türk Anayasa Hukuku, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 30-33; Ferhat **Uslu**, "İlk Anayasamız Kanun-u Esasi", Çehre Dergisi, S. 1, 2015, s. 23-26.

4 Kemal **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, 1. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2000, s. 52-55.

5 Ferhat **Uslu**, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Anayasa Hukuku'nun 99 Konusu, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 174-176; **Eren**, s. 101. 1876 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetlerin düzenleniş biçimine ve geçirdiği değişikliklere ayrıca bkz., Ferhat **Uslu**, "1876 Kanun-ı Esaside Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin 1909 Değişiklikleri ve Bu Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 12, 2016, s. 9-28.

6 Cem **Eroğul**, Çağdaş Devlet Düzenleri (İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya), 5. Bası, Kırilangıç Yayınevi, Ankara 2006, s. 1-30.

7 **Eren**, s. 101.

8 Yavuz **Atar**, Türk Anayasa Hukuku, 4. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya 2007, s. 20-21.

İstanbul'un işgali ile başlayan devrede dış egemenlik hiçbir zaman kaybedilmemiş, iç egemenlik ise işgal altında bulunan Osmanlı (İstanbul) Hükûmeti'nden Anadolu'da toplanan Büyük Millet Meclisi'ne geçmiştir.⁹ Misak-ı Milli sınırları içerisinde egemenlik sağlandıktan sonra ise 29 Ekim 1923 tarihinde yönetim şekli olarak monarşiden cumhuriyete geçilmiştir. Dolayısıyla cumhuriyetin ilanı yeni bir devlet kurmaktan ziyade benimsenen yeni yönetim şeklini ifade etmektedir.¹⁰ Bu doğrultuda cumhuriyet dönemi anayasacılığının 1921 Anayasası ile başlayıp günümüze kadar devam ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹¹ 1921 Anayasası, kurtuluş savaşı mücadelesinin verildiği, dolayısıyla ülke için hayati öneme sahip olan bir dönemde uygulanmıştır.¹² Yapım koşulları ve yapım yöntemi incelendiğinde çok zorlu bir süreçten geçildiği açık bir şekilde anlaşılmaktadır.¹³ 1921 Anayasası'nda hüküm bulunmayan konularda 1876 Anayasası'nın 1921 Anayasası¹⁴ ile ters düşmeyen düzenlemelerinin uygulanmasına devam edilmiştir.¹⁵

Çalışmamıza Anayasa'nın yapım koşullarını incelemekle başlayacağız. 1921 Anayasası'nın hazırlandığı ve kabul edildiği dönem içerisindeki olağanüstü şartlar Anayasa'nın özgünlüğünü, işlevini ve uygulandığı dönemde yaşanan zorlukları daha iyi anlamakta bize ışık tutacaktır. Sonrasında ise okuyucuya Anayasa'nın temel özelliklerini sunacağız. Bu konular incelendikten sonra 1921 Anayasası'nın uygulandığı dönem içerisinde yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkilere değineceğiz. Bu başlık

⁹ İlhan **Arsel**, Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları. 1. Bası, Mars Matbaası, Ankara 1965, s. 66.

¹⁰ **Eren**, s. 101.

¹¹ Hasan **Tunç**, Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı), 2. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2018, s. 21.

¹² 1921 Anayasası'nın anayasacılık tarihimizdeki yeri ve önemi hakkında Türk Akademisyenlerince 21-22 Ocak 2021 tarihleri arasında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'nde gerçekleştirilen '1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu'nda sunulan tebliğler için bkz., https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2022/1921_anayasasinin_kabulunun_100_yili.pdf, E. T. 10.03.2023.

¹³ Taner **Timur**, Türk Devrimi ve Sonrası, 1. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2013, s. 18.

¹⁴ 1921 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu.

¹⁵ Müzehher **Yamaç**, "Türkiye Devleti'nin İlk Anayasası 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu", Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 22, TBMM'nin 100. Yılı ve Milli İrade Sayısı, Kasım 2020, s. 5.

altında yapılacak tartışma ve değerlendirmelerdeki amacımız, Anayasa'da kabul edilmiş olan meclis hükûmeti sisteminin uygulamada çıkardığı zorlukları¹⁶ ve bunun zorunlu sonucu olarak 1921 Anayasası'nın hükûmet sistemini düzenleyen hükümlerinin parlamenter sistem dairesinde yorumlanmasını gözler önüne sermektir. Sonuç bölümünde ise Türk anayasacılığının gelişiminde 1921 Anayasası'nın yeri ve meclis hükûmeti sisteminin uygulamada parlamenter sistem çerçevesinde işleminin sebebi konusundaki düşüncelerimizi paylaşacağız.

I. 1921 ANAYASASI'NIN HAZIRLANIŞI

A. Yapım Koşulları

1. 19 Mayıs 1919 Öncesi

1921 Anayasası'nın hazırlanması I. Dünya Savaşı'ndan mağlup çıkan Osmanlı İmparatorluğu'nun işgal edilmesi üzerine başlatılan kurtuluş savaşı dönemine denk gelmektedir. İmparatorluk, I. Dünya Savaşı sonunda önemli miktarda toprak kaybına uğramıştır.¹⁷ Savaşın bitmesinin ardından 30 Ekim 1918 tarihinde onaylanan Mondros Mütarekesi sonucunda, galip devletlerin kendi aralarında yaptıkları toprak paylaşımı doğrultusunda vatan topraklarının işgaline başlanmıştır.¹⁸ Bu gelişme üzerine, ülkenin I. Dünya Savaşı'na katılmasında sorumluluğu olduğu düşünülen İttihat ve Terakki Partisi liderleri yurt dışına çıkmak zorunda kalmıştır.¹⁹ Sultan Mehmet Reşat'ın Temmuz 1918'de vefat etmesi üzerine yerine Sultan Vahdettin tahta çıkarılmış ve tahta çıkan yeni Sultan, 21 Aralık 1918 tarihinde Meclis-i Mebusan'ın feshine karar vermiş, devamında ise 4 Mart 1919 tarihinde Damat Ferit Sadrazam olarak atanmıştır.²⁰

¹⁶ Bu konuda bkz., Osman Korkut **Kanadoğlu**/Ahmet Mert **Duygun**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 2. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s. 272-273.

¹⁷ Şevket Süreyya **Aydemir**, Tek Adam C. 1, 3. Bası, Remzi Kitabevi Yayınları, Ankara 2013, s. 286.

¹⁸ Bilal N. **Şimşir**, Malta Sürgünleri, 1. Bası, Bilgi Yayınevi, Ankara 1985, s. 160-175; **Eren**, s. 102.

¹⁹ Mahmut **Goloğlu**, Üçüncü Meşrutiyet, 1. Bası, Başnur Matbaası, Ankara 1970, s. 104.

²⁰ Fahir **Armaoğlu**, "İngiliz Belgelerinde İstanbul'un İşgali" (16 Mart 1920)", Belleten, C. 62, S. 234, 1998, s. 467; **Eren**, s. 102.

Osmanlı İmparatorluğu, imzalamış olduğu ateşkes antlaşmasının sonucu olarak boğazlar üzerindeki hâkimiyetini, yeraltı kaynaklarının kullanım hakkını, ordusu üzerindeki tüm yetkilerini İtilaf Devletleri'ne devretmek zorunda kalmıştır.²¹ İzmir'i Yunanlılar, Adana'yı Fransızlar, Antalya ve Konya illerini ise İtalyanlar işgal etmiştir. Ayrıca İngilizler, Urfa, Maraş, Antep, Merzifon ve Samsun'a askeri birlik göndermiş, anılan ülkeye ait Kraliyet Donanması Sarayburnu'na demirlemiştir.²² Bu işgallere tepki olarak Trakya Paşaeli Cemiyeti, İzmir Reddi İlhak Heyet-i Milliyesi gibi yerel örgütlenmelerle ulusal direniş başlamıştır.²³

Samsun ve civarında görülen direniş hareketleri işgalci devletlerin dikkatini çekmiş, Osmanlı Hükûmeti'ne bir nota verilerek karışıklığa müdahale edilmesi istenmiş, aksi halde Mondros Ateşkes Antlaşması'nın 7. maddesindeki düzenleme uyarınca bölgenin işgal edileceği açıklanmıştır.²⁴ Osmanlı Hükûmeti bu gelişme üzerine söz konusu karışıklığı bastırmak üzere Mustafa Kemal Paşa'nın görevlendirilmesine karar vermiştir.²⁵ 3. Ordu Müfettişi olarak Mustafa Kemal Paşa'ya verilen görev, bölgede düzenin kurulması, savaş mühimmatının toplanması ayrıca direnişe başlayan toplulukların dağıtılmasından ibarettir.²⁶ Mustafa Kemal Paşa bu doğrultuda 19 Mayıs 1919'da Samsun'a çıkmış ve kurtuluş savaşı fiilen başlamıştır.²⁷

2. 19 Mayıs 1919 Sonrası

Kurtuluş mücadelesinin 19 Mayıs 1919'da Samsun'da başlamasından sonra önemli adımlar atılmaya başlanmıştır. Bunlardan en önemli olanlardan birisi şüphesiz ki 21 Haziran 1919 tarihli Amasya Genelgesi'dir. Yine,

21 Tülay **Duran**, "İstanbul'un İşgali", Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, C. 11, S. 66, 1973, s. 12; **Eren**, s. 102-103.

22 **Eren**, s. 103; **Armaoğlu**, s. 468.

23 **Erdoğan**, s. 45; **Eren**, s. 103; **Armaoğlu**, s. 470.

24 Zekeriya **Türkmen**, "İstanbul'un İşgali ve İşgal Dönemindeki Uygulamalar (13 Kasım 1918-16 Mart 1920)", Atatürk Araştırmaları Merkezi Dergisi, C. 43, S. 53, 2002, s. 319; **Eren**, s. 103.

25 Can **Erdem**, "İtilaf Devletlerinin İstanbul'u Resmen İşgali ve Faaliyetleri", Atatürk Araştırmaları Merkezi Dergisi, C. 21, S. 62, 2005, s. 677; **Eren**, s. 103.

26 Bülent **Tanör**, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 3. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006, s. 227.

27 Ahmet **Demirel**, İlk Meclisin Vekilleri, 4. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2020, s. 16.

7 Ağustos 1919 tarihinde Erzurum'da, 4 Eylül 1919 tarihinde Sivas'ta gerçekleştirilen Kongreler büyük önem arz etmektedir. Anılan Kongrelerin önemi, yüksek sesle “millet egemenliği” fikrinin dile getirilmiş olunmasından kaynaklanmaktadır.²⁸ Kongrelerin tümünde istiklalın milletin kendi çabası ile kazanılacağına, milli iradenin hâkim kılınacağına vurgu yapılmıştır.²⁹ İstanbul Hükûmeti, Mustafa Kemal Paşa'nın halkla birlikte gerçekleştirdiği bu faaliyetleri İstanbul Hükûmeti'ne karşı bir ayaklanma olarak görmüş ve geri dönmesini istemiştir.³⁰ Mustafa Kemal Paşa'nın kendisine verilen talimatı reddetmesi üzerine, 8 Temmuz 1919 tarihinde ordu müfettişliği görevine son verilmiş ve hakkında tutuklama emri çıkarılmıştır.³¹ Kazım Karabekir Paşa bu emre uymamış ve Mustafa Kemal Paşa'ya sadık olduğunu beyan etmiştir.³² Yaşanan gelişmeler, Mustafa Kemal Paşa'nın İstanbul Hükûmeti'nden ayrı olarak Ankara'da başlayan ulusal direnişin lideri konumuna gelmesinin yolunu açmıştır.³³

Amasya, Erzurum ve Sivas Kongrelerinin yapılması, milli egemenlik yetkilerinin aşama aşama Büyük Millet Meclisi'ne geçmesinin yolunu açmıştır.³⁴ Erzurum Kongresi'nde Mustafa Kemal Paşa'nın liderliğini yaptığı “Heyet-i Temsiliye” ismiyle bir yürütme organının seçilmiş olması dikkate değerdir.³⁵ Sivas Kongresi'ne de Anadolu'nun birçok yerinden temsilciler katılmış ve Kongre sonunda alınan kararlar birlikte, ülkede işgale karşı başlatılan tüm direniş örgütlenmeleri “Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti” çatısı altında toplanmıştır.³⁶ Ülkede yaşanan bu

28 Mustafa Kemal **Atatürk**, Nutuk C. 2, 12. Bası, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1971, s. 431-432; **Eren**, s. 103; **Armaoğlu**, s. 470.

29 **Atatürk**, s. 431-432; **Eren**, s. 103; **Armaoğlu**, s. 472; **Tanör**, s. 278.

30 Doğan **Avcıoğlu**, Milli Kurtuluş Tarihi, 3. Bası, Tekin Yayınevi, İstanbul 1998, s. 135.

31 Burak **Çelik**, Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası, 1. Bası, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007, s. 46-47.

32 **Erdoğan**, s. 43; **Eren**, s. 103; **Tanör**, s. 277.

33 Ali **Çiftçi**, “Milli Mücadelede Liderlik Sorunu ve Kazım Karabekir”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, S. 50, 2012, s. 376-377.

34 **Eren**, s. 103; **Tanör**, s. 277.

35 **Eren**, s. 103; **Tanör**, s. 277; **Erdoğan**, s. 43.

36 **Eren**, s. 103; **Tanör**, s. 277; **Erdoğan**, s. 43.

gelişmeler İstanbul Hükûmetini de etkilemiş ve anılan hükûmet istifa etmek yönünde karar almıştır.³⁷ Meclis-i Mebusan'ın 12 Ocak 1920'de gerçekleştirdiği toplantıda Misak-ı Milliye kabul etmesi üzerine İngilizler Osmanlı Meclisi'ni dağıtmıştır.³⁸ Bu gelişme üzerine Mustafa Kemal Paşa, Ankara'da olağanüstü yetkilere sahip bir meclise üye seçiminin yapılacağını duyurmuştur.³⁹ Bu doğrultuda nüfusuna bakılmaksızın her livadan (sancaktan) 5 mebus, belediye meclis üyeleri ile Müdafaa-i Hukuk Cemiyetlerinin yönetim kurulu üyelerinin ikinci seçmen olarak görev alacağı 232 temsilci ve Meclis-i Mabusan'ın 92 üyesinin iştirakiyle 23 Nisan 1920 tarihinde "Büyük Millet Meclisi" kurulmuştur.⁴⁰ Dikkat edileceği üzere kurulan yeni yasama organının ilk ismi "Büyük Millet Meclisi"dir.⁴¹ Büyük Millet Meclisi'nin isminin başına "Türkiye" ibaresi, İcra Vekillerinin 8 Şubat 1921 tarihinde aldığı karar sonrasında konulmuştur.⁴² İcra Vekilleri Heyetine çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı bir şekilde değineceğiz.

Bu dönemde Ankara hükûmeti tarafından hazırlanan belgelerin birçoğunda, Büyük Millet Meclisi'nin bir amacının da vatani düşman işgalinden kurtarmakla birlikte, Saltanat ve Hilafet makamlarını da korumak olduğu ifade edilmektedir.⁴³ Bu belgelerde yeni bir devlet düzeninin oluşumundan özellikle bahsedilmemiştir.⁴⁴ Büyük Millet Meclisi'nin kuruluş aşamasında Mustafa Kemal Paşa, Büyük Millet Meclisi'ne "kurucu meclis" olma niteliğini öne çıkaran "Meclis-i Müessisan" ismini vermek istemiş ise de, yakın çevresinden gelen tepkiler ve uyarılar doğrultusunda bu düşüncesinden vazgeçmiştir.⁴⁵ Kaldı ki Büyük Millet Meclisi kurulduktan

³⁷ Eren, s. 103; Tanör, s. 277; Erdoğan, s. 43; Türkmen, s. 320.

³⁸ Eren, s. 103; Tanör, s. 277; Erdoğan, s. 44.

³⁹ Taha Niyazi Karaca, Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1. Bası, Ankara 2004, s. 317; Eren, s. 103; Tanör, s. 277; Erdoğan, s. 44.

⁴⁰ Eren, s. 103; Tanör, s. 233; Bıyıklıoğlu, s. 648.

⁴¹ Tarık Zafer Tunaya, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 23, S. 3-4, 1958, s. 213.

⁴² Eren, s. 103; Tanör, s. 233; Bıyıklıoğlu, s. 648.

⁴³ Fahri Çoker, Türk Parlamento Tarihi-Millî Mücadele Dönemi ve TBMM I. Dönem C. 3, 1. Bası, TBMM Vakfı Yayınları, 1993, s. 1010.

⁴⁴ Taha Parla, Türkiye'de Anayasalar, 3. Bası, Metis Yayınları, İstanbul 2016, s. 22.

⁴⁵ Atatürk, s. 421.

sonra kendi çalışma düzenine ilişkin düzenlemelerin yapılması aşamasında, bazı mebusların Kanun-i Esasi'ye bağlı olduklarına dair ifadeler kullandıklarına şahit olunmuştur.⁴⁶ Büyük Millet Meclisi, 7 sayılı Kanunu kabul ederek, kendisinin de onay vermesi şartıyla İstanbul Hükûmeti'nin bugüne kadar yaptığı, ayrıca ileride yapacağı anlaşmaların geçerli olacağını duyurmuştur.⁴⁷ Büyük Millet Meclisi'nin o zaman zarfında hazırladığı bazı belgelerde de, “Zat-i Hazret-i Padişahi”, “Hanedan-ı Saltanat”, “Osmanlı Hükûmeti” ve “Devlet-i Aliyye” terimlerini kullanmaya devam ettiği görülmektedir.⁴⁸

Ankara'da kurulan yeni Meclisin bu tutumu, milli mücadele devam ederken yeni bir rejim bunalımı başlatmamak, öncelikle Misak-ı Milli sınırları içerisinde tam bağımsızlığı ve egemenliği sağlamak düşüncesinde yatmaktadır.⁴⁹ Diğer taraftan, İstanbul'da bulunan Meclisin İngilizler tarafından dağıtılması üzerine Ankara'da olağanüstü yetkileri haiz yeni bir yasama organının kurulmuş olması, pratikte egemenlik yetkilerinin İstanbul Hükûmeti'nden Ankara Hükûmeti'ne geçmiş olduğunu ifade etmektedir.⁵⁰

B. Yapım Yöntemi

1921 Anayasası, Ankara'da kurulan yeni Meclisin doğrudan kendi yasama yetkisine dayanarak kabul etmiş olduğu bir anayasadır.⁵¹ Çalışmanın başlangıç bölümünde de ifade ettiğimiz üzere, 1921 Anayasası kabul edilirken 1876 Anayasası halen yürürlükteydi. Ancak 1921 Anayasası kabul edilirken 1876 Anayasası'nın hükümleri uygulanmamış, Büyük Millet Meclisi kendi egemenliğinden aldığı yetki ile 20 Ocak 1921 tarihinde 1921 Anayasası'nın kabulüne karar vermiştir.⁵² Mustafa Kemal Paşa, 20

⁴⁶ Eren, s. 103; Tanör, s. 277.

⁴⁷ Eren, s. 106; Tanör, s. 279; Erdoğan, s. 45.

⁴⁸ Tanör, s. 244-245; Eren, s. 103.

⁴⁹ Ali Fuat Cebesoy, Sınıf Arkadaşım Atatürk, 1. Bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 1966, s. 44-52.

⁵⁰ Tanör, s. 244; Eren, s. 103

⁵¹ Ergun Özbudun, 1921 Anayasası, 1. Bası, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 1992, s. 51; Erdoğan, s. 47.

⁵² Öykü Didem Aydın, Biz Halk: Egemenliğin Sahibi, Halkın Kurucu Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı, 1. Bası, Yetkin Yayınları 2011, s. 59; İhsan Güneş, “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun (1921 Anayasası'nın) Yapılış Süreci”,

Ocak 1921 tarihinde Sadrazam Tevfik Paşa'ya hitaben kaleme aldığı bir telgrafta, 1876 Anayasası'nın 1921 Anayasası ile uyumsuzluk göstermeyen hükümlerinin geçerliliğini koruduğunu bildirmiştir.⁵³ Esasen bu bildirimden, 1876 Anayasası'nın artık anayasal niteliğini kaybetmiş olduğu, yeni meclis tarafından kanun hükmünde kabul edildiği sonucu da çıkarılabilir.⁵⁴

Ankara'da kurulan yeni Meclis 23 Nisan 1920 tarihinde ilk toplantısını yapmıştır. Ancak yeni Meclis, 1921 Anayasası'nın kabulüne karar vermeden önce, egemenlik yetkilerini nasıl kullanacağına ilişkin kanunu kabul etmiştir.⁵⁵ Devamında 25 Nisan 1920'de yasama kuvveti belirlenmiş ve 2 Mayıs 1920 tarihinde de icra vekillerinin seçilme yöntemine dair kanun çıkarılmıştır.⁵⁶ Anılan kanun ile birlikte kuvvetler birliğine dayanan meclis hükûmeti sisteminin ilk adımları atılmış olsa da, ileride görüleceği gibi uygulamada bu sistemden önemli sapmalar olmuştur.⁵⁷ Uygulanan hükûmet sistemi ve bu sistemin uygulanması konusuna çalışmanın devamında daha ayrıntılı değineceğiz. Nisab-ı Müzakere Kanunu'nun 5 Eylül 1920'de kabul edilmesiyle birlikte yasama organının çalışma usulü belirlenmiştir.⁵⁸ Taslak metin İcra Vekilleri Heyetince hazırlanmış, 18 Eylül 1920'de Meclis Genel Kuruluna sunulmuş, iki ay süren görüşmeler sonrasında 21 Ocak 1921 tarihinde 1921 Anayasası, özel bir karar yeter sayısı aranmaksızın kabul edilmiştir.⁵⁹ Gerçekten de Anayasa'nın kabul edilme süreci incelendiğinde, yasama organının egemenlik yetkilerini herhangi bir anayasadan almadığı, milletin kendisine vermiş olduğu egemenlik yetkisinden yola çıkarak kendi çalışma ve işleyiş kurallarını belirlediği ve bu

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 20, S. 2, 2020, s. 237; Osman Can, Kurucu İktidar, 1. Bası, Alfa Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 74.

53 **Erdoğan**, s. 47.

54 **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 68.

55 **Erdoğan**, s. 47.

56 **Erdoğan**, s. 47.

57 Kuvvetler birliği ilkesinin anlamı ve anılan ilkenin ülkemizde uygulanması hakkında bkz., Sedat **Yazıcı**/Fatih **Yazıcı**, "1921 ve 1924 Anayasalarında Kuvvetler Birliği/Ayrınlığı Tartışması", Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, S. 59, 2011, s. 235-254.

58 **Erdoğan**, s. 47.

59 **Erdoğan**, s. 46.

kurallar doğrultusunda Anayasa'yı kabul ettiği anlaşılmaktadır.⁶⁰ Bu örnek bize, anayasaların hukuki temellerini başka bir anayasadan almalarının zorunlu olmadığını, egemenlik yetkisini kullanan meşru bir iktidarın da yeni bir anayasayı her zaman kabul edebileceğini göstermektedir.

Anadolu'daki direnişin başlamasıyla birlikte Ankara'da olağanüstü yetkilere haiz olan yeni bir meclisin kurulması, egemenlik yetkilerinin de yeni kurulan meclise geçtiği anlamına gelmektedir. Egemenlik yetkisine dayanılarak çıkarılan kanunlarla öncelikle söz konusu yetkileri kullanan organlar ve usuller belirlenmiş, sonrasında 1921 Anayasası kabul edilmiştir.⁶¹ Uygulanan usul ile yeni Anayasa'nın kabul edilmesi, hukuk dışı bir olay olmaktan çıkarılmaktadır. Kanaatimizce de anayasaların yürürlükte olmadığı dönemler "hukuk boşluğu" olarak nitelendirilemez. Ancak bu konuda görüş farklılıkları da bulunmaktadır. Örneğin Gözler, 1921 Anayasası'nın yapılışında başka bir anayasa hükmüne bağlı kalınmamasının hukuk dışılık olduğunu ve mevcut iktidarın da meşruluktan ziyade "eylemsellik" arz ettiğini düşünmekte, Anayasa'nın yapım çalışmalarına ilişkin dönemi de "hukuk boşluğu" olarak kabul etmektedir.⁶²

II. 1921 ANAYASASI'NIN TEMEL ÖZELLİKLERİ

1921 Anayasası hükümleri incelendiğinde, bir anayasada bulunması gereken temel konularda düzenleme yapılmadığı anlaşılmaktadır.⁶³ Örneğin Anayasa'da yasama ve yürütme kuvvetlerinin nasıl kullanılacağı düzenleme altına alınmış olduğu halde, temel hak ve hürriyetler ile yargı organına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine Anayasa'da bir başlangıç metni bulunmadığı gibi benimsenen ideolojiyi yansıtan belirgin bir açıklama da bulunmamaktadır.⁶⁴ Bu oluşum, Anayasa'nın asıl amacının kurutuluş savaşını yönetecek olan Büyük Millet Meclisi'nin yetkilerini

60 Şükrü **Karatepe**, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 103.

61 *Ceride-i Resmîye*, 7 Şubat 1337, s. 89-91.

62 **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 68.

63 **Orhan Aldıkaçtı**, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 1. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 82-83; **Atar**, s. 23.

64 **Yamaç**, s. 208. "anayasalar ve ideoloji" kavramı hakkında bkz., **Ferhat Uslu/Mehmet Akgül**, "Anayasalarda Etkili Olan Temel Düşünce Sistemleri Ya Da İdeolojiler", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 179, 2017, s. 5397-5421.

belirlemekten ibaret olduğu düşüncesine dayandırılmaktadır.⁶⁵ Ayrıca, 1921 Anayasası'nda hüküm bulunmayan konularda 1876 Anayasası hükümlerinin geçerli olduğunun altını yine çizmekte fayda vardır. Henüz hilafet ve saltanat kaldırılmamış olduğu için bu konularda tartışma yaratmak suretiyle, işgale karşı verilen direniş ruhunun kırılması istenmemiştir.⁶⁶ 1921 Anayasası'nda ilk kez "millet egemenliği" kavramına yer verilmiş, monarşi terk edilerek egemenliğin halka dayandırılması suretiyle yeni Türk Devleti kurulmuş, yerel yönetimlerin kurulması ve 1923 değişikliği ile birlikte de cumhuriyet anayasacılığı başlatılmıştır.⁶⁷ 23 maddeden oluşan Anayasa'da 14 maddenin (m. 10-23) yerel yönetimlere ayrılmış olması dikkat çekicidir.⁶⁸ Bu yenilikler liberal anayasacılığın izlerini taşımaktadır.⁶⁹ Diğer taraftan, 1921 Anayasası'nda "kuvvetler birliği" esasının benimsenmiş olması ise liberal anayasacılık ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.⁷⁰

A. Yumuşak ve Çerçeve Anayasa Olma Niteliği

1921 Anayasası'nda, bir anayasa değişikliğinin hangi usul ile yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumdan, Anayasa'nın herhangi bir maddesinin değiştirilmesinde, kanunların değiştirilmesinde izlenecek olan yöntemin aynısının uygulanacağı sonucu çıkmaktadır. Kaldı ki hatırlanacağı üzere 1921 Anayasası'nın kabulünde, katı anayasalarda olduğu gibi nitelikli karar yeter sayısı değil, kanunların yapımında aranan genel karar yetersayısı uygulanmıştı.⁷¹ Kurtuluş savaşının

65 Eren, s. 105; Yamaç, s. 208-209.

66 Eren, s. 104; Yamaç, s. 209.

67 Ömer Keskinsoy/Semih Batur Kaya, "Türk Anayasacılığının Dünü ve Bugünü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 1, 2021, s. 53.

68 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Murat Sevinç/Dinçer Demirkent, Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası (1921 Anayasası ve Tutanakları), 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.

69 Liberal anayasacılık kavramı hakkında bkz., Fatih Özkul, "Liberal Demokratik Anayasacılık Anlayışı Bağlamında Türkiye Cumhuriyeti 1924 Anayasası'nın Değerlendirilmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 112, Y. 6, Aralık 2018, s. 591-597.

70 Eren, s. 105.

71 Tanör, s. 248-249.

devam ettiği süreçte yeni anayasanın kabulünü zorlaştırıcı usullere bağlamak da akılcı bir tutum olmayacaktı.⁷² 1921 Anayasası'nda anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığına yönelik bir hüküm de yer almamaktadır.

1921 Anayasası metni, toplam 23 madde ile 1 madde-i münferide'den (ayrı maddeden) ibarettir. Anayasa, “kısa” ve “çerçeve” anayasa olma niteliği göstermektedir.⁷³ Anayasa hükümleri incelendiğinde düzenlemelerin, yasama organının oluşumu ve yerel yönetimler ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa'nın kısa ve çerçeve niteliği “geçiş dönemi anayasası” olması ile de açıklanmaktadır.⁷⁴ Bu düşünce Anayasa'nın madde-i münferidesi'nde yer alan “öngörülen hedeflere ulaşılmasına kadar” Meclisin toplantı halinde olacağına yönelik düzelemeden de anlaşılmaktadır.⁷⁵ Öngörülen hedefin ise kurtuluş savaşını kazanmak olduğu şüphe götürmemektedir.

B. Millet Egemenliğinin Kabul Edilmesi

Anayasa'da devletin genel nitelikleri hakkındaki tek düzenleme millet egemenliği ilkesidir.⁷⁶ Gerçekten de, 1923 yılında yapılan değişiklik öncesindeki 1. maddenin orijinal haline bakıldığında, “*Hâkimiyet bilâ kaydû şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir.*” düzenlemesi karşımıza çıkmaktadır. Mondros Antlaşması'nın ardından başlayan işgallere karşı bir tepki olarak doğan Anadolu Direnişi, egemenliğin saltanat makamından millete geçmesinin yolunu açmış, Amasya, Erzurum ve Sivas Kongrelerinin hepsinde milli hâkimiyete vurgu yapılmıştır.⁷⁷ 1921 Anayasası ile anılan Kongrelerde fiilen kabul edilen bu ilke Anayasa hükmü haline getirilmiş olmaktadır.

⁷² Tanör, s. 249.

⁷³ 1921 Anayasası metni için bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/files/anayasa/docs/1921/1921ilkmetin/1921-ilkhali.pdf>, E.T. 28.03.2023.

⁷⁴ Eren, s. 106.

⁷⁵ Burak Çelik Demirhan, Kurucu İktidar Hükümet Sistemi-Vatandaşlık ve İdari Yapılanma Tartışması Çerçevesinde 1924 Anayasası'nın Yapım Süreci, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 17.

⁷⁶ Barış Kandeğer, “1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu Bağlamında ‘Meclis hükümeti Sistemi ve Ademi Merkeziyetçilik’”, Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2021, s. 15.

⁷⁷ Selim Özcan, “Amasya Genelgesi'nin Erzurum ve Sivas Kongreleri Üzerindeki Etkisi”, Amasya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 1, 2013, s. 69-73.

Millet egemenliği anlayışı ilk dile getirildiğinde, hilafet ve saltanata karşı olmaktan ziyade egemenlik yetkilerinin millet tarafından seçilmiş olan yasama organınca kullanılması anlamında yorumlanmıştır.⁷⁸ Nitekim kurtuluş savaşında büyük öneme sahip olan Erzurum ve Sivas Kongrelerinde millet egemenliğine vurgu yapılırken, işgale karşı ulusal direnişin bir diğer amacının da hilafet ve saltanatı kurtarmak olduğu belirtilmektedir.⁷⁹ Büyük Millet Meclisi'nin kurulmasından sonra, yasama organının çalışma düzenini belirlemek amacıyla 5 Eylül 1920 tarihinde kabul edilen Nisab-ı Müzakere Kanunu'nun ilk maddesindeki "*Büyük Millet Meclisi, hilafet ve saltanatın, vatan ve milletin istihlâs ve istiklâlinden ibaret olan gayesinin husulüne kadar şeraiti âtiye dairesinde müstemirren inikat eder.*" şeklindeki düzenlemeye bakıldığında konu daha net bir şekilde anlaşılmaktadır. Esasen buradaki önemli nokta, dönemin şartları içerisinde millet egemenliği ile hilafet ve saltanat kavramları arasında bir çelişki görülüyor olmasıdır.⁸⁰

C. Meclis Hükûmeti Sisteminin Benimsenmesi

1921 Anayasası'nda meclis hükûmeti sistemi kabul edilmiştir.⁸¹ Ancak anılan sistem, Anayasa'dan önce çıkartılmış olan bir kanun ile düzenleme altına alınmıştır. Büyük Millet Meclisi ilk kurulduğu anda gündeme, bir hükûmet oluşturma yani yürütme organının ne şekilde oluşturulacağı meselesi gelmiştir.⁸² Bazı üyeler, yasama organından ayrı bir yürütme or-

⁷⁸ **Tanör**, s. 279-280.

⁷⁹ **Eren**, s. 106; **Tanör**, s. 240.

⁸⁰ **Tanör**, s. 279-280.

⁸¹ Metin **Bulut**, "Türk Anayasal Gelişme Tarihinde Egemenlik Kavramının Geçirdiği Dönüşümün Ana Hatları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 14, Y. 7, 2019, s. 102-104; Ferhat **Uslu**, Anayasa Hukuku, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 195-197; **Güneş**, s. 250; **Gözler**, Türk Anayasa Hukuku, s. 21; **Parla**, s. 12. Meclis hükûmeti sistemi hakkında ayrıca bkz., Ergun **Özbudun**, 1921 Anayasası, 1. Bası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara 1992, s. 51-57; Ergun **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 26-31; Erdoğan **Teziç**, Anayasa Hukuku, 25. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2017, s. 498-503; Fazıl **Sağlam**, Anayasa Hukuku Ders Notları, 1. Bası, Yakındoğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2013, s. 141-143; İbrahim Özden **Kaboğlu**, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 16. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 146; Ömer **Anayurt**, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 4. Bası, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2021, s. 497-505.

⁸² **Yamaç**, s. 206.

ganı oluşturulması fikrine karşı çıkararak, saltanat ve hilafetin kurtarılmasına kadar sürecek olan geçiş döneminde, yürütme görevinin Meclis Encümenleri tarafından yerine getirilmesinin doğru olacağını savunmuştur.⁸³ Mustafa Kemal Paşa da Meclisin ilk toplantısında, hükûmetin kurulması aşamasında vermiş olduğu teklifte, arızı olsa bile bir hükûmet başkanı tanımının uygun olmayacağını, yasama organının mutlak üstünlüğü anlayışından yola çıkılarak, meclis başkanının yine meclis tarafından atanacak olan icra heyetinin de başı olması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁴ Bu doğrultuda Büyük Millet Meclisi 5 numaralı kararıyla “kuvve-i icraiye teşkili” oluşturulmasını kabul ederek, hükûmetin kurulması çalışmalarını yürütmek üzere Mustafa Kemal Paşa'nın liderliğinde bir geçici “İcra Encümenliği” kurulmasını benimsemiştir.⁸⁵ Bu doğrultuda yapılan çalışmalar sonucunda, 2 Mayıs 1920 tarihinde, 3 sayılı “İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun” kabul edilmiştir. Anılan Kanun ile Anayasa'nın kabulünden önce kuvvetler birliği ilkesine dayanan meclis hükûmeti sistemi benimsenmiş olmaktadır.⁸⁶ İlgili Kanun uyarınca icra vekilleri, yasama organı üyeleri içinden isim isim seçilecektir. Bu seçimde mutlak çoğunluk aranacak ve üyeler arasında çıkan ihtilaflar yine yasama organı tarafından çözülecektir.⁸⁷

Meclis hükûmeti sisteminin en karakteristik özelliği, yasama ve yürütme organlarına ait olan yetkilerin yasama organında birleşmiş olmasıdır.⁸⁸ Bu kabule uygun olarak Anayasa'nın 2. maddesinde “*İcra kudreti ve teşri salâhiyeti milletın yegâne ve hakikî mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder.*” hükmü bulunmaktadır. Bir sonraki maddedeki düzenlemede de “*Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükûmeti Büyük Millet Meclisi Hükûmeti unvanını taşır.*” düzenlemesi hüküm altına alınmıştır. Belirtilen düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, Anayasa'da teorik anlamda meclis hükûmeti sistemi

83 Eren, s. 106.

84 Bkz., “İcra Vekilleri Heyeti”, Atatürk Ansiklopedisi, <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/icra-vekilleri-heyeti/>, E.T. 01.03.2023.

85 Bkz., “İcra Vekilleri Heyeti”, Atatürk Ansiklopedisi, <https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/icra-vekilleri-heyeti/>, E.T. 01.03.2023.

86 Eren, s. 106-107.

87 Tanör, s. 306.

88 Hakan Özdemir, 100 Soruda Hükümet Sistemleri (Birleşik Krallık-Almanya-ABD-Fransa-İsviçre-Türkiye), 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 100-103.

benimsenmiştir. Meclis hükûmeti sisteminde, parlamenter sistemden farklı olarak bakanlar tek tek yasama organı tarafından seçilmekte, seçilen bakanlara yine yasama organı tarafından yön verilmekte ve gerektiğinde bakanlar yasama organı tarafından değiştirilebilmektedir.⁸⁹ Anayasa'nın 8. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında da, “*Büyük Millet Meclisi Hükûmetinin inkisam eylediği devairi kanunu mahsus mucibince intihapkerdesi olan vekiller vasıtasıyla idare eder. Meclisi icraî hususat için vekillere veche tâyin ve ledelhace bunları tebdil eyler.*” hükmü ile anılan özelliklerin Anayasa’da kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Meclis hükûmeti sisteminin bir diğer önemli özelliği, meclis başkanının devlet başkanlığı yetkilerini kullanmakla birlikte yasama organına da başkanlık etmesidir.⁹⁰ 1921 Anayasası'nın 9. maddesindeki düzenlemeye baktığımızda da yine bu özelliği belirten “*Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiyesi tarafından intihap olunan reis bir intihap devresi zarfında Büyük Millet Meclisi Reisidir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına ve Heyeti Vekile mukarreratını tasdika salâhiyettardır. İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak Büyük Millet Meclisi Reisi Vekiller Heyetinin de reisi tabiisidir.*” hükmünün düzenleme altına alındığını görmekteyiz.

1921 Anayasası'nın kurutuluş savaşı zamanına denk geldiği, bu koşullar altında yapıldığı göz önüne alındığında, hükûmet modeli olarak meclis hükûmeti sisteminin kabul edilmiş olması gayet akılcı bir yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹¹ Vatan topraklarının işgaline karşı silahlı direnişe geçilmiş olduğu bir dönemde, hem egemenlik yetkilerinin millete ait olduğu vurgulanmakta hem de hilafet ve saltanatın kurtarılacağı ifade

89 Serap **Yazıcı**, Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme, 1. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002, s. 117; Ali Fuat **Başgil**, Esas Teşkilat Hukuku C. I, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1960, s. 229; Recai Galip **Okandan**, “Parlamentarizm ve Bugünkü Şekli” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası”, C. 1, 1935, s. 316.

90 **Özdemir**, s. 102-103.

91 Fevzi **Demir**, “Cumhuriyet Dönemi Türk Anayasaları ve Hükümet Sistemleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Seyfullah Edis’e Armağan, 2000, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Fevzi-Demir3.pdf>, s. 61-62, E.T. 21.2.2023.

edilmektedir.⁹² Böylesine bir süreçte, devlet erkleri arasında tartışma yaratılmaksızın egemenlik yetkilerinin sadece Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılmasını benimsemek tek çare gibi gözükmektedir.⁹³ Ancak daha önce de değindiğimiz gibi 1921 Anayasası'nın uygulamasında meclis hükûmeti sisteminden önemli sapmalar olmuştur.

D. Devlet Başkanının Yokluğu

1921 Anayasası'nda cumhurbaşkanlığı makamı kabul görmemiştir.⁹⁴ Anayasa'da devlet başkanlığının kabul edilmemesinin nedenini pratik düşüncede aramak daha doğru bir yaklaşım tarzı olacaktır.⁹⁵ O zaman zarfında meclisteki milletvekillerinin bir kısmı, kurutuluş mücadelesinin bir amacının da saltanatı kurtarmak olduğuna inanıyor ve bu doğrultuda da padişahın varlığını destekliyordu.⁹⁶ Bir devlet başkanlığı makamının oluşturulması, bu milletvekillerinin kurtuluş savaşına verdiği desteği azaltabilir ve ana amaç olan bağımsızlığın kazanılmasına sekte vurabilirdi. Bu kabulü Mustafa Kemal Paşa Nutuk'ta şu şekilde açıklamaktadır:

“Milli Mücadelenin, başarıya yaklaştıkça, safha safha bugünkü döneme kadar milli irade rejiminin bütün ilke ve gereklerini yerine getirmesi tabii ve kaçınılmaz bir tarihi akış idi... Bu kaçınılmaz tarihi akışı daha başlangıçta ben de görmüş ve sezmişim. Ancak, sonuna kadar devam etmiş olan bu sezgimizi başlangıçta bütün yönleri ile açığa vurup ifade edemedik. Gelecekteki ihtimaller üzerine fazla konuşmak, girdiğimiz gerçek ve maddi mücadeleye hayalî bir macera niteliği verebilirdi. Dış tehlikenin yakın etkilerini derinden duyanlar arasında, geleneklerine, düşünce kabi-

92 Mustafa **Oral**, “Ulusal Bağımsızlık Savaşı Yıllarında Türkiye’de Hilafet ve Saltanat Sorunu”, Atatürk Yolu Dergisi, C. 5, S. 18, 1996, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/20700>, s. 167-168, E.T. 23.02.2023.

93 Rıdvan **Akın**, “1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Hukuk Tarihimizdeki Önemi”, Tarih Vakfı, <https://tarihvakfi.org.tr/etkinlikler/etkinlik/prof-dr-ridvan-akin-1921-teskilat-i-esasiye-kanununun-hukuk-tarihimizdeki-onemi/>. E.T. 25.02.2023.

94 Osman **Can**, “1921 Anayasası’nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik Başarısızlık Hikâyesi” Anayasa Yargısı, C. 38, S. 1, 2021, s. 160.

95 Hüseyin Nail **Kubalı**, Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, 1. Bası, Tan Matbaası, İstanbul 1959, s. 392.

96 Bkz., **Atatürk**, s.11.

liyetlerine ve ruh yapılarına aykırı olan muhtemel değişmelerden ürkeceklerin ilk anda direnme güçlerini harekete geçirebilirdi. Başarı için pratik ve güvenilir yol, her safhayı vakti geldikçe uygulamaktı.”⁹⁷

Mustafa Kemal Paşa, 25 Eylül 1920 tarihinde yapılan gizli oturumda, saltanatın ilerideki durumu ve yasama organının saltanata karşı nasıl bir tavır sergileyeceği hususunda da şu ifadelerde bulunmuştur:

“Türk milletinin ve onun tek temsilcisi bulunan yüce Meclisin, vatanın ve milletin istiklâlini, hayatını kurtarmaya çalışırken, hilâfet ve saltanatla, Halife ve Sultanla bu kadar çok meşgul olması sakıncalıdır. Şimdilik bunlardan hiç söz etmemek yüksek menfaatlerimiz gereğidir. Eğer maksat, bugünkü Halife ve Padişaha bağlılık ve sadakatten ayrılmadığını söylemek ve belirtmekse bu zat haindir. Düşmanların vatan ve millet aleyhine kullandıkları bir maşadır. Buna Halife ve Padişah deyince, millet onun emirlerine uyararak düşmanın emellerini yerine getirmek mecburiyetinde kalır. Hain veyahut makamının kudret ve yetkilerini kullanması yasaklanmış olan zat, zaten Padişah ve Halife olamaz. O halde ‘Onu tahttan indirip yerine derhal diğerini seçeriz demek istiyorsanız, buna da bugünün durum ve şartları elverişli değildir. Çünkü tahttan indirilmesi gereken zat, milletin yanında değil, düşmanların elindedir. Onun varlığını yok sayarak bir diğerine itaat etmek tasavvur ediliyorsa, bugünkü Halife ve Sultandan vazgeçmeyerek İstanbul’daki kabinesiyle bugün olduğu gibi makamında oturup faaliyetini devam ettireceğine göre, millet ve yüce Meclis, asıl gayesini unutup da halifeler davasıyla mı uğraşacaktır. Ali ve Muaviye devrini mi yaşayacağız? Özet olarak, bu konu geniş, nazik ve önemlidir. Çözümü, bugünün işlerinden değildir. Meseleyi kökünden çözmeye girişecek olursak, bugün içinden çıkamayız. Bunun da zamanı gelecektir”.⁹⁸

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere başkansız devlet formülü, saltanat taraftarlarının kurtuluş mücadelesine sekte vurmalarına engel olmak, milli mücadelenin bütünlüğünü bozmamak için bulunmuştur.⁹⁹ Kaldı ki, Mustafa Kemal Paşa’nın da belirttiği gibi “vakti geldiğinde”, yani kurutuluş savaşı kazanıldıktan sonra bir devlet başkanlığı makamı kabul edilmiştir. Mustafa Kemal Paşa, Rauf Bey’in cumhuriyetin ilanı

97 Bkz., **Atatürk**, s.11.

98 Bkz., **Atatürk**, s. 385.

99 Sinem **Şirin**, Birinci Meclis Döneminde Yürütme Erki, 1. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul 2017, s. 54.

aşamasında sergilediği tavırları eleştirirken de bu düşüncesini ortaya koyma fırsatı bulmuştur. Rauf Bey'in yönetim şeklinin cumhuriyet olarak kabul edilmesine yönelik tepkilerini değerlendirirken, kabul edilen hükümet modelinin zorunluluktan ve geçiş döneminden kaynaklandığının bilinmesi gerektiğini beyan etmiştir.¹⁰⁰ Kanaatimizce Mustafa Kemal Paşa başkansız devlet formülü ve meclis hükümeti sistemini, pratikten kaynaklanan bir zorunluluk olarak çok öncesinde kendi zihninde belirlemiştir.

E. İstiklal Mahkemelerinin Kurulması

1921 Anayasası'nda yargı organı ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmadığını, Anayasa'da hüküm bulunmayan konularda ise yine Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla 1876 Anayasası hükümlerinin yürürlükte olduğunu yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla 1876 Anayasası'nın yargı organı ile ilgili düzenlemeleri¹⁰¹ 1921 Anayasası döneminde de uygulanmıştır. 1921 Anayasası uygulamasında yasama organı her konuda sınırsız bir yetkiye sahip olduğu için yargılama alanında özel kanunlarla düzenleme yapma yolu seçilmiştir.¹⁰² İstiklal Mahkemeleri de bu kapsamda "özel mahkemeler" olarak kurulmuştur. 11 Eylül 1920 tarihinde kabul edilen 21 sayılı Kanun bu amaç doğrultusunda çıkarılmıştır. Anılan Kanun uyarınca 7 adet İstiklal Mahkemesinin kurulmasına, üyelerinin yasama organı tarafından atanmasına karar verilmiştir.¹⁰³ Bu mahkemelere Meclis tarafından ve Meclis içinden 21 üye seçilmiştir.¹⁰⁴ Takdir olunacağı üzere, üyeleri Meclis tarafından atanan bu mahkemeler kanuni hâkim ve yargı bağımsızlığı ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.¹⁰⁵ Fakat anılan mahkemelerin kararlarına karşı temyiz yasa yolu kabul edilmiştir. Bu doğrultuda

¹⁰⁰ Atatürk, s. 568.

¹⁰¹ 1876 Anayasası'nda yargı organı ve bağımsızlığı ile ilgili önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu konuda bkz., Fatih Özkul, "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2016, S. 3, s. 216-217.

¹⁰² Gülden Çamurcuoğlu, 1921 Anayasası ve Egemenliğin Gelişimi, 1. Bası, Astana Yayınları 2016, s. 38.

¹⁰³ Seyfettin Aslan/Tahir Dünder, "Cumhuriyet Dönemi İstiklal Mahkemeleri", Mukaddime, S. 5, 2014, s. 28-29.

¹⁰⁴ Aslan/Dünder, s. 29-30.

¹⁰⁵ Hüseyin Şık, "1921, 1924 Anayasalarında Yargı Erki ve İstiklal Mahkemeleri", Genç Hukukçular Okumaları, <https://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimler/578.pdf>, s. 118-119, E. T. 25.02.2023.

Büyük Millet Meclisi, 7 Haziran 1920 tarihinde kabul ettiği 4 sayılı Kanunla geçici temyiz mahkemesi kurulması kararı almıştır. Ayrıca yasama organı anılan Kanunla, bu üst mahkemenin Ankara’da değil Sivas’ta faaliyet göstereceğini belirlemiştir.¹⁰⁶

F. Yönetim Biçimi Olarak Cumhuriyetin Kabul Edilmesi

1. Cumhuriyetin İlanı Öncesinde Atılan Adımlar

Cumhuriyetin ilan edilmesinden önce atılan iki adım önem arz etmektedir. Bunlardan birincisi, cumhuriyet ve millet egemenliği ile bağdaşmayan saltanatın kaldırılmasıdır.¹⁰⁷ İkinci önemli adım ise cumhuriyeti ilan edecek olan Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesidir. Anayasa’nın madde-i münferidesinde “ulaşılmak istenen gaye” şeklinde düzenleme altına alınan amaç kurutuluş savaşının kazanılmasıdır. Kurtuluş savaşının kazanılmasından sonra da milli hâkimiyetin tam olarak egemen kılınmasına karar verilmiş, bu doğrultuda 30 Ekim 1922 tarihinde kabul edilen 307 sayılı “Osmanlı İmparatorluğunun İnkıraz Bulup TBMM Hükûmeti’nin Teşekkül Ettiğini Dair Heyet-i Umumiye Kararı” ile bu düşünce güvence altına alınmıştır. Anılan kararlar, yeni kurulan Türkiye Hükûmeti’nin Osmanlı İmparatorluğu’nun karşılığı ve milli sınırlar dâhilinde onun varisi olduğu açık bir şekilde ilan edilmektedir.¹⁰⁸

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Cumhuriyetin ilan edilmesi yolunda atılan ilk adım, milli egemenlik ilkesine uymayan, şahsi hâkimiyet anlayışına dayanan saltanat rejiminin kaldırılmasıdır.¹⁰⁹ Yasama organı tarafından 2 Kasım 1922 tarihinde kabul edilen 308 sayılı “Türkiye Büyük Millet Meclisininin Hukuk-u Hâkimiyet ve Hükûraninin Müessi-i Hakikisi Olduğuna Dair Heyet-i Umumiye” kararında bu hususun bir kez daha vurgulandığı görülmektedir. Anılan kararda, “*Türkiye Halkı, hâkimiyet-i Şahsiyeye Müstenit olan İstanbul’daki şekl-i hükûmeti, 16 Mart 1336*

¹⁰⁶ Tanör, s. 243-244.

¹⁰⁷ Süreç hakkında bkz., Betül Aslan, “Saltanat’ın Kaldırılmasının İstanbul’daki Yankıları”, Belleten, C. 55, S. 245, 2002, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/977848>, s. 98-103, E. T. 27.02.2023.

¹⁰⁸ Karar metni için bkz., Suna Kili/Şeref Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, s. 98; Tanör, s. 278.

¹⁰⁹ Seher Boykoy, “Saltanatın Kaldırılmasının Türk Basımına Yansımaları”, Atatürkçü Bakış, C. 1, S. 2, 2002, s. 53.

(1920) dan itibaren ve ebediyyen tarihe müntakil addeylemiştir. ” düzenlemesi yer almaktadır.¹¹⁰ Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, anılan düzenlemeler ile birlikte saltanat kaldırılırken hilafetin kaldırılmamış olmasıdır. Karara ilişkin düzenlemenin devamında, hilafetin halen Osmanlı Ailesi'ne ait olduğu ve Halifenin de bu Ailenin içinden yasama organınca seçileceğinin belirtildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten de ilgili düzenleme, “*Hilafet, hanedan-ı ali Osman'a ait olup, Halifeliği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından bu hanedanın ilmen ve ahlaken erşet ve eslah olanı ıntıhap olunur. Türkiye Devleti, makam-ı Hilafetin istinatgâhıdır.*” biçimindedir. Dolayısıyla hilafet ve saltanat aynı anda kaldırılmamış, öncelik saltanata verilmiş olmaktadır.¹¹¹ Bu yöntem ile yasama organında bulunan hilafet ve saltanat yanlısı üyeler ile toplumdan gelebilecek tepkilerin önlenmesi amaçlanmıştır.¹¹² Mustafa Kemal Paşa'nın bu süreç içerisinde yasama organında yapmış olduğu şu konuşma çok dikkat çekicidir.

“Bu bir emr-i vakidir. Mevzu-i bahs olan; millete saltanatını, hâkimiyetini bırakacak mıyız, bırakmayacak mıyız meselesi değildir. Mesele zaten emr-i vaki olmuş bir hakikati ifadeden ibarettir. Bu, behemahal olacaktır. Burada içtima edenler, Meclis ve herkes meseleyi tabii görürse, fikrimce muvafık olur. Aksi takdirde yine hakikat usulü dairesinde ifade olunacaktır. Fakat ihtimal bazı kafalar kesilecektir.”¹¹³

Anlaşılabacağı üzere Mustafa Kemal Paşa, meclis üyeleri ve toplum içerisinde bulunan saltanat taraftarlarına gözdağı vermekte, konunun tartışmaya dahi açık olamayacak kesinlikte olduğunu vurgulamaktadır. Yasama organında saltanatın kaldırılması ile ilgili karar alınırken bazı milletvekillerinin açık oy ve sayım istemiş olmasına rağmen, bu istek görmezden gelinmiş ve kararın oybirliği ile alındığı ilan edilmiştir.¹¹⁴ Devam eden süreçte 15 Nisan 1923 tarihinde Hıyanet-i Vataniye Kanunu'nda değişikliğe gidilmiş, saltanatın kaldırılmasına ilişkin karara basın veya sözlü

110 **Tanör**, s. 238.

111 **Tanör**, s. 226.

112 Ali Fuat **Cebesoy**, *Siyasi Hatıralar*, C. I, 1. Bası, Vatan Neşriyat, İstanbul 1957, s. 138; **Eren**, s. 108.

113 Bkz., **Atatürk**, s. 386. Ayrıca bkz., **Tanör**, s. 286.

114 **Tanör**, s. 282; **Eren**, s. 108.

yollarla karşı çıkmak vatan hainliği suçu kapsamına alınmış ve cezasının da idam olduğu belirtilmiştir.¹¹⁵

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından saltanatın kaldırılmasından sonra, 4 Kasım 1922 tarihinde Sadrazam Tevfik Paşa başkanlığında son toplantısını yapan Osmanlı Hükûmeti aynı gün istifa etmiştir.¹¹⁶ Ayrıca 7 Kasım tarihinde Babıali'deki devlet daireleri tahliye edilmiş, Osmanlı Devleti'nin resmi gazetesi Takvim-i Vekayi'nin yayımının durdurulması kararı alınmıştır.¹¹⁷ Saltanat kaldırılıp halifelik kaldırılmadığı için, halen halifelik makamında bulunan Sultan Vahdettin, yaşam hakkına ve hürriyetine karşı baskı yapıldığını ileri sürerek 17 Kasım'da İstanbul Limanında bekleyen İngilizlere ait zırhlı savaş gemisine iltica etmiştir.¹¹⁸ Bu gelişme sonrasında 19 Kasım'da toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi, aldığı karar ile Halifelik Makamına Osmanlı İmparatorluğu Velihtı Abdülmecit Efendi'yi seçmiştir.¹¹⁹

2. Cumhuriyetin İlan Edilmesi

Gelinen aşamada kurtuluş savaşı Büyük Millet Meclisi tarafından kazanılmış, Saltanat kaldırılmış, hilafet makamının ise Türkiye Devleti'ne ait olduğuna dair karar alınmıştır. Ancak bu aşamada da ilk Meclisin üyeleri arasında, kabul edilecek reformlar konusunda görüş ayrılıkları yaşanmaktadır.¹²⁰ Mustafa Kemal Paşa'nın öncülüğünü yapmış olduğu ve üyelerinin çoğunluğu Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubu üyelerinden oluşan "Birinci Grup" reformcu ve inkılapçı bir yol izlediği halde,

¹¹⁵ Haluk Şengül, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin İlk Çıkardığı Kanunlardan Hıyanet-i Vataniye Kanunu ve Uygulamaya Konulması", Vakanüvis, S. 5 (TBMM'nin 100. Yılı Özel Sayısı), 2020, s. 154; Tanör, s. 282.

¹¹⁶ Abdurrahman Bozkurt, İtilaf Devletlerinin İstanbul'da İşgal Yönetimi, 1. Bası, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2014, s. 948-960; Eren, s. 108.

¹¹⁷ Bkz., <https://islamansiklopedisi.org.tr/takvim-i-vekayi>, E.T. 3.4.2023; Eren, s. 109.

¹¹⁸ Bülent Bakar, "Esaretten Kuruluş: İtilaf Devletleri'nin İstanbul'u Tahliyesi, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 23, 2009, s. 17-20; Eren, s. 108.

¹¹⁹ İdris Yücel, "Fransız Belgelerinde Son Halife Abdülmecit ve Türkiye'de Hilafetin Kaldırılması", Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, S. 61, 2017, s. 472-473; Tanör, s. 274-278.

¹²⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., İbrahim İnci, "Cumhuriyet Düşüncesi İle İlgili Gelişmeler ve Cumhuriyetin İlanına Yönelik Tepkiler", Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 4, 2019, s. 340-345.

öncülüğünü Kazım Karabekir Paşa'nın yaptığı "İkinci Grup" daha muhafazakâr bir çizgiyi takip etmektedir.¹²¹ Meclis çatısı altında önemli mücahedelelere girişen bu Grupların oluşumunu Mahmut Goloğlu şu şekilde açıklamaktadır:

"85 sayılı Anayasayı sultanlığı ve halifeliği kaldırmaya, hatta komünizmi yerleştirmeye, diktatörlüğü benimsemeye doğru bir gidiş gibi kabullenenler olmuştu. Bu anlayışın yarattığı kuşku ise, özellikle sınır bölgesi şehirlerde, tarih boyunca Rus saldırısına uğramış Erzurum ile Trabzon'da kendini gösterdi. Erzurum Müdafai Hukuk Cemiyeti yöneticiliğinden istifa etmiş olanlar, eski başkan ve mebus Hoca Raif Efendinin öncülüğünde (Muhafaza-i Mukaddesat ve Müdafai Hukuk) adli yeni bir cemiyet kurdular. 85 sayılı Anayasa ile geleceği sanılan ve gelmesinden korkulan komünizme karşı savunmayı amaç edindiler ve bunu cemiyetin tüzüğünde de belirttiler. Sivas Kongresi Kararları'nın çalışmalarında esas alınacağını açıkladılar... Olayı duyunca Mustafa Kemal Paşa, hemen Kazım Karabekir Paşa'ya bir telgraf çekerek, 85 sayılı Anayasa'nın devlet düzenine herhangi bir değişiklik getirmediğini bildirdi ve Erzurumlular'ın bu yeni teşebbüsten vazgeçmelerini istedi. Mustafa Kemal Paşa, bu yönelişte güçlenmek için kendi düşüncesinde olan mebusları bir araya toplamış, bir grup haline getirmiş ve Kazım Karabekir Paşa'nın tarafsız kalması hususundaki ısrarlı isteklerine rağmen Gurubun başkanı olmuş, Gurubun kuruluşunu bir yazı ile Meclis Başkanına bildirmişti. Böylece, Büyük Millet Meclisindeki ilk gurup (Anadolu ve Rumeli Müdafai Hukuk Gurubu) adı ile kurulmuş oldu. İlk kurulan gurup olduğu için de, daha çok (Birinci Grup) diye anıldı. 23 Mayıs 1921 günlü genelge ile yurdun her yanına duyuruldu... Bütün bunlar olup biterken, Birinci Gurup dışında kalmış olan mebuslarda da bir derlenip toparlanma, birbirlerine yanaşma ve sokulma başladığı görüldü. Trabzon Mebusu Ali Şükrü, Mersin Mebusu Selahaddin, Samsun Mebusu Emin, Kayseri Mebusu Ahmet Beylerin önderliklerinde bir araya gelen bu mebuslar da başka bir grup kurdular, onlar da kuruluşlarını resmen Meclis Başkanlığına bildirdiler ve sıraya göre ikinci kurulan Gurup olduklarından (İkinci Gurup) diye anıldılar."¹²²

¹²¹ Sabahattin **Selek**, Anadolu İhtilali, 1. Bası, Cem Yayınevi, İstanbul 1976, s. 220-240.

¹²² Mahmut **Goloğlu**, Cumhuriyete Doğru, 1. Bası, Başnur Matbaası, Ankara 1971, s. 162-165. Ayrıca bkz., Kazım **Karabekir**, İstiklal Harbimiz, 1. Bası, Türkiye Yayınevi, İstanbul, 1960, s. 17-19.

Mustafa Kemal Paşa, yasama organında ortaya çıkan bu çatışmanın karar alma sürecini zorlaştırdığı düşüncesinden yola çıkarak 1 Nisan 1923 tarihinde Meclis çatısı altında gerçekleştirilen toplantıda seçimlerin yenilenmesi yönünde karar (teccid-i intihabat) alınmasını sağlamıştır.¹²³ 1921 Anayasası'nda bulunan madde-i münferide uyarınca, anılan kararın yasama organı üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile alınması gerektiği halde, gruplaşmalar yüzünden nitelikli çoğunluk sağlanamadığından ilgili karar basit çoğunlukla alınmıştır.¹²⁴ İkinci Meclis için yapılan seçimlerin sonucunda, Mustafa Kemal Paşa'nın önderlik ettiği Birinci Grup büyük bir çoğunlukla seçimleri kazanmış ve yeni Meclis, 11 Ağustos 1923'ten itibaren cumhuriyetin ilanı yönündeki çalışmalarına başlamıştır.¹²⁵

Yeni Meclisin göreve başlamasını müteakip, cumhuriyetin ilan edilmesi ve bu doğrultuda bir cumhurbaşkanlığı makamı oluşturulması için 29 Ekim 1923 tarihli 364 sayılı "Teşkilatı Esasiye Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Açıklanarak Değiştirilmesine Dair Kanun" kabul edilmiştir. Dolayısıyla cumhuriyetin kabul edilmesi bir anayasa değişikliği ile gerçekleşmiş olmaktadır. Anılan değişiklikte birlikte Anayasa'nın birinci maddesine "*Türkiye Devletinin şekli hükûmeti Cumhuriyettir.*" ibaresi dâhil edilmiştir. Görüleceği üzere cumhuriyet, Türkiye Devleti'nin "hükûmet şekli" olarak kabul edilmektedir.¹²⁶ Sonraki Anayasalarımızda ise cumhuriyet bir "devlet şekli" olarak kabul görecektir.

Yine Anayasa'da yapılan değişiklik ile birlikte bir cumhurbaşkanlığı makamı oluşturmanın yanında, hükûmetin kuruluş yönteminde de değişikliğe gidilmiştir. Anayasa'nın 11. maddesindeki düzenleme uyarınca "*Türkiye Cumhurbaşkanı, Devletin başıdır. Bu sıfatla, gerek gördüğü takdirde, Meclise ve Bakanlar Kuruluna başkanlık eder.*" Anayasa'nın 11. maddesinde yapılan bu değişiklik, çalışmanın bir sonraki başlığında üzerinde duracağımız üzere 1921 Anayasası'nda kabul edilen meclis hükûmeti sisteminden bir sapmaya gidildiğinin ilk işareti niteliğindedir. Anayasa'nın devam eden 12. maddesi uyarınca da, "*Başbakan, Cumhurbaşkanı tarafından ve Meclis üyeleri arasından seçilir. Diğer Bakanlar ise, Başbakan tarafından aynı şekilde Meclis üyeleri arasından seçildikten*

¹²³ Eren, s. 109; Tanör, s. 282.

¹²⁴ Tanör, s. 282.

¹²⁵ Hamza Eroğlu, "Türkiye Cumhuriyeti'nin İlanı", Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C. 19, S. 56, 2003, s. 435-440; Tanör, s. 283.

¹²⁶ Zehra Odyakmaz/Ümit Kaymak, Anayasa Hukuku, 22. Bası, Kuram Yayınları, Kocaeli 2018, s. 14.

sonra; Bakanlar Kurulu Cumhurbaşkanını tarafından Meclis'in onayına sunulur.” Görüleceği üzere 11 ve 12. maddelerde yapılan değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hükûmetin atanma usulünün parlamenter hükûmet sisteminin temel ilkeleriyle uyum sağladığı anlaşılmaktadır.

Cumhuriyetin ilan edilmesinden önce saltanat kaldırdığı halde, doğabilecek tepkilerden çekinildiği için hilafetin kaldırılmadığına yukarıda değinmiştik. Hilafetin kaldırılması, cumhuriyetin ilanından sonra 3 Mart 1924'te çıkarılan 432 sayılı “Hilafetin İlgasına ve Hanedan-ı Osmanî'nin Türkiye Cumhuriyeti Memalik-i Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun” ile gerçekleştirilmiştir. Anılan Kanunla, başta Abdülmecit Efendi ve Osmanlı Ailesine dâhil olan kişilerden olmak üzere 155 kişinin ülke sınırları dışına çıkarılmasına karar verilmiş, bu doğrultuda ilgili kişiler 5 Mart 1924 sabahında ülkeyi terk etmek zorunda kalmışlardır.¹²⁷ Bu noktadan sonra, cumhuriyete geçilmesi ile birlikte yapılacak olan inkılapların yolu tamamen açılmış olmaktadır.¹²⁸

III. 1921 ANAYASASI UYGULAMASINDA, MECLİS HÜKÛMETİ SİSTEMİ BAĞLAMINDA YASAMA VE YÜRÛTME ORGANLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLERE YÖNELİK BAZI TESPİTLER

A. Kuvvetler Birliği İlkesinin Uygulanması

Kurtuluş savaşının sürdürüldüğü dönemde temel özellikleriyle meclis hükûmet sistemi benimsenmiş olsa da uygulamada anılan modelden önemli sapmalar olduğu görülmektedir.¹²⁹ Öncelikle bu süreçte kuvvetler birliği ilkesinin kabul edilmiş olması, yasama organının yürütme organının görev alanına giren işleri bizzat kendisinin yaptığı şeklinde yorumlanmamalıdır.¹³⁰ Büyük Millet Meclisi'nde, kabul edilecek yeni hükûmet sistemi üzerinde tartışmalar yapılırken bazı üyeler, yürütme organına ait işlerin de bizzat ilgili meclis komisyonlarınca yerine getirilmesi gerektiği fikrini ortaya atmıştır. Aslında bu fikir meclis hükûmet sistemi modeline

¹²⁷ Tanör, s. 285-287; Arsel, s. 43.

¹²⁸ Niyazi Berkes, Türkiye'de Çağdaşlaşma, 10. Bası, Yapı Kredi Yayınları İstanbul 2002, s. 147.

¹²⁹ Özbudun, s. 66.

¹³⁰ Özbudun, s. 67.

uygun düşmektedir. Örneğin, anılan fikri savunan Afyon Karahisar Milletvekili Mehmet Şükrü Bey yasama organında şu konuşmayı yapmıştır:

*“Komisyon başkanlarıyla (Meclis) Başkanlık Divanı önemli meselelerde birleşerek karar vermek ve komisyonlar Divan başkanlarıyla Genel Kurula karşı sorumlu olmak en kestirme ve en uygun bir hareket tarzı olur.”*¹³¹

Kabul görmeyen bu öneriye karşı, Lâyiha Komisyonu Başkanı Celâleddin Arif Bey ise şu şekilde cevap vermiştir:

*“İşin içinde bir sorumluluk meselesi mevcut olduğu için o tavrı o şekilde kabul edemedik ve kabul etmek de bizim için imkânsızdı. Çünkü bir mesele ortaya atıldığı zaman onun sorumluluğunu yüklenenecek ve o sorumluluğun kendisine yükleyeceği yükten çekinmeyecek bir kişiye ihtiyaç görülür. Eğer kararlar komisyon tarafından alınacak olursa o sorumluluğu kim yüklenenecek, komisyon mu? Komisyon üyeleri Genel Kuruldan arzu ve hevesleriyle ayrılmış birtakım kişilerdir ve bu kişilere biz ne gibi bir sorumluluk yükleyebiliriz? Siyasi ve cezai sorumluluğu ancak kişinin uhdesine yükleyebiliriz. Fakat bir komisyon üyelerinin tümünün üzerine aynı şekilde sorumluluk yüklemek gayet güçtür, olamaz.”*¹³²

Benzer konudaki görüşmelerde bazı mebuslar, yürütme organında görev alan vekillerin, yürütme organına ilişkin işlerde ilgili meclis komisyonuna danışmaları zorunluluğunun getirilmesini talep etmiş, fakat bu öneri de kabul görmemiştir.¹³³ İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanununun 3. maddesindeki *“her vekil deruhte ettiği umurun ifasında mensup olduğu encümenin rey-i istişarisini alabilir.”* hükmü gereğince, yürütme organının alanına giren işlerde, yasama organına danışıp danışmama konusundaki takdir yetkisi bütünüyle ilgili vekilin kendisine aittir. Yürütmeyle ilgili işlerde, yasama organına danışılmadan işlem yapılmaması kuralının zorunlu olması gerektiğine yönelik düşünceyle ilgili ilk konuşmayı, Kastamonu Mebusu Abdülkadir Kemali Bey söz alarak şu şekilde yapmıştır:

¹³¹ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 3, İçtima 8, s. 52-53.

¹³² Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 1, İçtima 8, s. 157.

¹³³ Ayşe Yaman **Kaplan**, “Yürütme Organının Kanun Yapım Sürecine Etkisi Bakımından Türk Anayasalarının Karşılaştırılması”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 12, 2011, s. 121.

“Eğer bunlar (vekiller) meclise karşı sorumlu olacaklarsa bu gibi kayıtlamalara lüzum yoktur. Komisyonlardan görüş almak zorunluluğu kesin şekilde yüklenir ve komisyonlarca alınacak karara fikren vekil muhalif olursa, mecliste kendi görüşüne aykırı bir fikri savunma ve neticesinde sorumluluğa maruz kalmak ihtimali vardır.”¹³⁴

Yine bu konu ile ilgili olarak Celâleddin Arif Bey düşüncelerini şu şekilde ifade etmiştir:

“Bazı... önemli meselelerde vekil olan zat aydınlatılmasını isteyebilir. Onun için komisyona başvurur ve komisyondan... kendisine yapılacak olan uyarıları dinler; bunun gereğine uyup uymamak, kendisine düşecek sorumluluğu ortadan çıkarabilir.”¹³⁵

Bu tartışmalardan da anlaşılacağı gibi, ilgili komisyona danışıp danışmama meselesi tamamen icra vekili üyenin takdirine bağlı bir husus olarak kalmaktadır. Ayrıca danışılması halinde de komisyon görüşünün bir bağlayıcılığı veya üstünlüğü bulunmamaktadır. Milletvekili komisyonun görüşüne uymadığı takdirde, siyasal sorumluluk gereği yasama organı tarafından üyeliğinin düşürülmesine karar verilebilecektir. Görüleceği üzere bu kabul, parlamenter hükûmet sisteminde bulunan bakanların siyasal sorumluluğu mekanizmasını yansıtmaktadır.¹³⁶

1921 Anayasası'nın 8. maddesinde yer alan yasama organının yürütmeyle ilişkin işlemlerinde vekillere “veçhe tayin” edebileceği (yön gösterebileceği) düzenlemesinin pratikteki uygulaması belirsiz kalmıştır.¹³⁷ Yasama organında konuyla ilgili görüşmelerde söz alan Amasya Milletvekili Ömer Lütfi Bey, bu ibarenin ne anlama geldiğini, yasama organının icra vekillerini yürütme organı ile ilgili işlemin yapılmasından önce mi yoksa sonra mı denetleyebileceği yönünde soru sormuş, ancak Anayasa Komisyonunca bu soruya tatmin edici bir cevap verilmemiştir.¹³⁸ Yine yasama

¹³⁴ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 1, İçtima 8, s. 158.

¹³⁵ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 1, İçtima 8, s. 157-174.

¹³⁶ Parlamenter hükûmet sisteminde bakanların siyasal sorumluluğu hakkında bkz., Ferhat Uslu, Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki İlişkiler, Filiz Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 2022, s. 123-139.

¹³⁷ Tanör, s. 275.

¹³⁸ Tanör, s. 275.

organında yapılan görüşmelerde bazı üyeler, meclisin yürütmeye ilişkin görevi tanımının bir anlamı bulunmadığını, icra vekillerinin komisyondan görüş alma ihtiyacı duymadıklarını, komisyonun kendilerine yönelttiği görüşme taleplerine dahi cevap vermediklerini, ayrıca yürütme organının görev alanına giren herhangi bir işlemin de bu güne kadar yasama organına havale edilmemiş olduğunu, icra vekillerinin yapacakları işlerden önce yasama organına danışmadan hareket etmek suretiyle karar aldıklarını ifade etmiştir.¹³⁹

Bu bilgiler ışığında uygulamadan, esas itibarıyla yürütme organına ait işlerin yasama organı tarafından değil İcra Vekilleri Heyeti tarafından yerine getirildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁰ Ayrıca Birinci Büyük Millet Meclisi zamanındaki uygulamalar da bu hususu doğrulamaktadır. Yasama organı, kendisine sunulan birçok düzenlemeyi, “*alehusul muamele-yi resmîyenin ifasından ibaret bir muamele-yi icraiye*” oldukları gerekçesiyle işleme koymamıştır.¹⁴¹ Konya bölgesinde başlayan ayaklanmaların sebeplerini ve faillerini araştırmak üzere Meclis tarafından beş milletvekilinin görevlendirilerek anılan bölgeye gönderilmesine yönelik önerinin görüşülmesi sırasında, dışişlerinden sorumlu İcra Heyeti Üyesi Cemil Bey, görevlendirilen vekillerin sadece “irşad” gayesiyle bölgeye gidebileceğini, bu vekillerin özel bir yönetim ve işlem yapabilme yetkisini haiz oldukları kabul ediliyor ise bu kabulün yerel görevlilerin ve bu doğrultuda İcra Vekilleri Heyetinin sahip olduğu yetkilerle çatışacağını, bu konuda İcra Vekilleri Heyetinde görev alan üyelerin mesuliyet kabul etmeyeceklerini dile getirmiş, yasama organı da bu açıklamalar doğrultusunda gönderilecek olan heyetin, yürütmenin görev alanına giren işlere karışmamak kaydıyla ve sadece danışma kurulu niteliğinde görevlendirilmesi yönünde karar almıştır.¹⁴²

Yürütme organında görev alan memurların atanmaları veya atanmaları sonrasındaki onay işlemlerinin Meclis tarafından yapılması yönündeki

139 Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 6, İçtima 113, s. 349-350; C. I, İçtima 16, s. 316-317.

140 Serdar **Narin**, “Türk Anayasa Hukukunda Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde ve 1921 Anayasası’nda İcra Vekilleri Heyeti”, *Bilgi*, S. 24, 2022, s. 504.

141 Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 1, İçtima 16, s. 316-317.

142 Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 1, İçtima 17-18, s. 334-346; 348-349.

öneriler de yasama organınca kabul görmemiştir. Örneğin, yazılı neşriyat ve haber alma genel müdürünün atanma işleminin yasama organı tarafından tasdik edilmek suretiyle yapılması esas önerilmiş, ancak söz konusu öneri, bu durumun “icra reisinden mesuliyet almak” anlamına geleceği, dolayısıyla sorumluluk ilkesine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Bunun üzerine yazılı neşriyat ve haber alma genel müdürünün doğrudan İcra Vekilleri Heyetinin alacağı karar gereğince göreve getirilmesi esas benimsenmiştir.¹⁴³ Benzer şekilde, Sivas'ta kurulan geçici temyiz mahkemesinin başkan, üye ve savcılarına ait atamaların yasama organı tarafından tasdik edilmesi ya da söz konusu görevlendirmelerde ilgili komisyonunun görüşünün alınması yolundaki öneriler de benimsenmemiştir.¹⁴⁴ Kamu görevlilerinin atanmaları veya görevden alınmaları bağlamında yapılan işlemlerin sebeplerinin yasama organına bildirilmemesinin nedeni hakkında verilen bir soru önergesine ise Mustafa Kemal Paşa şu şekilde cevap vermiştir:

“...azil ve tayin keyfiyeti etrafında Meclis görüşme ve tartışmaların cereyan etmesi, Meclisin önemli görüşmelerine engel olacak derecede büyük bir zaman kaybettireceği gibi, Meclisin azil ve tayinler hakkında kararlar alması, asıl sorumlu olan Heyet-i Vekilenin sorumluluğunun ortadan kalkmasına sebep olacağı ve Meclis, isabetsiz ve kanunsuz gördüğü her türlü iş ve konularda vekillerinden her an ve zaman istizaha yetkili olduğu cihetle, Meclisin bütün hükümet işleri için tevkil ettiği vekillerini bu hususta serbest bırakarak doğacak sonuca göre onları sorumlu tutmaları Heyet-i Vekilece daha tabii gibi mütalâa edilmiştir.”¹⁴⁵

Aynı konu 1921 Anayasası'nın görüşülmesi sırasında da tartışılmıştır. Bazı milletvekilleri, Kanun-i Esasi hükümleri uyarınca Padişahın kendi iradesine bağlı olan tüm işlemlerin bizzat yasama organı tarafından yapılması gerektiği konusu üzerinde durmuştur. Mustafa Kemal Paşa ise bu görüşe karşı verdiği cevapta, yasama organının böylesine bir görevi üstlenemeyeceğini ifade ederek şu şekilde beyanda bulunmuştur:

¹⁴³ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 2, İçtima 25, s. 123-124.

¹⁴⁴ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 2, İçtima 22, s. 39; 53-57.

¹⁴⁵ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 4, İçtima 76, s. 397-398.

“Çünkü bu kayd-ü şartla ihtimal ki bu dakikadan itibaren ben de dâhil olduğum halde Heyet-i Vekile vazifesinde devam edemez. Bu kayd-ü şart tahtında mesuliyet deruhte edemez.”¹⁴⁶

Yine konuya ilişkin bir diğer örnek, Mebus İsmail Naim Bey’in dışişlerinden sorumlu İcra Vekili Üyesi ile ilgili, yürütmeye ilişkin işlemlerde yasama organının devre dışı bırakılmış olmasının Meclisin kuruluş gayesini baştan anlamsız hale getirdiği konulu gensoru önergesidir. Gensoru şu şekilde sunulmuştur:

“Büyük Millet Meclisi bütün önemli işlere el koymuş olup, vekiller Meclis kararının tenfizine memur olduklarına göre, savaş ve barış gibi önemli meselelerin Meclis kararı ile lüzumu meydanda iken, Heyet-i Vekile, Ermenistan’a taarruz ve Ermenistan’la barış meselelerinde Meclisi seyirci durumuna düşürmüştüğü gibi, bugün doğu dünyası politikasının merkezi olan Moskova’ya yeniden bir büyükelçi gönderilmesi teşebbüsleri, yüce Meclisinizin görüşü alınmaksızın ve bundaki lüzum ve zorunluluk Meclise izah edilmeksizin yapılmıştır.”¹⁴⁷

Benzer bir olay yasama organının 31 Ocak 1921 tarihinde gerçekleştirdiği birleşimde de yaşanmıştır. Yasama organındaki kimi mebuslar, İngiltere’ye temsilci gönderilmesi ile ilgili olarak İstanbul Hükümeti ile sürdürülen muhaberelelerin, yasama organının onayına sunulmasından önce müstakil bir komisyonda değerlendirilmesini talep etmiş, icra vekillerinin söz konusu yazışmaları kendi takdirleri doğrultusunda yürütmesini eleştirmiştir. Bu talebe karşılık olarak İcra Vekilleri Başkanı, sunulan önergenin İcra Vekilleri Heyetine itimatsızlık anlamına geldiğini belirtmiş ve yasama organından güvenoyu istemiştir. Yapılan oylamada oybirliği ile güvenoyu alınmıştır.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 5, İçtima 32, s. 243-245.

¹⁴⁷ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 5, İçtima 32, s. 302-303.

¹⁴⁸ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 8, İçtima 141, s. 26-27; 32.

Yukarıda sunulan örneklerden de anlaşılacağı üzere, Birinci Büyük Millet Meclisi döneminde egemenlik yetkilerinin kullanımında bir “kuvvetler birliği” uygulaması görülmemiştir.¹⁴⁹ Yürütme organının görev alanına giren işlemler yasama organı eliyle değil Heyet’i Vükela tarafından yerine getirilmiş ve bu uygulamayı dönüştürmeye yönelik girişimler sonuçsuz kalmıştır. Anayasa’da düzenleme altına alınan, Meclisin yürütme organı ile ilgili işlemlerde yön göstermesi, bu tür işlemlerin yapılmasından önce yasama organında oluşturulacak komisyonlara danışılması esasları pratikte uygulanmamıştır.¹⁵⁰ İcra vekillerinin kendi alanlarına giren işlemlerde, yetki istemekte ve kullanmakta kararlı davrandıkları görülmektedir. Dolayısıyla, yasama organının yürütme organının yapacağı işlemleri etkilemesi, ancak siyasi sorumluluğu harekete geçirerek vekilleri görevden alması suretiyle mümkün olabilecektir. Bu usulün ise parlamenter sistemdeki bakanların görevden alınmalarına ilişkin yöntemden bir farkı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayurt, kuvvetler birliği ilkesinin uygulanması kapsamında 1921 Anayasası hükümleri ile benimsenmiş olan hükümet sistemini, “Parlamento Ağırlıklı Karma Hükümet Sistemi” olarak değerlendirmektedir. Yazar, 1921 Anayasası’nda yargı organı ile ilgili düzenleme bulunmaması sebebiyle bu konuda 1876 Anayasası’nın yargı bağımsızlığına ilişkin hükümlerinin geçerli olması nedeniyle, yasama ve yürütme birlikteliğinin olduğu her sisteme mutlak surette kuvvetler birliği denemeyeceğini, bu ihtimalde meclis hükümeti sisteminin karma bir sistemi karşıladığını düşünmektedir.¹⁵¹

B. Meclis Başkanı

Birinci Büyük Millet Meclisi döneminde parlamenter hükümet sistemindeki örneğe benzer bir devlet başkanlığı makamının bulunmadığına yukarıda değinmiştik. Ancak Büyük Millet Meclisi Reisi, normalde bir devlet başkanının elinde tuttuğu bazı yetkilere sahip durumdadır.¹⁵² 1921 Anayasası’nın 9. maddesindeki düzenleme uyarınca, “*Büyük Millet Meclisi Heyet-i Umumiyesi tarafından intihap olunan reis, bir intihap devresi*

¹⁴⁹ Kaplan, s. 121-122; Narin, s. 504.

¹⁵⁰ Tanör, s. 277; Narin, s. 504.

¹⁵¹ Ömer Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 444.

¹⁵² Fatih Özkul, 2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında 1982 Anayasası’nda Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu, 1. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 18.

zarfında Büyük Millet Meclisi Reisi'dir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına ve Heyet-i Vekile mukarreratını tasdike salâhiyettardır. İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak, Büyük Millet Meclisi Reisi, Vekiller Heyetinin de reis-i tabîsidir.”

Düzenlemede belirtilen yasama organı adına imza salahiyeti, pratikte devletin temsil edilmesi demektir. Yine yürütme organınca yapılan bazı kararlarının onaylanması da parlamenter hükûmet sistemlerinde devlet başkanına tanınmış olan yetkiler arasında yer almaktadır.¹⁵³ Mustafa Kemal Paşa Nutuk'ta şu sözleriyle Meclis Başkanının pratikte nasıl çalıştığını açıklamaktadır:

“Devlet Başkanlığından bahsetmeksizin onun görevini fiilen Meclis Başkanına yaptırıyorduk. Fiiliyatta, Meclis Başkanı ikinci başkandı. Hükûmet vardı. Fakat Büyük Millet Meclisi Hükûmeti adını taşırdı. Kabinine sistemine geçmekten çekiniyorduk. Çünkü saltanatçılar, hemen Padişahın yetkisini kullanması gerektiğini ortaya atacaklardı.”¹⁵⁴

Devam eden süreçte bir kanun değişikliği yapılarak icra vekillerinin, Meclis Başkanının göstereceği üyeler içinden görevlendirilmesi esas kabul edilmiştir. Söz konusu değişiklik ile birlikte, hükûmetin oluşum şekli parlamenter sistemdeki ilkeye yaklaştırılmıştır.¹⁵⁵ Büyük Millet Meclisi'nin ilk günlerinde Mustafa Kemal Paşa hükûmetin kurulmasına ilişkin önerisinde, Meclis Başkanının sorumluluğuna şu şekilde değinmiştir:

“Bu halde yüce Meclisinize başkanlık eden zatın...icraya ait meselelerde diğer sayın üyeler (Vekiller Heyeti üyeleri) gibi Genel Kurul nezdinde tamamen mesul olması zorunludur... Bu mesuliyet, hem yüce Meclisinizdeki, hem Vekiller Heyetindeki başkanlık makamının ikisine birden sâridir.”¹⁵⁶

Görülebileceği üzere, 1921 Anayasası döneminde fiilen uygulanan devlet başkanlığı ile parlamenter hükûmet sisteminde kabul edilen devlet başkanlığı arasındaki tek fark, meclis başkanının sorumlu, parlamenter

¹⁵³ Burhan Kuzu, “Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 1-4, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96013>, s. 37-41, E.T. 04.04.2023.

¹⁵⁴ Bkz., Atatürk, s. 567.

¹⁵⁵ Emre Gezer, “1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu'nun Yapımı Bağlamında TBMM'nin Kurucu Sıfatı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 51, Y. 13, 2022, s. 516.

¹⁵⁶ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 1, İçtima 2, s. 31.

hükûmet sistemindeki devlet başkanının ise sorumsuz olması yönündedir.¹⁵⁷

C. İcra Vekilleri Reisi ile İcra Vekillerinin Konumları ve Güçleri

İcra Vekilleri Reisinin konumu ve kabine üzerindeki gücü 14 Nisan 1924 tarihinde kabul edilen “384 sayılı Heyet-i Vekile Reisinin Vazife ve Mesuliyetleri Hakkında Heyet-i Umumiye Kararı” ile daha da güçlendirilmiştir.¹⁵⁸ Anılan karar uyarınca, “*Heyet-i Vekile Reisinin İcra Vekilleri Heyetiyle Büyük Millet Meclisi arasında vasıta ve vekillerinin merci-î istişarîsi olduğu, vezaif-i müşterekeden reisin vekillerle beraber mesul bulunduğu*” esası kabul edilmiştir. Anlaşılacağı üzere bu yöntem ile bir sonraki başlık altında inceleyeceğimiz kolektif sorumluluk ilkesi ifade edilmekte, ancak en önemlisi İcra Vekilleri Reisine, İcra Vekilleri Heyeti ve Büyük Millet Meclisi arasında iletişim kurma görevi verilmektedir. Başka bir ifadeyle İcra Vekilleri Reisi, vekillerin danışma mercii konumuna getirilmek suretiyle parlamenter hükûmet sisteminde bulunan başbakana yaklaştırılmış olmaktadır.¹⁵⁹ Karardaki “vasıta” olmak ibaresi, İcra Vekilleri Heyetine ait olan görüşlerin yasama organı önünde savunulması ve vekiller arasında koordinasyon sağlanması şeklinde yorumlanabileceğinden, anılan değişiklik ile İcra Vekilleri Reisi yürütme organının fiili anlamdaki lideri konumuna getirilmiş olmaktadır.¹⁶⁰ Bu bilgilerden yola çıkıldığında, 1921 Anayasası uygulamasında, adı devlet başkanı olmamakla birlikte fiilen devlet başkanı gibi hareket eden ve bu görevleri ifa eden bir Meclis Başkanı ile, yine ismi başbakan olmasa da parlamenter sistemdeki başbakan gibi hareket edip gerekli görevleri yerine getiren bir İcra Vekilleri Heyeti Reisinin bulunduğunu ve pratikte uygulanan sistemin parla-

¹⁵⁷ Bülent **Yücel**, “Anayasal Yetkileri Bağlamında Cumhurbaşkanının Siyasal Yapı İçindeki Konumu: 1982 Anayasası Uygulaması”, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 12-13, Şubat-Haziran 2007, s. 161.

¹⁵⁸ Yavuz **Aslan**, “I. Dönem TBMM’de “İcra Vekilleri Heyeti Riyaseti (Hükümet Başkanlığı)”nın Statüsü ve “TBMM Reisi”nin İcra ile İlgili Yetki ve Sorumlulukları”, Atatürk Dergisi, C. 3, S. 1, 2010, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/26035>, s. 61-66, E. T. 12. 03. 2023.

¹⁵⁹ **Tunaya**, s. 231; **Kaplan**, s. 122-123.

¹⁶⁰ Hatice Cemre **Akılmaz**, “100. Yılında “1921 Anayasası’nın Ruhu”: 20 Ocak 1921 Tarihli Teşkilat-I Esasiye Kanunu’nun Öngördüğü Sistem ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Mukayesesi (Mümkün Mü?)”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2021, s. 136.

menter hükûmet sistemindeki gibi iki başlı yürütme yapılanması sergilediği anlaşılmaktadır.¹⁶¹ Uygulamadaki örnekler incelendiğinde, İcra Vekilleri Heyetinin belirli bir hükûmet politikasına da sahip olduğu anlaşılmaktadır.¹⁶² Örneğin seçilen ilk İcra Vekilleri Heyeti, hazırlamış olduğu programını yasama organına sunmuş, çok geniş kapsamlı olan söz konusu hükûmet planı yasama organında onaylanmış, içeriğinde değişikliğe gidilmemiş veya yasama organı tarafından konuyla ilgili bir talimat verilmemiştir.¹⁶³

Yine İcra Vekilleri Heyeti, 18 Eylül 1920 tarihinde yasama organına sunduğu programında, “*Heyet-i Vekile'nin siyasi, idari, sosyal, askerî görüşlerini özetleyen ve idare teşkilâtı hakkındaki kararlarını ihtiva eden programının*” yasama organına sunulmuş olduğunu, bu esaslara dayanılarak hazırlanması talep edilen kanun tasarılarının ise sunulmak üzere olduğunu belirtmiştir.¹⁶⁴ Görüleceği üzere bu ifadeler içeriği itibarıyla bir hükûmet programı niteliğindedir. Sunulan program üzerine yasama organında tartışmalar yapılmış, bazı milletvekilleri sunulmuş olan programın öncelikle bir komisyona havale edilerek incelenmesini talep etmişlerdir.¹⁶⁵ Ancak İcra Vekilleri Heyeti üyesi Ferit Bey, sunulan bu programın bir yasa önerisi olarak değerlendirilemeyeceğini, bu doğrultuda komisyona gönderilmesine de lüzum olmadığını, yasama organına arz edilen belgenin hükûmetin politik hedefleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini açıklamış, devamında İcra Vekilleri Heyetinin tercihlerinde direneceğini belirtmiş, ayrıca gerekmesi halinde güvenoyuna başvurulacağını beyan etmiştir.¹⁶⁶ Bazı milletvekilleri bu tutuma karşı itirazda bulunmuştur. Örneğin, konuyla ilgili olarak Tevfik Rüştü Beyin yorumuna bakıldığında şu hususlar göze çarpmaktadır:

“Hükûmet, gelip burada bir program iddia edemez... Hükûmet malı olacak bir program hazırladı. Meclisin malı olan bu program komisyonda incelenecek, çoğunluğun istek ve eğilimlerini temsil edecek bir şekle girecektir... Öyleyse, güven, güvensizlik meselesi söz konusu olamaz. Çünkü

¹⁶¹ Narin, 504-505.

¹⁶² Aslan, I. Dönem TBMM'de, s. 63.

¹⁶³ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 1, İçtima 13, s. 241-246.

¹⁶⁴ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 4, İçtima 67, s. 182.

¹⁶⁵ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 4, İçtima 67, s. 179.

¹⁶⁶ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 4, İçtima 67, s. 182.

bizim karşımızda bir hükûmet olmadığı gibi, biz de Meclis-i Mebusan değiliz. Karşımızda, bir program çıkmış, bizim dışımızda bir Heyet-i İcraiye yoktur... Biz bunu tadil ve tağyir etmek lüzumunu görür isek, o surette yaparız. O zaman hükûmet de buna aynen itaat ve riayet edecektir."¹⁶⁷

Yasama organında gerçekleşen tartışmalardan da anlaşılacağı üzere, Maliye Vekilinin sarf ettiği sözler parlamenter hükûmet sistemi ile, Tevfik Rüştü Bey'in beyan ettiği sözler ise meclis hükûmeti sistemi uygulamaları ile uyum göstermektedir. Sonuç olarak İcra Vekilleri Heyetinin tartışmaya konu olan taleplerinin, bütün komisyonlarca görevlendirilecek üçer temsilciden oluşacak ayrı bir komisyonda değerlendirilmesi kararı alınmıştır.¹⁶⁸

1921 Anayasası uygulamasında İcra Vekilleri Heyeti yasama organı tarafından görevlendirilmiş, ancak ondan talimat alan, inisiyatif kullanmayan bir kurul olarak çalışmamış, aksine Büyük Millet Meclisi'ni yönlendiren bir işleve sahip olmuştur.¹⁶⁹ Bu tespitin en güzel örneği, Büyük Millet Meclisi'nin 5 Mayıs 1922 tarihli oturumunda, Başkomutanlık Kanunu'nun uygulanacağı zaman diliminin uzatılmaması sebebiyle Mustafa Kemal Paşa'nın yasama organında yaptığı konuşmadır. Mustafa Kemal Paşa, 6 Mayıs'ta yapılan gizli oturumda konu hakkındaki fikirlerini şu şekilde açıklamaktadır:

*"Yüce Meclisin, başkomutanlığın gereğine inandığına şüphe olmamakla birlikte, muhalefetin hiçbir temele dayanmayan tutumu, meclis kararının istenilmeyen bir şekilde çıkmasına yol açtı. Bunun sonucu ne oldu Efendiler, biliyor musunuz? Başkomutanlık iki gündür belirsiz bir durumda ve boşluktadır. Şu dakikada ordu komutansızdır. Eğer ben bu orduya komuta etmekte devam ediyorsam, kanunsuz olarak komuta ediyorum. Mecliste beliren oy sonuçlarına göre hemen komutadan el çekmek isterdim. Başkomutanlığın sona erdiğini hükûmete bildirdim. Fakat önlenmesi imkânsız bir felakete meydan vermeme mecburiyeti ile karşı karşıya geldim. Düşman karşısında bulunan ordumuz başsız bırakılamazdı. Bunun için bırakmadım, bırakamam ve bırakmayacağım."*¹⁷⁰

¹⁶⁷ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 4, İçtima 67, s. 183.

¹⁶⁸ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 4, İçtima 67, s. 186.

¹⁶⁹ **Tanör**, s. 271; **Aslan**, I. Dönem TBMM'de, s. 69.

¹⁷⁰ Bkz., **Atatürk**, s. 477-478.

Mustafa Kemal Paşa'nın bu çok net ve kararlı tavrı karşısında Büyük Millet Meclisi, 11 red, 15 çekimsiz oya karşılık 177 evet oyuyla Başkanlık Kanunu'nun süresinin uzatılması yönünde karar almıştır.¹⁷¹

Bir başka önemli nokta, 1921 Anayasası uygulamasında İcra Vekilleri Heyetinin sadece genel politikaların uygulanmasında liderlik yapmadığı, aynı zamanda kanunların yapılmasında da yasama organına parlamenter hükûmet sistemindeki bir kabine gibi yön vermiş olduğudur. Özbudun'un sunduğu verilere bakıldığında, 28 Şubat 1921 tarihine kadar geçen zaman zarfında yasalaştırılan 104 düzenlemeden 83 adetinin (%79.8) Heyet-i Vekile tarafından hazırlanmış olduğu, 21 adet (%20.2) metnin ise yasama organının diğer üyelerince verilen tekliflerden oluştuğu anlaşılmaktadır.¹⁷²

D. İcra Vekilleri Heyetinin Bireysel ve Kolektif Sorumlulukları

Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilk günlerindeki çalışmalarına bakıldığında, icra vekillerinin aynen parlamenter hükûmet sisteminde olduğu gibi, hem bireysel hem de kolektif sorumluluğa sahip oldukları görülmektedir.¹⁷³ Yasama organının 24 Nisan 1920 tarihinde gerçekleşen oturumunda, bizzat Atatürk'ün sunmuş olduğu ve yasama organı tarafından da kabul edilen, hükûmet sisteminin uygulanma şekline ilişkin öneride şu husus üzerinde durulmaktadır:

“...daima Yüce Meclisinizin genel kurulu, işlerin ayrıntılarına kadar fiilen inceleme ve tartışma imkânı bulamayacağından, saygıdeğer heyetinizden ayrılıp tevkil edilecek üyelerin, şimdiki hükûmet teşkilatına nazaran gereken işbölümü esasına göre memur edilmesi ve her birinin ayrı ayrı ve cümlesinin müştereken Genel Kurul önünde sorumlu olması, amacı gerçekleştirilmeye kâfidir.”¹⁷⁴

Uygulamaya bakıldığında da, İcra Vekilleri Heyetinin kişisel mesuliyetleri haricinde, kurul halinde ortaklaşa sorumluluğunun da kabul edildiğini ispat eden birçok örneğe rastlanmaktadır. Örneğin, İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun'un yasama organında görüşüldüğü aşamada Atatürk, dönemin Genelkurmay Başkanı Mareşal Fevzi Çakmak'ın yasal durumuna değinmiş ve *“kendisinin kabine ile birebir icabında düşmesi*

¹⁷¹ Gözübüyük/Sezgin, s. 132.

¹⁷² Özbudun, s. 29.

¹⁷³ Lütfi Duran, “Reisicumhurun Nutku ve İstizah Usulü”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 16, S. 1-2, s. 212.

¹⁷⁴ Bkz., Atatürk, s. 258.

gerekir.” şeklinde sözler sarf etmiştir.¹⁷⁵ Yine, vekiller heyetinin bütünü için verilen bir gensoru önergesi üzerine heyetin tümüne güvenoyu verildiğine şahit olunmuştur.¹⁷⁶ Uygulamada, İcra Vekilleri Heyetinin bütününe yönelik olarak Heyet Reisinin güven istediği ve yasama organının da bu talebe güvenoyu vermek suretiyle karşılık verdiği de rastlanmıştır.¹⁷⁷

Birinci Büyük Millet Meclisi dönemi uygulamasında, icra vekillerinin ortak sorumluluğu ve politikasının bulunması beraberinde heyetin kendi iç dayanışmasını da getirmiştir.¹⁷⁸ Büyük Millet Meclisinin ilk günlerinde icra vekilleri seçimlerinin tartışıldığı aşamada, ilgili kanun görüşülürken Celâleddin Arif Bey şu şekilde bir açıklama yapmaktadır:

*“...bir kabinede veya bir icra heyetinde mevcut olan ve birlikte çalışacak olan zevatın içtihat nokta-i nazarından bir ahenk teşkili lâzım gelir. Ahenk olmayacak ise, Mütareke'den şimdiye kadar yapmış olduğumuz kabineler gibi, ahenksizlikten her birinin ömrü bir iki aylık ömür olur ve neticesinden millet mutazzarır olur...Bundan dolayıdır ki, yüce Meclisiniz tarafından seçilecek zevat arasında belki ahenk tamamiyle kurulamaz ve bazı noktalarda birtakım uyuşmazlıklar çıkar. Ve onun için ne yaptık? Onun için kabul ettiğimiz esas, onu hal ve fasletecek merci yine yüce Meclisinizin olur. Her iki tarafı dinler, dinledikten sonra, hakkı sabit olan veyahut isabetsizliği sabit olan zat, ya mevkiini muhafaza eder, yüce Meclisin kendisine yapacağı teklifi kabul eder veyahut kendi inanç ve fikrinde ısrar edecek olursa istifa eder, çekilir.”*¹⁷⁹

1921 Anayasası uygulamasında, hükümet içerisinde bir uyumsuzluk olduğu takdirde sorunun, parlamenter sistem örneklerinde görüldüğü gibi ilgili vekilin istifasıyla sonuçlandırıldığı görülmektedir. Örneğin Dâhiliye Vekili Câmi Bey, bir gensoru oylaması sonucunda yasama organından güvenoyu almış olduğu halde, çok kısa bir süre içerisinde istifasını sunmuş,

¹⁷⁵ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 1, İçtima 8, s. 164.

¹⁷⁶ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 2, İçtima 33, s. 270-275.

¹⁷⁷ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 5, İçtima 141, s. 26-27; 32.

¹⁷⁸ **Tanör**, s. 270; **Aslan**, I. Dönem TBMM'de, s. 65.

¹⁷⁹ Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 1, İçtima 8, s. 157.

açıklamasında görevinden çekilmesinin “Heyet-i Vekile” içindeki anlaşmazlıklardan kaynaklandığı açıklamıştır.¹⁸⁰

Yine bir diğer örnek Celâleddin Arif Bey’in, Anayasa’da düzenleme altına alınan hükümlerin politik ve kişisel inançlarıyla uyuşmaması sebebiyle mebusluk görevinden istifa etmiş olmasıdır.¹⁸¹ I. Büyük Millet Meclisi’nde yapılan tartışmalar doğrultusunda 4 Kasım 1920 tarihinde bir kanun değişikliğine gidilmiştir. İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun’da gerçekleştirilen değişiklik ile mebusların, yasama organınca gösterilenler adaylar içinden seçilmesi esası benimsenmiş ve bu doğrultuda, Heyet-i Vekile içindeki uyum ve dayanışma artırılmaya çalışılmıştır.¹⁸² 1921 Anayasası’nı takip eden 1924 Anayasası üzerinde yapılan meclis görüşmelerine bakıldığında da hükümet dayanışmasının, Anayasa Komisyonu sözcüsü Celal Nuri Bey tarafından, 1921 Anayasası uygulaması hatırlatılarak şu şekilde değerlendirilmeye tabi tutulduğu görülmektedir:

*“Eskiden her vekil ayrı ayrı intihap edildiği halde yine bizzarure, biliztirar aralarında bir tesanüt olmak lâzım geliyordu. Çünkü Meclise arz olunan mazbatalar Heyet-i Vekilenin müşterek imzasını ihtiva etmek lâzım geliyordu.”*¹⁸³

Tüm bu açıklamalar bize, 1921 Anayasası uygulamasında, Heyet-i Vekilenin ortak sorumluluk ve siyasi yol haritasının bulunduğunu, hükümet içerisinde dayanışma olduğunu, sistemin parlamenter modelden farkı olmayan siyasal sorumluluk kuralları çerçevesinde işlediğini göstermektedir.

İcra Vekilleri Heyetinin kolektif sorumluluğa sahip olduğunu bir Vekiller Heyeti Reisinin, yani bir diğer ifadeyle başbakanın bulunması da ispatlamaktadır. 1921 Anayasası’nın 9. maddesindeki hüküm uyarınca “İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler.” İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair 8 Temmuz 1922 tarih ve 244 sayılı Kanunda da, İcra Vekilleri Reisinin doğrudan doğruya yasama organı

180 Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 2, İçtima 34, s. 288.

181 Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 7, İçtima 137, s. 361.

182 İlgili Tartışmalar için bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridesi, Devre I, C. 5, İçtima 94, s. 260-267.

183 Bkz., A. Şeref **Gözübüyük**/Zekai **Sezgin**, 1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1. Bası Ankara 1957, s. 32.

tarafından seçilmesi esası kabul edilmiştir. Anılan Kanunun 1. maddesindeki düzenleme uyarınca, “*İcra Vekilleri Reisi ile İcra Vekilleri, Büyük Millet Meclisi tarafından rey-i hafi ve ekseriyet-i mutlaka ile âzâ-yı Meclis meyanından ayrı ayrı intihap olunurlar.*” Anlaşılacağı üzere 244 sayılı Kanun ile birlikte, Meclis Başkanının İcra Vekilleri Reisini aday göstermesi usulü ortadan kaldırılmış olmaktadır. Recai Okandan söz konusu yeniliği, “*müesses yeni hukukî-siyasî nizamın meclis hükûmeti sistemine daha fazla yaklaşması*” biçiminde yorumlamıştır.¹⁸⁴ Ancak bu yorumun aksine, 244 sayılı Kanunun kabul edilmesi ile birlikte, İcra Vekilleri Reisinin Vekiller Heyeti içerisindeki otoritesinin güçlendirildiği ve bu suretle parlamenter rejime daha da yaklaşmış olduğu rahatlıkla ileri sürülebilir.¹⁸⁵

SONUÇ

1921 Anayasası'nın anayasa hukukumuzda özel ve özgün bir yeri bulunmaktadır. Aslında 1921 Anayasası, o zaman zarfında tüm dünyada gelişen siyasi koşullara bir cevap olarak da kabul edilebilir. I. Dünya Savaşı bitmiş, imparatorluklar sona ermeye başlamıştır. Demokrasi fikrini hukukileştiren, ona sağlam, bilimsel bir temel vermek isteyen “milli egemenlik” teorisinin ilk köklü adımları bu Anayasa ile atılmıştır. Anayasa'da hâkimiyetin hiçbir şart ve kayda bağlı olmadan halka ait olduğu ilan edilmiş ve bu doğrultuda monarşi terk edilmiş, yeni Türk Devleti kurulmuş ayrıca 1923 değişikliği ile birlikte Cumhuriyet anayasacılığı başlatılmıştır.

1921 Anayasası, kurutuluş savaşı mücadelesinin verildiği dönemde toplanan ve bu doğrultuda olağanüstü bir başarıya imza atan Büyük Millet Meclisi tarafından yapılmıştır. 1921 Anayasa'sı kabul edilirken 1876 Anayasası'nın hükümleri uygulanmamıştır. Büyük Millet Meclisi kendi egemenliğinden aldığı yetki ile 1921 Anayasası'nın kabulüne karar vermiştir.

184 Recai Galip **Okandan**, “Pozitif Amme Hukukumuzun Gelişmesi Bakımından Milli Mücadele Devri ve Onu Takip Eyleyen Merhale”, Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1956, s. 63.

185 Yavuz **Abadan**/Bahri **Savcı**, Türkiye’de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış, 1. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1959, s. 63; Ergun **Özbudun**, “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Hukuki Niteliği”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C. 1, S. 2, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1148036>, s. 503, E.T. 05.04.2023.

Dolayısıyla Anayasa, doğrudan Büyük Millet Meclisi'nin yasama yetkisine dayanılarak kabul edilmiştir. Anayasa'nın yapımında ve kabul edilmişinde başka bir anayasanın hükümlerine dayanılmamıştır.

1921 Anayasası kendi dönemindeki anayasalara göre kısa ve çerçeve anayasa niteliğindedir. Başlangıç bölümü bulunmamaktadır, ayrıca tek yumuşak anayasamızdır. Bir anayasada bulunması gereken temel hak ve hürriyetler, yargı organına ilişkin düzenlemeler, olağanüstü yönetim usulleri Anayasa'da yer almamıştır. Bu süreçte, 1876 Anayasası'nın 1921 Anayasası ile çelişmeyen düzenlemelerinin uygulanmasına devam edilmiştir.

1921 Anayasası'nda model olarak meclis hükûmeti sistemi kabul edilmiş, Büyük Millet Meclisinin üzerinde bir güç tanınmamıştır. Devletteki tüm erkler yasama organında toplanmıştır. Yürütme yetkisi yasama organı içerisinde seçilen milletvekilleri tarafından yerine getirilmektedir. Yasama organı başkanı, Heyeti Vekile'nin de başkanı konumundadır. Bu doğrultuda bir devlet başkanlığı makamına ve parlamenter hükûmet sistemlerinde görülen bakanlar kuruluna yer verilmediği görülmektedir. Anayasa'nın kabul edilmiş aşamasında, özellikle Mustafa Kemal Paşa'nın yasama organında yaptığı konuşmalar değerlendirildiğinde, başkansız devlet formülünün meclis hükûmeti sisteminin temel ilkelerine uymanın ötesinde, milli mücadelenin bütünlüğünü bozmamak için kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'da bir devlet başkanlığı makamı kabul edilmemiş ise de, Büyük Millet Meclisi Reisinin normalde bir devlet başkanında bulunan yetkilere sahip olduğu anlaşılmaktadır.

I. Büyük Millet Meclisi kuruluşundan itibaren içerisinde muhalefetin bulunduğu bir yapı sergilemiştir. Ancak bu muhalefet ilk dönemlerde, yani ülkenin işgalden kurtarılması aşamasında kendisini göstermemiş, yasama organının bu zaman dilimi içerisinde uyum ve işbirliği halinde çalıştığı görülmüştür. Kurtuluş savaşının kazanılmasından sonra ise Büyük Millet Meclisinde farklı siyasi fikirlere sahip, ülkenin çok çeşitlilik arz eden mozağinden oluşan üyelerinin muhalif olmaya doğru kayan yeni bir tavır sergiledikleri görülmektedir. Bu dönemde karar alma süreçlerinde aksamalar yaşanmış, meclis kürsüsünde uzun tartışmalar yapılmıştır. Yapılan tartışmaların daha çok yasama ve yürütme organları arasındaki yetki mücadelelerinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

1921 Anayasası'nda meclis hükûmeti sistemi kabul edilmiş olsa da, yasama organında temsil edilen farklı siyasi fikirlerin tek bir siyasi yapı

oluşturmada yarattığı zorluk sebebiyle, Anayasa'nın uygulanması aşamasında meclis hükûmeti sisteminden parlamenter sistemlerde görülen uygulamalara doğru sapmalar olduğu anlaşılmaktadır. 1921 Anayasası uygulamasına bakıldığında, bir devlet başkanı gibi hareket eden Meclis Başkanı ve yine parlamenter sistemdeki başbakan gibi hareket eden bir İcra Vekilleri Heyeti Reisinin bulunduğu, bu doğrultuda iki başlı yürütme yapılıncası sergilendiği görülmektedir.

1921 Anayasası görevini tam anlamıyla yerine getirmiştir. Anayasa'nın en önemli görevi köklü değişimlerin habercisi olmasında yatmaktadır. Anayasa'nın hedefi, o dönemin öncelikli meselesi olan Osmanlı İmparatorluğunun mirası üzerine bir ulus-devlet kurmak, bu konudaki meşruiyetin zeminini hazırlamak ve toplumsal mutabakatı sağlamaktır. Bu sebeple 1921 Anayasası, amacına ulaşmış özgün bir anayasa olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki Anayasa incelendiğinde de, Millî Mücadele'nin özgün ruhunun metne yansıdığı açıkça görülmektedir. Kurtuluş mücadelesi, bu anayasa ile sürdürülmüş ve kazanılmıştır.

Çalışmamızı bitirirken şu hususa da ayrıca dikkat çekmek isteriz ki, kanaatimizce kurtuluş savaşı döneminde 1921 Anayasası tek pozitif Anayasa metni gibi işlev görmemiştir. İstanbul Hükûmetinin yerine kurulan Ankara hükûmetinin, devlet faaliyetlerinin düzenlenmesi amacıyla çıkardığı kanunlar, kararname ve uygulamalar, bunların öncesinde yapılan Kongreler de en az 1921 Anayasası kadar önem arz etmektedir. Dolayısıyla 1921 Anayasası hakkında daha doğru bir fikre sahip olunabilmesi için, o dönemde çıkarılan tüm kanunların ve alınan kararların başka bir çalışmada ele alınması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Abadan, Yavuz/Savcı, Bahri. Türkiye’de Anayasa Gelişmelerine Bir Bakış. 1. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1959.

Akın, Rıdvan. “1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun Hukuk Tarihimizdeki Önemi”. Tarih Vakfı. <https://tarikhvakfi.org.tr/etkinlikler/etkinlik/prof-dr-ridvan-akin-1921-teskilat-i-esasiye-kanununun-hukuk-tarihimizdeki-onemi/>. E.T. 25.02.2023.

Akyılmaz, Hatice Cemre. “100. Yılında “1921 Anayasası’nın Ruhu”: 20 Ocak 1921 Tarihli Teşkilat-I Esasiye Kanunu’nun Öngördüğü Sistem ile Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Mukayesesi (Mümkün Mü?)”. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 4, S. 1, 2021, s. 123-146.

Aldıkaçtı, Orhan. Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası. 1. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar). 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

Armaoğlu, Fahir. “İngiliz Belgelerinde İstanbul’un İşgali” (16 Mart 1920)”. Belleten, C. 62, S. 234, 1998, s. 467-494.

Arsel, İlhan. Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları. 1. Bası, Mars Matbaası, Ankara 1965.

Aslan, Seyfettin/Dündar, Tahir. “Cumhuriyet Dönemi İstiklal Mahkemeleri”. Mukaddime, Y. 2014, S. 5, s. 27-44.

Aslan, Betül. “Saltanat’ın Kaldırılmasının İstanbul’daki Yankıları”. Belleten. C. 66, 2002, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/977848>, s. 95-121. E.T. 27.02.2023.

Aslan, Yavuz. “I. Dönem TBMM’de “İcra Vekilleri Heyeti Riyaseti (Hükümet Başkanlığı)’nın Statüsü ve “TBMM Reisi”nin İcra ile İlgili Yetki ve Sorumlulukları”. Atatürk Dergisi. C. 3, S. 1, 2010, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/26035>. E.T.12.03.2023.

Atar, Yavuz. Türk Anayasa Hukuku. 4. Bası, Mimosza Yayınevi, Konya 2007.

Atatürk, Mustafa Kemal. Nutuk C. 2. 12. Bası, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1971.

Avcıoğlu, Doğan. Milli Kurtuluş Tarihi. 3. Bası, Tekin Yayınevi İstanbul 1998.

Aydemir, Şevket Süreyya. Tek Adam C. 1. 3. Bası, Remzi Kitabevi Yayınları, Ankara 2013.

Aydın, Öykü Didem. Biz Halk: Egemenliğin Sahibi, Halkın Kurucu Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı. 1. Bası, Yetkin Yayınları 2011.

Bakar, Bülent. "Esaretten Kurtuluş: İtilaf Devletleri'nin İstanbul'u Tahliyesi". Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 23, 2009, s. 13-58.

Başgil, Ali Fuat. Esas Teşkilat Hukuku C. 1. 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1960.

Berkes, Niyazi. Türkiye'de Çağdaşlaşma. 10. Bası, Yapı Kredi Yayınları İstanbul 2002.

Bıyıklıoğlu, Tefik. "Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisinin Hukuki Statüsü ve İhtilalci Karakteri". Belleten, C. 23, S. 96, 1960, s. 646-664.

Boykoy, Seher. "Saltanatın Kaldırılmasının Türk Basınına Yansımaları". Atatürkçü Bakış, C. 1, S. 2, 2002, s. 53-79.

Bozkurt, Abdurrahman. İtilaf Devletlerinin İstanbul'da İşgal Yönetimi. 1. Bası, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara 2014.

Bulut, Metin. "Türk Anayasal Gelişme Tarihinde Egemenlik Kavramının Geçirdiği Dönüşümün Ana Hatları". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. S. 14, Y. 7, 2019, s. 67-136.

Can, Osman. Kurucu İktidar. 1. Bası, Alfa Yayıncılık, İstanbul 2013.

Can, Osman. "1921 Anayasası'nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik Başarısızlık Hikâyesi". Anayasa Yargısı. C. 38, S. 1, 2021, s. 127-170.

Cebesoy, Ali Fuat. Sınıf Arkadaşım Atatürk. 1. Bası, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 1966.

Cebesoy, Ali Fuat. Siyasi Hatıralar, C. 1. 1. Bası, Vatan Neşriyat İstanbul 1957.

Çamurcuoğlu, Gülден. 1921 Anayasası ve Egemenliğin Gelişimi. 1. Bası, Astana Yayınları 2016.

Çelik, Burak. Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde Anayasal Gelişmeler ve 1921 Anayasası. 1. Bası, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007.

Çiftçi, Ali. “Milli Mücadelede Liderlik Sorunu ve Kazım Karabekir”. Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi. S. 50, 2012, s. 367-388.

Çoker, Fahri. Türk Parlamento Tarihi-Millî Mücadele Dönemi ve TBMM I. Dönem C. 3. 1. Bası, TBMM Vakfı Yayınları, 1993.

Demir, Fevzi. “Cumhuriyet Dönemi Türk Anayasaları ve Hükûmet Sistemleri”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Seyfullah Edis’e Armağan, 2000, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Fevzi-Demir3.pdf>. E.T. 21.2.2023.

Demirel, Ahmet. İlk Meclisin Vekilleri. 4. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2020.

Demirhan, Burak Çelik. Kurucu İktidar Hükümet Sistemi-Vatandaşlık ve İdari Yapılanma Tartışması Çerçevesinde 1924 Anayasası'nın Yapım Süreci. 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

Duran, Lütfî. “Reisicumhurun Nutku ve İstizah Usulü”. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 16, S. 1-2, s. 212.

Duran, Tülay. “İstanbul’un İşgali”. Belgelerle Türk Tarihi Dergisi. C. 11, S. 66, 1973, s. 11-20.

Erdem, Can. “İtilaf Devletlerinin İstanbul’u Resmen İşgali ve Faaliyetleri”. Atatürk Araştırmaları Merkezi Dergisi. C. 21, S. 62, 2005, s. 677-693.

Erdoğan, Mustafa. Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset. 3. Bası, Liberte Yayınları, Ankara 2003.

Eren, Abdurrahman. Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku). 1. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018.

Eroğlu, Hamza. “Türkiye Cumhuriyeti’nin İlanı”. Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, C. 19, S. 56, 2003, s. 435-456.

Eroğlu, Cem. Çağdaş Devlet Düzenleri (İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya). 5. Bası, Kırılancık Yayınevi, Ankara 2006.

Gezer, Emre. “1921 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu’nun Yapımı Bağlamında TBMM’nin Kurucu Sıfatı”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. S. 51, Y. 13, 2022, s. 501-534.

Goloğlu, Mahmut. Üçüncü Meşrutiyet. 1. Bası, Başnur Matbaası, Ankara 1970.

Goloğlu, Mahmut. Cumhuriyete Doğru. 1. Bası, Başnur Matbaası, Ankara 1971.

Gözler, Kemal. Türk Anayasa Hukuku. 1. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa 2000.

Gözler, Kemal. Mahalli İdareler Hukukuna Giriş. 1. Bası, Ekin Yayınevi Bursa 2018.

Gözübüyük, A. Şeref/**Sezgin**, Zekai. 1924 Anayasası Hakkında Meclis Görüşmeleri. 1. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1957.

Güneş, İhsan. “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun (1921 Anayasası’nın) Yapılış Süreci”. Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. C. 20, S. 2, 2020, s. 233-256.

İba, Şeref. Türk Anayasa Hukuku. 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

İnci, İbrahim. “Cumhuriyet Düşüncesi İle İlgili Gelişmeler ve Cumhuriyetin İlanına Yönelik Tepkiler”. Manisa Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. S. 4, 2019, s. 337-354.

Kanadoğlu, Osman Korkut/**Duygun**, Ahmet Mert. Anayasa Hukukunun Genel Esasları. 2. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.

Kandeğer, Barış. “1921 Teşkilatı Esasiye Kanunu Bağlamında ‘Meclis Hükümeti Sistemi ve Ademi Merkezîyetçilik’”. Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 1, 2021, s. 15-32.

Kaplan, Ayşe Yaman. “Yürütme Organının Kanun Yapım Sürecine Etkisi Bakımından Türk Anayasalarının Karşılaştırılması”. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 1, S. 12, 2011, s. 117-170.

Karabekir, Kazım. İstiklal Harbimiz. 1. Bası, Türkiye Yayınevi, İstanbul, 1960.

Karaca, Taha Niyazi. Son Osmanlı Meclis-i Mebusan Seçimleri. 1. Bası, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2004.

Karatepe, Şükrü. Türk Anayasa Hukuku. 2. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.

Keskinsoy, Ömer/**Kaya**, Semih Batur. “Türk Anayasacılığının Dünü ve Bugünü”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 12, S. 1, 2021, s. 48-65.

Kili, Suna/Gözübüyük, Şeref. Türk Anayasa Metinleri. 1. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.

Kubalı, Hüseyin Nail. Esas Teşkilat Hukuku Dersleri. 1. Bası, Tan Matbaası, İstanbul 1959.

Kuzu, Burhan. “Parlamentarizmde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 53, S. 1-4, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/96013>, s. 34-90. E.T. 04.04.2023.

Narin, Serdar. “Türk Anayasa Hukukunda Ulusal Kurtuluş Savaşı Döneminde ve 1921 Anayasası’nda İcra Vekilleri Heyeti”. Bilgi. S. 24, 2022, s. 487-506.

Odyakmaz, Zehra/Kaymak, Ümit. Anayasa Hukuku. 22. Bası, Kuram Yayınları, Kocaeli 2018.

Okandan, Recai Galip. “Parlamentarizm ve Bugünkü Şekli”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası”. C. 1, 1935, s. 310-323.

Okandan, Recai Galip. “Pozitif Amme Hukukumuzun Gelişmesi Bakımından Milli Mücadele Devri ve Onu Takip Eyleyen Merhale”. Muammer Raşit Seviğ’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1956.

Oral, Mustafa. “Ulusal Bağımsızlık Savaşı Yıllarında Türkiye’de Hilafet ve Saltanat Sorunu”. Atatürk Yolu Dergisi. C. 5, S. 18, 1996, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/20700>. E.T. 23.02.2023.

Özbudun, Ergun. 1921 Anayasası. 1. Bası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara 1992.

Özbudun, Ergun. “Türkiye Büyük Millet Meclisinin Hukuki Niteliği”. Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi. C. 1, S. 2, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1148036>, s. 475-504. E.T. 05.04.2023.

Özcan, Selim. “Amasya Genelgesi’nin Erzurum ve Sivas Kongreleri Üzerindeki Etkisi”. Amasya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. S. 1, 2013, s. 69-82.

Özdemir, Hakan. 100 Soruda Hükümet Sistemleri (Birleşik Krallık-Almanya-ABD-Fransa-İsviçre-Türkiye). 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

Özkul, Fatih. “Liberal Demokratik Anayasacılık Anlayışı Bağlamında Türkiye Cumhuriyeti 1924 Anayasası'nın Değerlendirilmesi”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. S. 112, Y. 6, Aralık 2018, s. 585-612.

Özkul, Fatih. 2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu. 1. Bası, Yetkin Yayınevi, 2020.

Özkul, Fatih. “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”. Ankara Barosu Dergisi. S. 3, 2016, s. 201-263.

Parla, Taha. Türkiye'de Anayasalar. 3. Bası, Metis Yayınları, İstanbul 2016.

Sağlam, Fazıl. Anayasa Hukuku Ders Notları. 1. Bası, Yakındoğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2013.

Sarıhan, Zeki. Kurtuluş Savaşı Günlüğü C. 2. 1. Bası, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1994.

Selek, Sabahattin. Anadolu İhtilali. 1. Bası, Cem Yayınevi, İstanbul 1976.

Şengül, Haluk. “Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin İlk Çıkarıldığı Kanunlardan Hıyanet-i Vataniye Kanunu ve Uygulamaya Konulması”. Vakanüvis, S. 5 (TBMM'nin 100. Yılı Özel Sayısı), 2020, s. 152-179.

Sevinç, Murat/**Demirkent**, Dinçer. Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası (1921 Anayasası ve Tutanakları). 1. Bası, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.

Şık, Hüseyin. “1921, 1924 Anayasalarında Yargı Erki ve İstiklal Mahkemeleri”. <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikipimlerV/578.pdf>, 107-128, E.T. 25.02.2023.

Şimşir, N. Bilal. Malta Sürgünleri. 1. Bası, Bilgi Yayınevi, Ankara 1985.

Şirin, Sinem. Birinci Meclis Döneminde Yürütme Erki. 1. Bası, Legal Yayınevi, İstanbul 2017.

Tanör, Bülent. Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri. 3. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006.

Timur, Taner. Türk Devrimi ve Sonrası. 1. Bası, İmge Kitabevi, Ankara 2013.

Tunaya, Tarık Zafer. “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. C. 23, S. 3-4, 1958, s. 213-239.

Tunç, Hasan. Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı). 2. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2018.

Türkmen, Zekeriya. “İstanbul’un İşgali ve İşgal Dönemindeki Uygulamalar (13 Kasım 1918-16 Mart 1920). Atatürk Araştırmaları Merkezi Dergisi. C. 18, S. 53, 2002, s. 319-372.

Uslu, Ferhat. “İlk Anayasamız Kanun-u Esasi”. Çehre Dergisi. S. 1, 2015, s. 23-26.

Uslu, Ferhat. Anayasa Hukuku. 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

Uslu, Ferhat. Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki İlişkiler. 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

Uslu, Ferhat. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Anayasa Hukuku’nun 99 Konusu. 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Yamaç, Müzehher. “Türkiye Devleti’nin İlk Anayasası 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu”. Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. C. 22, TBMM’nin 100. Yılı ve Milli İrade Sayısı, Kasım 2020, s. 204-220.

Yazıcı, Sedat/**Yazıcı**, Fatih. 1921 ve 1924 Anayasalarında Kuvvetler Birliği/Ayrılığı Tartışması. Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi. S. 59, 2011, s. 235-254.

Yazıcı, Serap. Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme. 1. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2002.

Yücel, İdris. “Fransız Belgelerinde Son Halife Abdülmecit ve Türkiye’de Hilafetin Kaldırılması”. Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi. S. 61, 2017, s. 467-492.

Yücel, Bülent. “Anayasal Yetkileri Bağlamında Cumhurbaşkanının Siyasal Yapı İçindeki Konumu: 1982 Anayasası Uygulaması”. Eskişehir Barosu Dergisi. S. 12-13, Şubat-Haziran 2007 s. 155-164.

Elektronik Kaynaklar

<https://www.tbmm.gov.tr/files/anayasa/docs/1921/1921ilkmetin/1921-ilkhali.pdf>, E.T. 28.03.2023.

<https://aturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/icra-vekilleri-heyeti/>, E. T. 01.03.2023.

https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2022/1921_anayasasinin_kabulunun_100_yili.pdf, E. T. 10.03.2023.

Özel Hukuk / Private Law



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 1 Haziran/June 2023

**Yapı Denetim Kuruluşlarının Depremde Meydana
Gelen Zararlardan Dolayı Yapı Sahibine Karşı
Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**

**Contractual Responsibility of Building Inspection Organizations
to the Building Owner due to Damages Caused by the
Earthquake**

  Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR *

ÖZET

Ülkemizde meydana gelen depremlerde, öngörülen kural ve standartlara uygun inşa edilmemiş çok sayıda yapı hasar görmektedir. Depremde yapı kaynaklı zararların meydana gelmesinin temel sebebi, yapıların inşa sürecinde görev alanların (mimar, mühendis, işçi vs.) belirlenen kural ve standartlara uygun davranmamasıdır. Bu sebeple, depremin yapılar üzerindeki yıkıcı etkisinin azaltılması,

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 07.06.2023 | **Kabul/Accepted:** 20.06.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Ahmet Nar, “Yapı Denetim Kuruluşlarının Depremde Meydana Gelen Zararlardan Dolayı Yapı Sahibine Karşı Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 1, Haziran 2023, (77-115).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

ancak yapıların inşa sürecinde görev alanların belirlenen bu kural ve standartlara uygun davranmasını sağlamakla mümkündür.

1999 yılında yaşanan Marmara depremine kadar, söz konusu kural ve standartlara uygun yapı inşa edilip edilmediği kamu kurum ve kuruluşlarınca denetlenmekteydi. Ancak Marmara Depreminin yapılarda meydana getirdiği hasar, yapılan denetimin etkili ve yeterli olmadığını gösterdi. Bu nedenle, yapı denetiminin bu konuda uzmanlığa sahip kişilerin kuracağı yapı denetim kuruluşları aracılığıyla gerçekleştirilmesi esası kabul edildi.

Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a göre yapı denetim faaliyeti, yapı denetim kuruluşları ile yapı sahibi arasında akdedilen yapı denetim sözleşmesi uyarınca gerçekleştirilmektedir. Yapı denetim kuruluşları yapı sahibine karşı yapının can ve mal güvenliğini sağlama amacıyla öngörülen kural ve standartlara uygun inşa edilip edilmediğini denetlemekle yükümlüdür. Yapı denetim kuruluşlarının yapı denetim sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini tam veya gereği gibi yerine getirmemesi borca aykırı davranış teşkil eder. Borca aykırı davranış sebebiyle zarara uğrayan yapı sahibi, meydana gelen zararlarının tazmin edilmesini yapı denetim kuruluşundan sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre talep edebilir.

Anahtar Kelimeler: Yapı denetim kuruluşu, yapı sahibi, zarar, hukuki sorumluluk, deprem.

ABSTRACT

In earthquakes that occur in our country, many structures that were not built in accordance with the determined rules and standards are damaged. The main reason for earthquake-induced damages is the failure of those involved in the construction process (architects, engineers, workers, etc.) to comply with the determined rules and standards. For this reason, it is possible to reduce the destructive effect of an earthquake on buildings only by ensuring that those who take part in the construction process of the buildings act in accordance with these rules and standards.

Until the Marmara earthquake in 1999, public institutions and organizations were inspecting whether the building was built in accordance with the aforementioned rules and standards. However, the damage caused by the Marmara Earthquake showed that the inspection was not effective and sufficient. For this reason, it was accepted as a principle that the building inspection should be carried out through the building inspection institutions to be established by people with expertise in this field.

According to the Law on Building Inspection, the building inspection activity is carried out in accordance with the building inspection contract concluded between the building inspection institutions and the owner of the building. Building inspection organizations are obliged to the owner of the building to inspect whether the building has been built in accordance with the rules and standards stipulated in order to ensure the safety of life and property. Failure of the building inspection institutions to fully or duly fulfill their obligations arising from the

construction inspection contract constitutes an act against the contract. The owner of the building, who has suffered damage due to the act contrary to the contract, may demand compensation from the building inspection company in accordance with the provisions of the contract.

Keywords: Building inspection agency, owner of the building, damage, legal liability, earthquake.

GİRİŞ

Ülkemizde meydana gelen depremlerde binlerce kişi hayatını kaybetmiş ve çok sayıda yapı da zarar görmüştür. Deprem can kaybı yaşanmasına ve yapıların zarar görmesine sebep olan bir doğa olayı olduğu kuşkusuzdur. Ancak depreme yönelik alınacak tedbirlerle, depremin yıkıcı etkisinin azaltılması mümkündür. Deprem yıkıcı etkisinin azaltılması bakımından özellikle yapıların inşa edilmesi aşamasındaki tedbirler önem arz etmektedir. Zira depremin etkisiyle yıkılan ya da hasarlı hale gelen yapılarda can kayıpları yaşanmakta ve kişilerin malvarlığı değerleri zarara uğramaktadır. Bu nedenle yapıların deprem gerçeği göz önünde bulundurularak inşa edilmesi gerekir.

Yapıların kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla nereye, kim tarafından ve hangi standartlara uygun şekilde inşa edileceği hukuk kuralları ile belirlenmiştir. Ancak bu amacın gerçekleştirilmesi için kuralların öngörülmüş olması yeterli değildir. Ayrıca bu kurallara uyulup uyulmadığının da etkin bir şekilde denetlenmesi gerekir. Aksi takdirde, sadece hukuk kurallarının ve teknik standartların bulunması veya bunlara şeklen uygun davranıldığı belirlenmesi yapı kaynaklı zararların meydana gelmesini engellemeyecektir. Yakın zamanda yaşadığımız depremlerde hukuk kurallarına ve teknik standartlara uygun olarak inşa edildiği belirtilen yapıların hasara uğraması bu gerçeğe bir kez daha yüzleşmemize sebep olmuştur. Bu nedenle, yapı kaynaklı zararları asgari düzeye indirebilmek için yapının belirlenen kurallar ve standartlar dikkate alınarak inşa edilip edilmediğinin inşa sürecinin her bir aşamasında denetlenmesi gerekmektedir.

1999’da yaşanan Marmara depremine kadar yapıların denetimi kamu eliyle kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilmekteydi. Marmara depreminde yapılarda meydana gelen hasar ve yapı kaynaklı can kayıpları söz konusu denetimin yetersiz ve etkisiz olduğunu gösterdi. Bu sebeple yapı

denetiminin, bu alanda uzman olan mimar ve mühendislerin kuracağı tüzel kişiliğe sahip yapı denetim kuruluşları¹ vasıtasıyla gerçekleştirilmesi 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname² ile kabul edilmiştir. 595 sayılı Kararnamenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal³ edilmesinden sonra yürürlüğe giren Yapı Denetimi Hakkında Kanun'da (YDHK)⁴ da yapı denetiminin yapı denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilmesi esası benimsenmiştir.

Yapı denetim kuruluşu denetim faaliyetini yapı sahibi⁵ ile arasında akdedilen yapı denetim sözleşmesi kapsamında yerine getirmektedir. Yapı denetim kuruluşu, yapı sahibine karşı yapının can ve mal güvenliğini sağlama amacıyla öngörülen kural ve standartlara uygun inşa edilip edilmediğini denetlemekle yükümlüdür. Yapı denetim kuruluşunun yapı denetim sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini tam veya gereği gibi yerine getirmemesi borca aykırı davranış teşkil eder. Borca aykırı davranış sebebiyle zarara uğrayan yapı sahibi, meydana gelen zararlarının tazmin edilmesini yapı denetim kuruluşundan talep edebilir.

Çalışmada, özellikle depremde meydana gelen zararların hangi koşullar altında sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca yapı denetim kuruluşundan talep edilebileceği incelenmiştir. Bu kapsamda, yapı denetim kuruluşunun sözleşmesel sorumluluğunun süresi ve sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde sorumluluk sebepleri arasındaki yarışma da ele alınmıştır.

I. YAPI DENETİMİNİN AMACI

Ülkemizde yapı denetimi, Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca gerçekleştirilmektedir. YDHK.m.1'e göre Kanun'un amacı, "*can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemektir*".

1 Yapı Denetimi Hakkında Kanun m.1/f.3, b. (1)'ya göre yapı denetim kuruluşu, "*Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişiyi*" ifade etmektedir.

2 RG., T. 10.04.2020, S. 24016.

3 AYM., T. 24.05.2001, E. 2001/35, K. 2001/90 (RG., T. 17.01.2002, S. 24643).

4 RG., T. 29.06.2001, S. 24461.

5 YDHK.m.1/f.3, b. (c)'ye göre yapı sahibi, "*Yapı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan gerçek ve tüzel kişileri*" ifade eder.

Kanun'un hükümleri dikkate alınırsa yapı denetimi, kişilerin can ve mal güvenliğini sağlama ve imar planına uygun yapı tesis etme amacıyla belirlenen kural ve standartlara uygun, güvenli, sağlıklı ve kaliteli yapı üretimini gerçekleştirmek için sürdürülen faaliyeti ifade etmektedir⁶. Yapı denetimi, bir yapının planlanmasından yapının tamamlanması aşamasına kadar devam eden bir süreç denetimidir⁷. Bu yönüyle yapı kaynaklı zararların meydana gelmesini önleyici bir denetim türüdür. Yapı denetiminin iki temel amacı bulunmaktadır.

Bu amaçlardan birincisi, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun yapı tesis ederek kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanmasıdır. Yapının inşa edilme sürecinde gerçekleştirecek etkin denetim, doğal güçler ya da doğal afetlerden kaynaklanabilecek yapı hasarını⁸ engelleyecek veya asgari düzeye indirecektir. Böylece yapı denetimi yoluyla yapı sahibi, yapının üretiminde çalışanlar ve üçüncü kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanması hedeflenmektedir⁹. Bu yönüyle, yapı denetimi sadece yapı sahibini korumak amacıyla gerçekleştirilmemektedir. Etkin bir yapı denetimi, yapıyla

⁶ Elif **Yavuz**, Yapı Denetim Sözleşmeleri, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2015, s. 39; Barış **Duman**, “4708 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yapı Denetim Kuruluşunun İş Sağlığı ve Güvenliği Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 143, 2019, s. 285. Meryem **Akdeniz Saygı**, İdarenin Yapı Denetim Yetkisinin Anlam ve İşlevi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2021, s. 22. Doktrinde yapı denetimine ilişkin farklı tanımlarda yer almaktadır. Özdemir'e göre, yapı denetimi; her yapının türü ve niteliği dikkate alınarak fonksiyonellik, güvenilirlik ve ekonomik özelliklerini sağlamak amacıyla, yapının her parçası için projelere, ilgili mevzuata-plâna-standartlara-şartnameye ve talimatlara uygunluğun incelenmesi, ayrıca çevre değerlerini, zamanı, estetiği, konfor kayıplarını önlemeye yönelik laboratuvar dâhil her türlü teknik ve idarî çalışmaların, incelemelerin ve faaliyetlerin tamamıdır (Selman **Özdemir**, “Mukayeseli Bir İnceleme: Yapı Denetiminde ‘İnşaata’ Başlama ve Yapı Ruhsatında ‘Yapıya’ Başlama”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 25, 2023, s. 77.

⁷ Yapı denetimi sürecinde yapı denetim kuruluşlarının yapının planlanmasından tamamlanması aşamasına kadar yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlere YDHK.m.2'de ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

⁸ YDHK.m.1/f.3, b. h'ye göre Yapı hasarı kavramı, “*kullanımdan doğan hasarlar hariç, yapının fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılması nedeniyle yapıda meydana gelen ve yapının kullanımını engelleyen veya yapıda değer kaybı oluşturan her türlü hasarı*” ifade etmektedir.

⁹ Halil **Kalabalık**, İmar Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 515; İlker **Zeyrek**, İdare Hukuku Açısından Yapı Denetimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 33, 34; İlker Hasan **Duman**, 100 Soruda Yapı Denetimi, 3. Baskı, Seçkin

doğrudan ya da dolaylı temas eden toplumdaki bireylerin her birinin can ve mal güvenliğini de temin etmektedir.

Yapı denetiminin ikinci amacı, imar planlarına uygun yapıların inşa edilmesidir. Anayasa'nın 57. maddesine göre, “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler”. Anayasa’da yer verilen bu ödevin yerine getirilmesi, ancak belirli plan ve program dahilinde gerçekleştirilecek denetimlerle mümkündür.

II. YAPI DENETİMİ HAKKINDA KANUN BAKIMINDAN YAPI KAVRAMI

Yapı denetim kuruluşları, denetime konu yapıya ilişkin görev ve yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği takdirde ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulmaktadırlar. Zarar, denetime konu yapı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan bir şeyden kaynaklanıyorsa, yapı denetim kuruluşu zararın doğmasına sebep olsa dahi, ortaya çıkan zarardan yapı denetim kuruluşu sıfatıyla sorumlu tutulamaz. Bu sebeple, yapı denetim kuruluşunun denetimden kaynaklı zarardan sorumlu olup olmadığını belirleyebilmek için, denetime konu yapı kavramının açıklanması gerekir.

Yapı kavramına Türk Medeni Kanunu (TMK) ve Türk Borçlar Kanunu (TBK)’nin çeşitli hükümlerinde yer verilmesine rağmen tanımı yapılmamıştır¹⁰. Hukukun farklı dallarında değişik tanımlamalar yapılsa da Medeni Hukuk bakımından yapı kavramı genel olarak, insan eli ve tekniğin yardımıyla arazinin üstünde veya altında meydana getirilen ve arazi ile devamlı bağılılığı olan her çeşit eser olarak tanımlanabilir¹¹. Yapının

Yayıncılık, Ankara 2022, s. 37; **Akdeniz Saygı**, s. 23. AYM, E. 2010/75, K. 2011/150, 03/11/2011 “Yapı denetiminin özü, deprem, heyelan, toprak kayması, çığ düşmesi, sel gibi doğal afetlerden kaynaklanan yapı hasarlarının önlenmesi ve en aza indirilmesiyle birlikte, yapının varlığının, insan sağlığını ve yaşamını güvence altına alacak şekilde sürdürülmesi ve toplum düzeninin sağlanmasıdır” (RG. 14/02/2012, S. 28204)

10 Örneğin, TMK.m.718 (taşınmaz mülkiyetinin kapsamı), 722 vd. (haksız yapı), m.725 (taşkın yapı), m.738 (kazı yapı yaparken uyulacak kurallar), m.826 vd. (üst hakkı), m.893 (tescile tâbi kanuni ipotek hakları), TBK.m.69 (yapı malikinin sorumluluğu), m.329 (kira sözleşmesi fesih bildirim süreleri) yapı kavramına yer veren hükümlerden bazılarıdır.

11 Jale G. **Akipek**/Turgut **Akıntürk**, Eşya Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2009, s. 521; O. Gökhan **Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C. V/1,2), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 407; Fikret **Eren**, Mülkiyet Hukuku, S.

en önemli ve en sık görülen şeklini binalar oluşturur. Ancak yapı, çok geniş bir kavram olup yalnızca binalardan ibaret değildir¹². Yapı kavramı, inşaat tekniği kuralları kullanılarak arazide meydana getirilen köprü, baraj, demiryolu, kuyu, viyadük, anıt, ambar, mahzen, sığınak, kule, dikili elektrik direği gibi değişik inşa eserini de kapsar¹³.

Yapı kavramının tanımı, Yapı Denetimi Hakkında Kanun'da da yer almamaktadır¹⁴. Ancak Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nin (YDUY) 3. maddesinin (I) bendinde yapı kavramının tanımına yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre yapı, “*karada ve suda, daimî veya geçici, yeraltı ve yerüstü inşaatları ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve hareketli tesisleri*” ifade etmektedir. Yönetmelik'teki yapı tanımının medeni hukuk açısından yapılan tanımdan daha geniş olduğu görülmektedir. Zira Yönetmelik'te, karada inşa edilen daimi ya da geçici şeylerin yanı sıra suda inşa edilen şeyler de yapı olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, bu nitelikteki tamamlanmış yapılarda sonradan gerçekleştirilen ilave, değişiklik ve tamiratlar da yapı kavramı içinde değerlendirilmiştir¹⁵. Görüldüğü üzere Yönetmelik'te yapının tanımı, yapının hukuki niteliği ve amacından ziyade, inşaat tekniği ve kuralları dikkate alınarak yapılmıştır. Bu nedenle inşaat tekniği ve kuralları kullanılarak inşa edilen şeylerin tamamı Yönetmelik'te yapı olarak kabul edilmiştir.

Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 342; Emrehan **İnal**, “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”, İÜHF.M., C. LXX, S. 1, 2012, s. 248; **Akdeniz Saygı**, s. 3.

- 12 M. Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktay** - **Özdemir**, Eşya Hukuku, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 550; Turhan **Esener**/Kudret **Güven**, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 259; A. Lale **Sirmen**, Eşya Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 420; **Akipek/Akıntürk**, s. 521.
- 13 **Esener/Güven**, s. 259; **Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 407; **Eren**, Mülkiyet, s. 342; **Akipek/Akıntürk**, s. 521; **Sirmen**, s. 420; **İnal**, s. 248, 249.
- 14 Yapı Denetimi Hakkında Kanun'dan önce yürürlükte bulunan ve bu kanunun 13. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 03.02.2000 tarih ve 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede yapı kavramının tanımına yer verilmekteydi. Kararnamenin 3. maddesine göre yapı, “*Sabit, zemine doğrudan veya dolaylı olarak bağlı, geçici veya sürekli canlı barındıran, geçici veya daimi bina ve tesisler ile bunlara bağlı eklerini, alt yapı tesislerini ve bütün bunların her türlü inşaat, tesisat, imalat, sondaj, değiştirme, güçlendirme ve esaslı onarımını kapsayan yapım işlerini*” ifade etmektedir (RG. 10.04.2000, S. 24016).
- 15 “4708 sayılı Kanunda yapı kavramını yapımı devam etmekte olan veya bitmiş yapılar dahildir” (**Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 425).

Yönetmelik'te yapı kavramının tanımı çok geniş tutulmuştur. Ancak, Yönetmelik'te belirtilen özellikleri gösteren yapıların tamamı yapı denetimine tâbi değildir. Yapı denetiminin gerçekleştirilmesinde, “yapı kavramı” ile “denetime konu yapı kavramı”nın birbirinden farklılaşmaktadır. Zira YDHK.m.1/f.1'de bazı yapıların yapı denetimine tâbi olmadıkları belirtilmektedir. Diğer bir ifadeyle, Kanun'a göre yapı olarak nitelendirilmesine rağmen, bazı yapılar yapı denetiminin kapsamında yer almamaktadır. Söz konusu hükme göre, “kamuya ait olan yapı ve tesisler¹⁶, ruhsata tâbi olmayan yapılar, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve yapı inşaat alanı toplam 200 metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar, entegre tesis niteliğinde olmayan tarım ve hayvancılık amaçlı yapı ve tesisler ile köy yerleşik alanlarında, belediye ve mücavir alan sınırları içinde olmayan iskân dışı alanlarda ve nüfusu 5000'in altında olan belediyelerin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bodrum katı ve çatı arası dışında en çok iki katlı ve yalnızca bir bodrum katın inşaat alanı hesaba katılmaksızın toplam inşaat alanı 500 metrekareyi geçmeyen konut yapıları ile bunların kömürlük, otopark, depo gibi müştemilatları” denetim faaliyetinden muaf tutulmaktadır. Ayrıca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yapı İşleri Genel Müdürlüğü'nün yapı denetimi konulu 84492432/6586 sayılı, 1 Ağustos 2013 tarih ve 2013/26 numaralı Genelgesi'yle¹⁷ kalıcı afet konutları da yapı denetiminin kapsamı dışında tutulmuştur.

Kanun'da denetime tâbi olmayan yapıların çevresi çok geniş tutulmuştur. Bazı yapılar, yapıyı inşa eden, yapının yapıldığı yer ve boyut kriterleri esas alınarak denetim dışı bırakılmıştır. Yaşadığımız son depremlerde söz konusu yapıların, örneğin kamu binalarının ve köylerdeki yapıların da hasar gördüğü ve zarara sebep olduğu göz önünde bulundurulduğunda düzenlemenin bu yönüyle yapı denetiminin amacıyla örtüşmediği görülmektedir. Bu nedenle, inşa edilen yapıların tamamının yapı denetiminin kapsamına alınması yerinde olacaktır.

16 İmar Kanunu m.26'ya göre, kamuya ait olan yapı ve tesislerin denetim ve mesuliyeti kamu kurum ve kuruluşunun kendisine bırakılmıştır.

17 <https://webdosya.csb.gov.tr/db/yapiisleri/icerikler/6586-20190121162651.pdf>.

III. YAPI DENETİM KURULUŞLARININ SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A. Geçerli Bir Yapı Denetim Sözleşmesinin Bulunması

Sözleşmeden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, öncelikle taraflar arasında geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin bulunması gerekir¹⁸. Yapı denetim kuruluşunun yapı sahibine karşı sözleşmesel sorumluluğunun kaynağı, yapı denetim sözleşmesidir¹⁹. Yapı denetimi, yapı sahibi ile yapı denetim kuruluşu arasında akdedilen yapı denetim sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilmektedir (YDHK.m.5). Akdedilen sözleşme, yapı sahibi ile denetim kuruluşu arasındaki hukuki ilişkinin kurulmasını sağlamaktadır. Kanun’da ve Yönetmelik’te yapı denetim sözleşmesinin esaslı unsurlarını içeren bir tanımı yapılmamıştır. Kanun’un yapı denetim sözleşmesine ilişkin hükümleri dikkate alınırca yapı denetim sözleşmesi, yapı maliki ile yapı denetim kuruluşunun akdettiği, yapı denetim kuruluşunun mevzuatta öngörülen kurallar çerçevesinde denetim faaliyetini yerine getirmeyi, yapı sahibinin ise denetim bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlamak mümkündür. Yapı denetim sözleşmesi ile yapı sahibi “bedel ödeme”, yapı denetim kuruluşu ise sürekli bir davranışla yerine getireceği “denetim ve uyarma” borcu altına girmektedir. Bu yönüyle yapı denetim sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sürekli edimli bir borç ilişkisi ortaya çıkarmaktadır²⁰.

Yapı Denetimi Hakkında Kanun m.5/f.1’e göre, yapı denetim sözleşmesi denetime konu yapı sahibi ile denetim kuruluşu arasında akdedilir. Yapı sahibinin denetimden kaynaklanan zararlarının tazminini talep edebilmesi ancak sözleşmeye taraf olması halinde mümkündür. Bilindiği

18 Rolf H. **Weber**/ Susan **Emmenegger**, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI. 1. Abteilung, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109, 2. Auflage, Bern 2020, Vorb. Art. 97–109, N. 6; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 1190.

19 **Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 427; **Zeyrek**, s. 213; **Duman**, s. 214.

20 **Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 427; **Kalabalık**, s. 527; Dolunay **Karaçay**, Yapı Malikinin Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 41; **Zeyrek**, s. 132; **Akdeniz Saygı**, s. 87. Bursa 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 13.1.2021, E. 2020/379, K. 2021/16 “Yapı Denetim Hizmet Sözleşmesi, Borçlar Hukuku anlamında karşılıklı tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşımaktadır” (**Lexpera**).

üzere sözleşmenin nispiyeti ilkesi gereği, kişilerin taraf sıfatıyla yer almadığı bir sözleşmeden dolayı hak sahibi olması ya da borç altına girmesi mümkün değildir. Zira sözleşme sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur²¹. Ancak borçlar hukukuna hâkim olan bu ilkenin yapı denetim sözleşmesi bakımından, mutlak bir şekilde uygulanmadığı görülmektedir. Yargıtay kararlarına göre, yapı denetim kuruluşu yapı sahibi ya da yetkili temsilcisi tarafından akdedilmiş bir sözleşme olmamasına rağmen yapı sahibinin bilgisi dâhilinde yapıya ilişkin denetim faaliyetini yerine getirmişse, yapı sahibi denetim sözleşmesi dolayısıyla hak sahibi olup, borç altına girer²². Kanaatimizce, yapı sahibinin yapısı üzerinde denetim faaliyetinin fiilen gerçekleştirildiği bu olasılıklara ilişkin Yargıtay'ın vardığı sonuç yerindedir. Yapı denetim sözleşmesinin her ne kadar borçlar hukuku kurallarına tâbi bir sözleşme olduğu kabul edilse de, yapı üzerinde denetim faaliyetinin gerçekleştirilmesi kamu hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüktür²³. Denetim kuruluşunun denetim faaliyetini gerçekleştirilmesiyle yapı sahibi söz konusu yükümlülüğün kurtulmaktadır. Yapı sahibinin taraf sıfatıyla yer almadığı denetim sözleşmesinin denetim kuruluşu tarafından ifa edilmesine sessiz kalması ve sonradan sözleşmenin kendisini bağlamadığını ileri sürmesi çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder. Aynı sonuç, denetimden kaynaklanan bir zararın ortaya çıkması ve

21 O. Gökhan **Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C. V/1,1), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 69.

22 Yarg., 13. HD., T. 3.12.2015, E. 2015/29766, K. 2015/35552 “Somut olayda; Davacının yapı sahibi olduğu, yapı denetim sözleşmesi altındaki imzanın davacıya ait olmadığı ve sözleşmenin davacının hukuken temsile yetkili vekili aracılığıyla imzalanmadığı anlaşılmakta ise de davalının yapı sahibi olan davacıya yapı denetim hizmeti verdiği sabittir. Davacı, bu hizmetin davalı dışında başka bir firma tarafından verildiğini iddia ve ispat etmemiştir. Bu durumda, davalının verdiği hizmet karşılığında ücret talep etme hakkının bulunduğu kabulü gerekir”; Yarg., 13. HD., T. 29.1.2013, E. 2012/21073, K. 2013/1803 “Davalı ile usulüne uygun bir şekilde sözleşme tanzim edilmediğinden bahisle ve bu hali ile sözleşme gereği yapı sahibinin işlem yapmasının sözleşmeye icazet verdiğinin kabulü anlamına gelemeyeceğinden bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Her ne kadar davalı sözleşmenin kendisi ile yapılmadığını iddia ederek davanın reddini talep etmiş ise de aynı sözleşmeyi dava dışı belediyeye ibraz ederek yapı 2012/21073 2013/1803 ruhsatını almış olduğu böylece anılan sözleşmeyi benimsediği dosya kapsamında anlaşılmalıdır. Bu durumda mahkemece, davada dayanılan sözleşme kapsamında inceleme yapıp değerlendirme yapılması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” (**Lexpera**).

23 Hilal **Ahmetoğlu**, Yapı Malikinin Sorumluluğu ve Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi SBE., 2022, s. 110; **Akdeniz Saygı**, s. 78, 79.

yapı sahibinin sözleşmeye dayanarak zararların tazminini talep etmesi halinde, denetim kuruluşunun yapı sahibinin sözleşmeye taraf olmadığını ileri sürmesi bakımından da geçerlidir. Bu nedenlerle, denetime konu yapıda deprem ya da başkaca bir sebeple denetimden kaynaklanan bir zarar ortaya çıkmışsa, yapı denetim kuruluşu sözleşmenin kiminle akdedildiği göz önünde bulundurulmadan, yapı sahibine karşı yapı denetim sözleşmesinden dolayı sorumlu olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, yapı denetim kuruluşu yapı üzerinde denetim faaliyetini yerine getirmiş ve yapı sahibinin yapı denetimine ilişkin yükümlülüğü ortadan kalkmışsa, yapı sahibi meydana gelen zararlarının tazminini sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre denetim kuruluşundan talep edebilmelidir.

Yapı denetim sözleşmesinin varlığı ve yapı denetim kuruluşunun sözleşmeden doğan sorumluluğunun ortaya çıkması için yapı denetim sözleşmesinin geçerli bir şekilde akdedilmiş olması da gerekir. Yapı denetim sözleşmesinin içeriğinde yer alması gereken unsurlar YDHK.m.5/f.2’de düzenlenmiştir. Hükme göre, “*Bu sözleşmede; taahhüt edilen hizmetin konusu, yeri, inşaat alanı, süresi, varsa yapı sahibi ile yapı müteahhidi arasında akdedilen sözleşmede yer alan yapının fizikî özellikleri, yapı denetimi hizmet bedeli, yapı denetiminde görev alacak teknik personel listesi ve diğer yükümlülükler yer alır*”. Kanun’da sözleşmenin içeriğinde yer alacak hususlar düzenlenmiş olmasına rağmen, sözleşmenin geçerliği bakımından uyulması gereken şekle ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır²⁴. Ancak YDHK.m.5/f.1’de, “... *Bu sözleşmenin bir sureti taahhütname ekinde ilgili idareye verilir.*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hükümden sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Yazılı şeklin nasıl gerçekleşeceği ise YDUY.m.21’de düzenlenmektedir. Hükümde yapının uygulama projeleri bitirildikten sonra yapı sahibinin yapı denetim kuruluşu ile Yönetmelik ek-6’da gösterilen form-4’e uygun bir hizmet sözleşmesi akdederek ilgili idareye sunacağı ve sözleşmede tarafların imzalarının bulunması gerektiği belirtilmektedir. Yönetmelik’te yapı denetimine esas olan sözleşmede tarafların imzasının bulunması arandığı için, sözleşmenin adı yazılı şekilde

24 Ahmetoğlu, s. 106; Akdeniz Saygı, s. 83.

yapılmış olması geçerliliği bakımından zorunlu ve yeterlidir²⁵. Aksi kanaatte olan Yavuz'a göre ise, Yönetmelikteki bu hüküm yapı denetim sözleşmelerinin geçerliliği ile ilgili olmayıp, sadece sözleşmenin taraflar arasında kurulduğunun, yapının bir yapı denetim kuruluşunun gözetim ve denetimi altında olduğunun ilgili idareye karşı belgelendirilmesinden ibarettir. Yazar, Yönetmelikte aranan imza koşulunun da ispat niteliği taşıdığını, bir geçerlilik şartı olmadığını savunmaktadır²⁶.

Kanaatimizce, yapı denetim sözleşmesinin Kanun'da öngörülen adi yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Söz konusu şekil şartı yerine getirilmeden denetim kuruluşunun denetim faaliyetlerine başlaması mümkün değildir. Kanun ve Yönetmelik'teki şekle ilişkin hükümler ile denetim kuruluşunun faaliyetlerini yürütmesine dair diğer kurallar dikkate alınırca, öngörülen şeklin ispat şekli olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle, adi yazılı şekil koşuluna uyulmadan gerçekleştirilen yapı denetiminden dolayı, kural olarak, Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde denetim kuruluşunun sözleşmeden doğan sorumluluğuna başvurulamaz. Ancak, istisnai olarak, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu durumlarda, şekle uyulmadan akdedilen yapı denetim sözleşmesi de geçerli bir sözleşmenin bütün hükmü ve sonuçlarını doğurur²⁷. Örneğin, şekil kurallarına uygun akdedil-

25 **Kalabalık**, s. 529; **Ahmetoğlu**, s. 106; **Duman**, s. 145; **Akdeniz Saygı**, s. 85; **Zeyrek**, s. 138. Yarg., 23. HD., T. 16.01.2020, 8083/163 “4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 5. maddesinde kanun koyucu, yapı denetim hizmet sözleşmelerinin özelliği ile kişilerin can ve mal güvenliğini ilgilendirmeleri nedeniyle sözleşme hürriyeti prensibinden ayrılmış ve bu sözleşmelerin yazılı olarak düzenlenip taahhütname ekinde ilgili idareye sunulması zorunluluğu getirilmiştir” (Lexpera).

26 **Yavuz**, s. 74.

27 Yarg., 13. HD., T. 3.12.2015, E. 2015/29766, K. 2015/35552 “Somut olayda; davacının yapı sahibi olduğu, yapı denetim sözleşmesi altındaki imzanın davacıya ait olmadığı ve sözleşmenin davacının hukuken temsile yetkili vekili aracılığıyla imzalanmadığı anlaşılmakta ise de davalının yapı sahibi olan davacıya yapı denetim hizmeti verdiği sabittir. Davacı, bu hizmetin davalı dışında başka bir firma tarafından verildiğini iddia ve ispat etmemiştir. Bu durumda, davalının verdiği hizmet karşılığında ücret talep etme hakkının bulunduğu kabulü gerekir. Aksinin düşünülmesi davacı arsa sahibinin haksız zenginleşmesi sonucunu doğurur ki bunun kabul edilmesi hukuken mümkün değildir” (**Lexpera**). Yarg., 13. HD., T. 4.6.2015, E. 2014/19701, K. 2015/18667 “Yapının denetimi için yapı denetim kuruluşu ile hizmet sözleşmesinin imzalanması zorunluluğunun bulunduğu ve sözleşmenin de bizzat veya hukuken tem-

miş bir sözleşme bulunmadan yapı denetim kuruluşu denetim faaliyetlerini gerçekleştirmiş ve bu denetim faaliyeti sonucunda yapı sahibi idarenden iskân ruhsatını almışsa, taraflar sözleşmenin geçersizliğini birbirlerine karşı ileri süremezler. Bu olasılıkta yapıda depremin etkisiyle denetim borcuna aykırılıktan kaynaklanan bir zarar meydana gelmişse, yapı sahibi sözleşmeye dayanarak yapı denetim kuruluşundan zararlarının tazminini talep edebilir.

B. Yapı Denetim Kuruluşunun Borca Aykırı Bir Davranışının Bulunması

Depremde meydana gelen zarardan dolayı yapı denetim kuruluşunun sözleşmesel sorumluluğunun doğumu için sadece yapı denetim sözleşmesinin varlığı yeterli değildir. Ayrıca yapı denetim kuruluşunun sözleşmeden doğan borcuna aykırı bir davranışının da bulunması gerekir. Borç ve yükümlülüklerini tam ve gereği gibi yerine getirmeyen yapı denetim kuruluşu ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu olur (YDHK.m.3).

Yapı denetim kuruluşunun yapı denetiminden doğan yükümlülükleri (Kanun'un ifadesiyle görevleri, Yönetmelik'teki ifadeyle görev ve sorumlulukları) YDHK.m.2/f.4 ve YDUY.m.5'te ayrıntılı bir şekilde sayılmıştır. Kanun ve Yönetmelik hükümleri birlikte değerlendirildiğinde yapı denetim kuruluşunun yapı denetim sözleşmesinden kaynaklanan borçlarının yapının projelendirme aşamasından tamamlanmasından sonraki aşamaya kadar çeşitli safhalardan oluştuğu ve zamana yayıldığı görülmektedir²⁸. Söz konusu yükümlülükler (görevler) dikkate alınırrsa, yapı denetim kuruluşunun yapı denetim sözleşmesinden doğan asli borçları, denetim yapma ve uyarma borçlarıdır²⁹. Bu kapsamda yapı denetim kuruluşunun öncelikle yapının fen, sanat, sağlık kurallarına, projeye, imar planına, ruhsat ve

sile yetkili vekil aracılığıyla yapı sahipleri tarafından imzalanması gerektiği anlaşılmaktadır. Davalılar, yapı denetimi hizmetinin davacı dışında başka bir firma tarafından yerine getirildiğini iddia ve ispat etmemişlerdir. Hal böyle olunca, geçerli bir sözleşme olmasa dahi, davacının vermiş olduğu hizmetin ücretini davalılardan talep etme hakkının bulunduğu kabulü gerekir. Aksi halde davalılar sebepsiz zenginleşeceklerdir” (**Lexpera**). Aynı yönde bkz. Yarg., 13. HD., T. 29.1.2018, E. 2015/38826, K. 2018/825; 13. HD., T. 20.12.2011, E. 2011/8444, K. 2011/19662 (**Lexpera**). Şekle aykırılığın dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemeyeceği yönünde bkz. **BGE** 138 III 401; **BGE** 116 II 700.

²⁸ **Yavuz**, s. 146.

²⁹ Halil **Yılmaz**, Yapı Denetim Şirketlerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 21.

ekleri ile mevzuata uygun inşa edilip edilmediği denetleme borcu bulunmaktadır (YDHK.m.3, YDUY.m.5/f.1)³⁰. Ayrıca yapı denetim kuruluşunun yapı sahibini, yapıya ilişkin öngörülebilir riskler ve doğa olaylarından kaynaklanabilecek yapı hasarları hakkında yazılı olarak uyarma borcu da bulunmaktadır (YDHK.m.3/f.3)³¹.

Yapı denetim kuruluşunun denetim ve uyarma borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi borca aykırı davranıştır. Borca aykırılık sebebiyle yapının, ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu olarak yapılmış olmasından kaynaklanan zarardan yapı denetim kuruluşu sorumludur (YDHK.m.3/f.2). Örneğin, yapı denetim kuruluşu yapıda kullanılan malzemeler ile imalatın proje, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek ve bunlarla ilgili deneyleri yaptırmakla yükümlüdür (YDHK.m.2/f.3, b. d). Denetim kuruluşu bu konudaki denetim borcunu gereği gibi yerine getirmez ve meydana gelen depremde kullanılan malzeme veya imalat dolayısıyla yapı hasarı ortaya çıkarsa, yapı sahibi zararının tazminini borca aykırılık hükümleri uyarınca denetim kuruluşundan talep edebilir.

C. Bir Zararın Doğmuş Olması

Yapı denetim kuruluşunun sözleşmesel sorumluluğunun doğması için, yapı sahibine karşı olan denetim ve uyarma borcunu yerine getirmemesi, diğer bir ifadeyle borca aykırı davranış sebebiyle yapı sahibinin bir zararının meydana gelmiş olması gerekir. Yapı denetim kuruluşunun borcuna aykırı davranmasına rağmen bir zarar meydana gelmemişse, yapı sahibi, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca yapı denetim kuruluşundan tazminat talep edemez³².

30 Ahmetoğlu, s. 119.

31 YDHK.m.3/f.3'e göre, "Yapı denetim kuruluşu; yazılı ihtarına rağmen yapı sahibi tarafından önlemi alınmayan, parsel dışında meydana gelen ve yapıda hasar oluşturan yer kayması, çığ düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskınından doğan hasarlardan sorumlu değildir".

32 M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 399. "Borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine rağmen, alacaklı herhangi bir zarara uğramamış ise, tazminatı koşulları oluşmamıştır" (Özcan Günergök/Şaban Kayıhan, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020, s. 267). Kötü ifadan kaynaklanan sözleşmesel sorumluluk, borcun kötü ifasıyla değil, zarar meydana geldiğinde ortaya çıkar (BGE 130 III 591).

Sözleşmeden doğan zarar, sözleşmenin ihlali sonucunda alacaklının hukuk düzeni tarafından korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmadır³³. Bir sözleşmenin ihlalden doğan zararın maddi ya da manevi zarar şeklinde ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir³⁴. Bu kapsamda alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışından doğan maddi veya manevi zararlarının tazminini TBK.m.112 ve devamı hükümleri uyarınca borçludan talep edebilir³⁵. Bununla birlikte Yapı Denetimi Hakkında Kanun'da borcuna aykırı davranan yapı denetim kuruluşunun, bu davranışı sebebiyle ortaya çıkan zararların hangilerinden sorumlu olacağı hususunda farklı bir düzenleme öngörülmüştür. YDHK.m.3/f.2'ye göre, “Yapı

33 **Weber/Emmenegger**, BK., OR.Art. 97, N. 180; **Andreas Furrer/ Rainer Wey**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Editörler: Andreas Furrer/ Anton K. Schnyder, 3. Auflage, Zürich 2016, Art.97, N. 72; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1191; Erol **Cansel/Çağlar Özel**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 317; **Yılmaz**, s. 37; **BGE** 127 III 543; **ATF** 127 III 73; **ATF** 126 III 388.

34 Türk Hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca manevi tazminat talep edilebileceğini açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık halinde zarar gören alacaklının borçludan manevi tazminat talep edip edemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Hâkim görüşüne göre, TBK.m.114/f.2'de yer alan “*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*” hükmü gereği, borca aykırılık oluşturan davranış aynı zamanda kişilik hakkı ihlali de oluşturuyorsa, alacaklı borçludan sözleşmesel sorumluluk hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edebilir. Bkz. O. Gökhan **Antalya**, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan I. Cilt, C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 226; **Oğuzman/Öz**, Cilt 1, s. 406; Fulya **Erlüle**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 154; Murat **İnceoğlu**, “Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 24, S. 4, Y. 2008, s. 77; Arzu **Arıdemir**, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2008, s. 61. Yargıtay'da sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Yarg., 11.HD., T. 24.10.2019., E. 2018/5385, K. 2019/6709 “6098 Sayılı TBK'nın 58. maddesine göre, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören kişi, uğradığı manevi zarara karşılık olarak manevi tazminat adı altında bir miktar paranın ödenmesini isteyebilir. Aynı Yasa'nın 114/2. maddesinde ise, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmeye aykırı bir davranış sebebiyle kişilik hakları zarar gören kişinin manevi tazminat talep etme hakkı mevcuttur”.

35 Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 813; **Erlüle**, s. 154.

denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar”. Hükümde, yapı denetim kuruluşu ve diğer ilgililerin borca aykırı davranışı dolayısıyla yapı sahibine karşı sorumluluğu sadece “yapı hasarı” bakımından öngörülmüştür. Yapı denetim kuruluşlarının yapı hasarı dışında kalan zararlardan sorumluluğu ise düzenlenmemiştir³⁶.

Yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğuna sebep olan yapı hasarı kavramı, “kullanımdan doğan hasarlar hariç, yapının fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılması nedeniyle yapıda meydana gelen ve yapının kullanımını engelleyen veya yapıda değer kaybı oluşturan her türlü hasarı” ifade etmektedir (YDHK.m.1/f.3/b. h). Yapı hasarı, bizatihi denetime konu yapıda gerçekleşmektedir. Yapı hasarı dolayısıyla yapının amacına uygun kullanımı engellendiği veya yapı değer kaybettiği için yapı sahibinin sadece yapıya ilişkin maddi zararı ortaya çıkmaktadır. Hükümün lafzı dikkate alınır, yapı denetim kuruluşları yapı hasarından kaynaklanan zararlar dışında kalan diğer maddi ve manevi zararlardan YDHK.m.1/f.3/b. h hükmü kapsamında sorumlu tutulmayacaktır. Örneğin, meydana gelen depremde denetime konu yapı kısmen ya da tamamen

36 “Yapı hasarı yapının görevlilerin kusuru sonucu değer kaybetmesinden doğan zararlar ilgilidir. Görevlilerin kusuru sonucu ortaya çıkan yapı sahibinin veya üçüncü kişilerin can zararlarından ve diğer mal zararlarından sorumlulukları ise sözleşme ve haksız fiil hükümlerinin kusura dayanan genel hükümlerine tâbidir” (Yaşar **Karayalçın**, “Müteahhidin ve Yapı Denetim Kuruluşunun Deprem Zararından Sorumluluğu - Garanti Süresi- Zamaşımı Def'i- Dürüstlük İlkesine Aykırılık”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar XIX, Ankara 2003, s. 29). Aynı yönde değerlendirme için bkz. Veysel **Başpınar**/Mehmet **Altunkaya**, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamaşımının Başlaması ve Süresi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 1, Y. 2008, s. 98; Yarg., 3. HD., T. 02.11.2015, E. 2014/37413 K. 2015/31621 “Davacılar, almış oldukları konutların 30.07.2010 tarihinde projeye aykırı yapılmış olması nedeniyle binanın mühürlendiğinden ve yeni bir konuta taşınmak zorunda kaldıklarından bahisle kira kaybının davalılardan denetim şirketinden de tahsilini istemişler; mahkemece de bu davalı yönünden de kabulüne karar verilmiştir. Oysaki 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu'nun 3. maddesinde yapı denetim kuruluşunun yapı sahibine sorumluluğu düzenlenmiştir. Somut olayda kira kaybının tazmini talebi yapının hasarlı olması nedeniyle oluşan bir zarar değil, geç teslim nedeniyle oluşan bir zarardır. Müteahhit ile davacılar arasında yapılan sözleşmeye göre kira kaybı bedelinden müteahhit sorumludur. Yapı denetim şirketinin sorumluluğu bulunmamaktadır” (**Lexpera**).

yıkılmış ve bu durum yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışından kaynaklanan yapı hasarı olarak nitelendirilmişse, yapı denetim kuruluşu bizzatı yıkılan yapı bakımından yapı sahibine karşı sorumlu olur. Buna karşılık yapı denetim kuruluşu yıkılan yapının içerisinde bulunan eşyaların zarar görmesi dolayısıyla ortaya çıkan maddi zarardan ve yapı sahibinin veya aile üyelerinin ölüm ya da vücut bütünlüğünün ihlalden doğan maddi ve manevi zarardan sorumlu tutulmayacaktır.

Hükmün lafzından hareketle yapı denetim kuruluşlarının borca aykırı davranışına bağlanan bu sonucun, yapı denetiminin amacıyla bağdaştırılması mümkün değildir. Zira yapı denetiminin temel amacı kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamaktır. Bu amacı gerçekleştirecek bir denetim yapılmamışsa, Kanun'dan veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davranan yapı denetim kuruluşu TBK.m.112 vd. gereği ortaya çıkan her türlü zarardan sorumlu olmalıdır. Bu nedenle YDHK.m.3/f.2 hükmünün sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla değil, yapı hasarının ortaya çıkmasına sebep olanların iç ilişkideki durumunu özel olarak düzenlemek amacıyla sevk edilmiş bir hüküm olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır. Hükümdeki “*yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte ... ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar.*” ifadesi de hükmün bu amaçla öngörüldüğünü doğrulamaktadır. Dolayısıyla yapı sahibi, yapı hasarı ile sınırlı olmaksızın yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışından doğan maddi veya manevi zararlarının tazminini TBK.m.112 ve devamı hükümleri uyarınca talep edebilir³⁷. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yapı sahibinin sözleşmeye aykırı davranan yapı denetim kuruluşundan koşulları gerçekleşmişse TBK.m.112 vd. uyarınca maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabileceğine karar vermiştir³⁸.

Bu kapsamda denetim ve uyarma borcuna aykırı davranan yapı denetim kuruluşu illiyet bağı içerisinde olması koşuluyla yapı sahibinin deprem dolayısıyla fiili zararını (yıkılan yapının ve içerisinde bulunan eşyanın

³⁷ Yılmaz'a göre yapı denetim kuruluşu bu kanuna göre manevi zararlardan sorumlu değildir. Ancak bu durum, yapı denetim kuruluşunun bu tür zararlardan dolayı sorumlu olmayacağı anlamına gelmez. Bu kanuna göre sorumlu olmamakla birlikte genel hükümlere göre yani Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulmak mümkün olacaktır (Yılmaz, s. 48). Aynı yönde bkz. Kalabalık, s. 535; Duman, s. 212.

³⁸ YHGK., T. 16.9.2021, E. 2017/502, K. 2021/1024 (Lexpera).

değeri, yapının yıkılmasından kaynaklanan tedavi giderleri vb.) ve yoksun kaldığı kârı (örneğin, yıkılan yapının kiraya verilememesinden kaynaklanan zarar gibi) tazminat kuralları çerçevesinde tazmin etmek zorundadır³⁹. Aynı şekilde, yapı denetim kuruluşu depremde yapının kısmen ya da tamamen yıkılması sebebiyle şahısvarlığı değerleri zarar gören yapı sahibinin manevi zararlarını da tazmin etmekle yükümlüdür.

D. Denetleme ve Uyarma Borcuna Aykırılık ile Meydana Gelen Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağının Bulunması

1. Genel Olarak

İlliyet bağı, kişinin fiili ile ortaya çıkan zarar arasındaki sebep - sonuç ilişkisi olup, sorumluluğun asli koşulu ve tazminat hukukunun temel ilkelerindedir⁴⁰. Kişinin sorumluluğun doğması için hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Zarar, kişinin hukuka aykırı fiilinden değil, başka bir sebeplerden kaynaklanıyorsa, fiili hukuka aykırı da olsa kişi zarardan sorumlu tutulmaz⁴¹. Türk - İsviçre hukukunda kişinin fiili ile meydana gelen zarar arasında sebep - sonuç ilişkisinin olup olmadığının belirlenmesi bakımından uygun illiyet bağı teorisi kabul edilmektedir⁴². Bu teori uyarınca fiil, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu olayların olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre meydana getirmeye elverişliyse ya da böyle bir

39 M. Ali **Erten**, Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Sözkese Matbaacılık, Ankara 2020, s. 70, 71.

40 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 762-764; **Eren**, Genel Hükümler, s. 617; Murat **Aydoğdu/Serdar Nart**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 194, 195; **Cansel/Özel**, s. 319.

41 **Kılıçoğlu**, s. 814.

42 Jolanta Kren **Kostkiewicz**./Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (Hrsg.). Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht. 3. Auflage, Zürich 2016, Art.97, n. 15; M. Kemal **Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 49; **Cansel/Özel**, s. 319; **Eren**, Genel Hükümler, s. 621; Mustafa Alper **Gümüş**, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 424; **Aydoğdu/Nart**, s. 195. Bu yön-
deki bazı İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. **BGE** 123 III 110; **BGE** 122 V 415; **BGE** 121 III 358; **BGE** 115 II 440.

sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmışsa fail sonuçtan sorumlu tutulmalıdır⁴³.

Yapı denetim kuruluşunun hukuki sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için de denetleme ve uyarma borcuna aykırı davranışı ile deprem ya da başkaca bir sebeple ortaya çıkan zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Diğer bir ifadeyle, yapı denetim kuruluşunun sorumlu tutulabilmesi için sözleşmeden doğan denetim, uyarı ya da bildirim yükümlülüğüne aykırı davranışının zararlı sonucu meydana getirmesi veya meydana gelme ihtimalini artırması gerekir. Bu kapsamda, yapı denetim kuruluşunun denetim ya da bildirim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesi halinde deprem dolayısıyla yapı hasarının ortaya çıkmayacağı söylenebiliyorsa, borca aykırı davranışla meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu da ispatlanmış olur. Örneğin, yapı denetim kuruluşu müteahhit tarafından standartlara aykırı olarak kullanılan malzemelere ilişkin denetim ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemiş ve yapının depremde standart dışı kullanılan malzeme dolayısıyla hasar gördüğü tespit edilmişse, fiille zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Bu halde yapı denetim kuruluşu hukuka aykırı (borca) davranışının sonucu olarak meydana gelen zarardan sorumludur. Buna karşılık, borca aykırı davranış ile meydana gelen zarar arasında bağ kurulamıyorsa, yapı denetim kuruluşunun sadece borcuna aykırı davranması sorumluluğunu doğurmayacaktır. Örneğin, yapı denetim kuruluşu yapının inşa edildiği zeminin standartlara uygun olup olmadığını denetlemek yükümlülüğüne aykırı davranmasına rağmen yapı depremde zeminden değil, kullanılan malzemeden dolayı hasar görmüşse, yapı denetim kuruluşunun sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

2. Yapı Denetimi Bakımından İlliyet Bağını Kesen Sebepler

a. Genel Olarak

İlliyet bağını kesen hallerde, sebep, zararlı sonucu doğurmaya niteliği itibariyle elverişli olmakla birlikte, ortaya çıkan yeni bir sebep zararlı so-

⁴³ Haluk **Tandoğan**, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara Hukuk Yayınları No:159, Ankara 1961, s. 76.

nucu daha yüksek etkileme derecesi ile onu elverişsiz hale getirmektedir⁴⁴. İlliyet bağının kesildiği hallerde, ortaya çıkan zarardan, hukuka aykırı davranmasına rağmen zarara sebep olmayan kişinin sorumlu tutulması mümkün değildir⁴⁵. Bu kapsamda, zararlı sonuç illiyet bağını kesen bir sebepten dolayı ortaya çıkmışsa, yapı denetim kuruluşu borcuna aykırı davranmış olsa dahi zararlı sonuçtan sorumlu olmaz.

Türk Borçlar Kanunu'nda illiyet bağını kesen sebeplere ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrin ve uygulamada illiyet bağını kesen sebeplerin zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebep olduğu kabul edilmektedir⁴⁶. Söz konusu hallerden her birinin yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışı ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağını kesip kesmediğinin her somut olayda özel olarak değerlendirilmesi gerekir.

b. Zarar Gören Yapı Sahibinin Ağır Kusuru

Yapı denetim sözleşmesinden doğan borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinden zarar gören, yapı sahibidir. Somut olayın hal ve şartları dikkate alındığında zarar gören yapı sahibinin kusurunun ağırlığı illiyet bağını kesecek yoğunlukta ise, borca aykırı davranışı bulunan yapı denetim kuruluşu sorumluluktan kurtulur. Örneğin, yapı denetim kuruluşu yapının inşasında kullanılan standart dışı malzemeye ilişkin denetim borcunu yerine getirmemiş ve yapı depremde hasar görmüşse, kural olarak, yapı denetim kuruluşu ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulur. Buna karşılık, yapı sahibinin depremde hasar gören yapının zemin katında bulunan işyerinin kullanım alanını genişletmek amacıyla perde duvarları yıktığı ya da kolonları kestiği belirlenirse farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira yapı sahibinin yapının statik ve dinamiğini etkileyen bu kusurlu davranışı, yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışını ikinci plana atacak yoğunluk ve ağırlıkta olduğu için illiyet bağını keser ve denetim kuruluşunun

44 **Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 300; **Eren**, Genel Hükümler, s. 638; **Gümüş**, s. 428.

45 **Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 429.

46 **Furrer/Wey**, CHK, OR Art.97, N. 111; **Fischer**, OFK, OR.Art.41, n. 71; Andreas **Furrer/Markus Müller Chen/Bilgehan Çetiner**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2022, s. 355; **Kılıçoğlu**, s. 814; **Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 300, 301; **Eren**, Genel Hükümler, s. 639; **Gümüş**, s. 428; **Aydoğdu/Nart**, s. 195; **Zeyrek**, s. 216; Fatih **Gündoğdu**, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 278. **BGE** 112 II 439.

sorumluluğunu ortadan kaldırır⁴⁷. Zarar gören yapı sahibinin ağır kusurlu olduğu hallerde, esasen zarar yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışı neticesinde meydana gelmemiştir⁴⁸.

Yapı hasarının ortaya çıkmasında yapı sahibinin ağır kusurlu olduğu iki özel durum YDHK.m.3/f.2’de düzenlenmiştir. Hükme göre, “*Yapıda, yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılacak esaslı tadilattan doğacak yapı hasarından, izinsiz tadilat yapan sorumludur. Yapı denetim kuruluşu; yazılı ihtarına rağmen yapı sahibi tarafından önlemleri alınmayan, parsel dışında meydana gelen ve yapıda hasar oluşturan yer kayması, çığ düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskınından doğan hasarlardan sorumlu değildir*”. Dolayısıyla, yapı sahibi idareden izin almadan esaslı tadilat gerçekleştirmişse, tadilattan kaynaklanan yapı hasarından yapı denetim kuruluşu sorumlu olmayacaktır. Ayrıca hükümde belirtilen hallerde yapı denetim kuruluşu tarafından doğal afetlere ilişkin yazılı ihtar yapılmasına rağmen yapı sahibi tarafından gerekli önlemler alınmamışsa ortaya çıkan zarara yapı sahibi katlanır. Bu hallerde yapı sahibinin ağır kusuru, yapı denetim kuruluşunun sorumluluğunu önlemektedir.

Yapı sahibinin kusuru illiyet bağına kesmemiş, sadece depremde zararlı sonucun meydana gelmesine katkıda bulunmuşsa, kusur ortak illiyet olarak değerlendirilir⁴⁹. Bu takdirde, yapı denetim kuruluşu sorumluluktan kurtulmaz, ancak kusuru TBK.m.52/f.1 uyarınca tazminatın belirlenmesinde indirim sebebi teşkil eder⁵⁰. Örneğin, yapı denetim kuruluşu ya-

47 **Yılmaz**, s. 36; **Yavuz**, s. 212; **Duman**, s. 231, 232; **Ahmetoğlu**, s. 127; **Zeyrek**, s. 217, 218. “Uygun illiyet bağı ve bunun kesilmesi, iki safhalı bir düşünme ve değerlendirme süreci içinde cereyan eder. Birinci safhada, sorumlu olacak kişinin davranışı veya sorumluluğunun bağlandığı objektif olayın, niteliği itibarıyla gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye genel olarak elverişli olup olmadığı araştırılır. Eğer buna olumlu cevap verilirse, ikinci safhada ortaya çıkan yeni sebepler nazara alınarak, bunların illiyet bağına kesmeye elverişli olup olmadıkları incelenir. Eğer bu safhadaki sebeplerin illiyet bağına kesmeye elverişli oldukları kabul edilirse, birinci safhada doğan sorumluluk ortadan kalkar” (**Eren**, Genel Hükümler, s. 647, 648).

48 YDHK.m.3/f.3 hükmü bu duruma örnek teşkil etmektedir. Hükme göre, “*Yapıda, yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılacak esaslı tadilattan doğacak yapı hasarından, izinsiz tadilat yapan sorumludur*”.

49 **Eren**, Genel Hükümler, s. 646.

50 **Eren**, Genel Hükümler, s. 646; **Kılıçoğlu**, s. 816; **Aydoğdu/Nart**, s. 198; **Gümüş**, s.

pının perde duvarları ve kolanlarına ilişkin denetim borcunu yerine getirmediği için yapı depremde hasar görmüş, ancak yapı sahibinin taşıyıcı nitelikte olmayan duvarları yıkması ya da imar mevzuatına aykırı tadilat gerçekleştirmesi yapı hasarının artmasına etki etmişse, illiyet bağının kesildiğinden söz edilemez. Bu halde, yapı sahibinin kusurlu davranışı, yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışı ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağına kesecek yoğunluk ve ağırlıkta değildir. Dolayısıyla, depremde meydana gelen zarardan yapı denetim kuruluşunun sorumluluğu devam etmekle birlikte, yapı sahibinin kusurlu davranışı zararın meydana gelmesi ya da artmasındaki etkisi oranında tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır⁵¹.

c. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

Üçüncü kişinin ağır kusurlu davranışı da illiyet bağına kesecek nitelik ve yoğunlukta ise, yapı denetim kuruluşu denetim ve uyarma borcuna aykırı davranışına rağmen sorumluluktan kurtulur. Bu halde üçüncü kişinin ağır kusurlu davranışı, yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağına kesmekte ve zararlı sonucu meydana getirmektedir. Üçüncü kişinin kusurlu davranışının illiyet bağına kesilmesi için, davranışının depremde meydana gelen zararlı sonucun tek sebebi olarak görülmesi gerekir⁵². Diğer bir ifadeyle, yapı denetim kuruluşunun davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağının kesilmesi için, üçüncü kişinin kusurunun zararın meydana gelmesinde yapı denetim kuruluşunun kusurundan daha nitelikli ve yoğun olması gerekir. Doktrine göre, üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağına kesmesi için aranan yoğunluk, zarar görenin illiyet bağına kesen kusuruna nazaran daha ağır olmalıdır⁵³.

431; **Furrer/Müller Chen/Çetiner**, s. 357; Adil **Bucaktepe**, Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17-18, S. 26-29, Y. 2012-2013, s. 109; **Ahmetoğlu**, s. 127, 128; **Duman**, s. 232; **Yılmaz**, s. 36; **Zeyrek**, s. 218.

⁵¹ **Gümüş**, s. 431; **Aydoğdu/Nart**, s. 198.

⁵² **Aydoğdu/Nart**, s. 198; **Gümüş**, s. 432; **Zeyrek**, s. 218; **Duman**, s. 233. “Zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışının nedensellik bağına kestiğinden söz edebilmek için, davranışının kaçınılmaz zararın inhisari sebebi olması gerekir” (Günhan Gönül **Koşar**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, İstanbul 2020, s. 139).

⁵³ **Eren**, Genel Hükümler, s. 649; **Gümüş**, s. 432. “Nedensellik bağının kesilmesinde üçüncü kişinin kusurunun da dar yorumlanması gerektiği ve kuralın nedensellik bağının varlığı olduğu, üçüncü kişinin kusurunun gerekli objektif yoğunluğa ulaşmadıkça nedensellik bağına kesemeyeceği ifade edilmektedir. Hatta öyle ki;

Üçüncü kişinin kusurlu davranışı, yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışını geri plana itecek ağırlık ve nitelikte değilse, başka bir ifadeyle ancak diğer kusurlu davranışlarla zararlı sonucu doğuracak nitelikteyse, ortak illiyet söz konusu olur⁵⁴. Depremde meydana gelen zararlı sonuç hem yapı denetim kuruluşunun hem de üçüncü kişinin kusurlu davranışından kaynaklanıyorsa, bu kişiler, yapı sahibine karşı teselsül hükümleri uyarınca sorumlu olurlar⁵⁵. Zira TBK.m.61'e göre, "*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır*".

Yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışı ile depremde meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesilmesi bakımından üçüncü kişi kavramı, yapı sahibi ve yapı denetim kuruluşu ile bunların davranışlarından sorumlu olduğu kişiler dışında kalan diğer kişileri ifade etmektedir. Örneğin, yapı müteahhidi⁵⁶, proje müellifleri⁵⁷, laboratuvar görevlileri⁵⁸, yapıyı kişisel ya da sınırlı aynı hakka dayalı olarak kullananlar ile depremde yapının hasar görmesine sebep olan diğer kişiler üçüncü kişi olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık, yapı denetim kuruluşunun davra-

üçüncü kişinin kusurunun, nedensellik bağıni kesebilmesi için zarar görenin kusurunda aranan yoğunluktan da fazla olması gerektiği kabul edilmektedir" (Simge **Saraçoğlu**, Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 113).

54 **Aydoğdu/Nart**, s. 198.

55 **Furrer/Müller Chen/Çetiner**, s. 355. Denetimden kaynaklı hasarlarda yapı denetim kuruluşları ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibine karşı, diğer ilgililerle birlikte müteselsilen değil, kusuru oranında kısmen sorumludur. (**Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 426). Aynı yönde bkz. **Kılıçoğlu**, s. 461; **Zeyrek**, s. 212.

56 Yapı müteahhidi, yapım işini, yapı sahibine karşı taahhüt eden veya ticari amaçla ya da kendisi için şahsi finans kaynaklarını kullanarak üstlenen, ilgili meslek odasına kayıtlı, gerçek ve tüzel kişidir (YDHK.m.1/f.3, b. j).

57 Proje müellifleri, mimarlık, mühendislik tasarım hizmetlerini iştiğal konusu olarak seçmiş, yapının etüt ve projelerini hazırlayan gerçek ve tüzel kişilerdir (YDHK.m.1/f.3, b. k).

58 Laboratuvar görevlileri, inşaat ve yapı malzemeleri ile ilgili ham madde ve mamul madde üzerinde ilgili standartlarına veya teknik şartnamelerine göre ölçüm, muayene, kalibrasyon yapabilen ve diğer özelliklerini tayin eden, Bakanlıktan izin almış tesis görevlileridir (YDHK.m.1/f.3, b. m).

nışlarından sorumlu olduğu yardımcı kişiler üçüncü kişi olarak değerlendirilemez⁵⁹. Örneğin, yapı denetim kuruluşunun görevlendirdiği denetçi mimar ya da mühendisler ile yardımcı kontrol elemanları üçüncü kişi değildir. Denetçi mimar ve mühendisler, denetim görevini yapı denetim kuruluşu adına gerçekleştiren yardımcı kişilerdir⁶⁰. İfa yardımcısı niteliğinde olan bu kişilerin davranışlarından dolayı da yapı denetim kuruluşu bizzat sorumludur (TBK.m.116)⁶¹.

d. Mücbir Sebep: Özellikle Şiddetli Deprem

Teori ve uygulamada mücbir sebep genel olarak, “borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, bir genel davranış normunun ya da borcun ihlaline, kaçınılmaz ve mutlak şekilde neden olan, öngörülmesi ve

⁵⁹ Erten, s. 117.

⁶⁰ YDHK.m.2/f.2, c.2’ye göre, “Yapı denetim kuruluşları; denetçi mimar ve mühendisler ile yardımcı kontrol elemanları istihdam eder”. YDUY.m.14/f.1, c.1’e göre “Yapı denetimi kuruluşu, denetimini üstlendiği proje ve yapım işlerinde, Kanun ve bu Yönetmelik hükümleri ile belirlenmiş görevlerini denetçi mimar ve denetçi mühendisler eliyle yürütür”. YDUY.m.16/f.10’a göre de, “Yapı denetim kuruluşunun ortağı olan mühendis ve mimarlar, kuruluşta görevli denetçi mimar ve denetçi mühendisler ile yardımcı kontrol elemanlarının görevlerini Kanun ve bu Yönetmelik çerçevesinde yerine getirmeleri için gereken her türlü tedbiri alır. Denetim hizmetini yürüten personelin etkin biçimde görev yapmalarını sağlayacak tedbirlerin alınmaması durumunda, ortaya çıkan kusurlardan kuruluşun ortakları ve yöneticileri, ilgili denetim personeli ile birlikte müteselsilen sorumludurlar”. Söz konusu hükümlerden de anlaşıldığı üzere denetçi mimar ve mühendisler ile yardımcı kontrol elemanları yapı denetim kuruluşlarının denetim görevini yerine getirmek için kullandığı ifa yardımcısıdır.

⁶¹ “Yapı denetim kuruluşlarının, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmüyle, yapı sahibine karşı sorumlu olabileceğini de söylemek gerekir. Bu sebeple, yapı denetim kuruluşu, kullandığı (bağımlı veya bağımsız) mimar, mühendis, denetçi, işçi vs. gibi kişilerin fiillerinden dolayı da, yapı sahibine karşı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk gereğince de sorumlu olacaktır. Örneğin, yapı denetim kuruluşunun, yukarıda saydığımız kişilerden birisinin, yapı sahibinin şahsına veya sahip olduğu yapıya bir maddi zarar vermeleri halinde; veya yapıdaki aksaklıkları görmelerine veya görmeleri gerekmelerine rağmen kasten veya ihmal suretiyle hukuka aykırı rapor tanzim etmeleri halinde, ortaya çıkacak zararların tazmini de yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı içinde değerlendirilecektir” (Semih Yünlü, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 395).

karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay” olarak tanımlanmaktadır⁶². Mücbir sebep; şiddetli deprem, kasırga, büyük sel baskınları, yıldırım veya çığ düşmesi, yanardaş patlaması ve benzeri bir doğa olayı olabileceği gibi bazen savaş, genel grev, askeri darbe gibi beşeri ya da sosyal bir olay, ithal yasağı, kamulaştırma gibi hukuki bir olay da olabilir⁶³. Mücbir sebebin varlığı halinde borca aykırı davranış ile meydana gelen zararlı sonuç arasındaki illiyet bağıını kesilir ve borçlu zararlı sonuçtan dolayı sorumlu tutulmaz.

Hukuka aykırı fiilden bağımsız olarak değerlendirildiğinde deprem bir mücbir sebep teşkil etmektedir. Ancak gerçekleşen zararlı sonuç bakımından depremin mücbir sebep teşkil edip etmediği ve illiyet bağıını kesip kesmediği somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira mücbir sebep kavramının mutlak değil, nispi bir kavram olduğu kabul edilmektedir⁶⁴. Bu nedenle, depremin mücbir sebep olarak yapı denetim kuruluşlarının tazminat sorunluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağıının da her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirme yapılırken de yapı denetiminin temel amacının kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanması olduğu gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu kapsamda, depremin mücbir sebep teşkil edip etmeyeceğinin belirlenmesinde esas alınması gereken kriter kanaatimizce “depremin şiddetinin öngörülebilirliği” olmalıdır. Hangi depremlerin öngörülebilir şiddette olduğunun belirlenmesinde, depremden önce yapılan bilimsel araştırmalar esas alınmalıdır. Zira günümüzde depremin ne zaman meydana geleceği bilinmese de denetime konu yapının bulunduğu yerdeki fay hatları ve bu fay hatlarının hangi şiddette deprem oluşturabileceği önceden bilinmektedir. Bu sebeple, bilimsel verilere göre öngörülmesi mümkün ol-

62 **Furrer/Wey**, CHK., OR.Art.97, N. 112; **Furrer/Müller Chen/Çetiner**, s. 355; **Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 301; **Eren**, Genel Hükümler, s. 640; **Kılıçoğlu**, s. 814, 815; **Şahin Akıncı**, Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), Sayram Yayınları, Konya 2021, s. 212, 213; **Gümüş**, s. 428; YHGK., T. 27.06.2018, E. 2017/90, K. 2018/1259; YHGK., T. 12.10.1994, E. 1994/265, K. 1994/600 (**Lexpera**).

63 **Eren**, Genel Hükümler, s. 641; **Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 302; **Akıncı**, s. 213; **Gümüş**, s. 428, 429; YHGK., T. 27.02.2013, E. 2012/1141, K. 2013/282 (**Lexpera**).

64 **Aydoğdu/Nart**, s. 196; **Serdar Cengiz**, Mücbir Sebebin Sözleşmelere Etkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 25; **Yavuz**, s. 211.

mayan şiddetteki depremler yapı denetim kuruluşları bakımından da mücbir sebep olarak kabul edilebilir. Yapı denetim kuruluşu sözleşmeden ve kanundan doğan denetim faaliyetini tam ve gereği gibi yerine getirmişse, bu nitelikteki bir depremde denetime konu yapı zarar görse dahi illiyet bağı kesildiği için sorumlu tutulamaz⁶⁵. Örneğin, denetime konu yapının bulunduğu yerdeki fay hatlarının en fazla beş şiddetinde bir deprem meydana getireceği bilinmekte ve mevzuatta da yapıların bu şiddet dikkate alınarak inşa edilmesi öngörülmüyorsa, bu kapsamda denetim faaliyetini gerçekleştiren denetim kuruluşu yedi şiddetindeki bir depremde meydana gelen zarardan sorumlu olmayacaktır. Buna karşılık deprem bilimsel verilere göre öngörülebilir şiddette ise, gerçekleşen deprem mücbir sebep olarak değerlendirilemez⁶⁶. Yukarıdaki örnekte beş ya da daha düşük bir şiddette bir depremde zarar meydana gelmişse, deprem illiyet bağını kesecek yoğunlukta ve ağırlıkta olmadığı için yapı denetim kuruluşu ortaya çıkan zarardan sorunlu tutulacaktır. Bu olasılıkta denetim faaliyetini gerçekleştiren yapı denetim kuruluşunun kendisinden beklenen ölçüde özen göstermediği ve zararın meydana gelmesinde ya da artmasında etkisinin bulunduğu söylenebilir⁶⁷.

65 “Doğal afetlerden kaynaklanan hasar ve yıkımlardan dolayı deprem yönetmeliğinde olabilecek depremler bakımından yapıların kabul edilebilir riskleri gösterilmiştir. Küçük depremlerde yapının hiç hasar görmemesi, orta büyüklükte depremlerde taşıyıcı sistemin hasar görmemesi, çok büyük depremler için taşıyıcı sistemin hasar görebileceği öngörülmüştür. Buna göre çok büyük bir depremde, kurallara uygun olarak yapılan yapının gördüğü hasar nedeniyle yapı denetim kuruluşu sorumlu tutulmayacaktır. Kanuna göre kabul edilebilir riskin ötesinde bir hasar meydana gelmiş ise, denetim kuruluşunun eylemiyle arada nedensellik bağı kurabildiği takdirde, denetim kuruluşu bu hasardan sorumludur” (**Kalabalık**, s. 536).

66 “Çok büyük bir depremde kuralına uygun yapılan yapının gördüğü hasar nedeniyle yapı denetim kuruluşu sorumlu tutulmayacaktır. Deprem yönetmeliğine göre, kabul edilebilir riskin ötesinde bir hasar oluşmuş ise denetim kuruluşu bu hasarı ödemekle yükümlüdür. Doğal olayların yıkıcı etkisi, yapıda zaten var olan bir denetim kusuruyla birleştiği takdirde, uygun nedensellik bağının varlığından söz edilebilecektir” (**Duman**, s. 212). Aynı yönde değerlendirme için bkz. **Zeyrek**, s. 217; **Yavuz**, s. 211.

67 “Deprem Yönetmeliğinde yer alacak dayanıklılık süresi ve Richter ölçeği deprem zararları dolayısıyla açılacak davalarda zamanaşımı def'i değerlendirilirken, müteahhidin veya denetim kuruluşunun kusurunu ve derecesini tespit ederken önemli bir rol oynayacaktır. Örneğin 7 Richter Ölçeğine göre dayanıklı olması gereken bir bina 4-5 ölçeğindeki (veya 8'den büyük bir) deprem sonucu yıkılmış olursa bu konuda görevli olan davalıların kusurlu oldukları (veya olmadıkları) anlaşılabilir” (**Karayalçın**, s. 30).

E. Yapı Denetim Kuruluşunun Sözleşmeyi Kusurlu Olarak İhlal Etmış Olması

Yapı denetim kuruluşlarının yapı hasarından kaynaklanan sorumluluğu bakımından “kusur sorumluluğu ilkesi” esas alınmıştır⁶⁸. Bu durum YDHK.m.3/f.2’de açıkça ifade edilmiştir. Hükme göre, “*Yapı denetim kuruluşları ... ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar*”. Bu nedenle, yapı sahibinin depremde meydana gelen zarar dolayısıyla yapı denetim kuruluşundan tazminat talep edebilmesi için yapı denetim kuruluşunun zararın ortaya çıkmasında kusurunun bulunması gerekir⁶⁹. Zararın meydana gelmesinde yapı denetim kuruluşunun kusuru bulunmuyorsa, sorumlu tutulması da mümkün değildir.

Yapı Denetimi Hakkındaki Kanun’dan önce yürürlükte bulunan 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükümünde Kararname’de, yapı denetim kuruluşlarının sorumluluğu, “kusursuz sorumluluk ilkesi” esas alınarak düzenlenmişti⁷⁰. Söz konusu Kararname’nin 18. maddesine göre, “*Yapı denetim kuruluşları ile bu kuruluşların uzman mühendis ve mimarları, denetimleri altında inşa edilen yapıların fen ve sanat kurallarına aykırı yapılması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından kusur aranmaksızın sorumludurlar*”. Kararname’nin yürürlükte olduğu dönemde yapı denetim kuruluşunun, proje müellifi, şantiye şefi veya yapı müteahhidinin görev ve yükümlülüklerini yerine getirmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulması da mümkün değildi (Kararname m.18/f.2)⁷¹. Bu bakımdan yapı denetim kuruluşlarının Kararname ile öngörülen sorumluluğu, yürürlükteki Kanun’a nazaran daha ağır takdir edilmiştir. Kanaatimizce, yapı denetiminin amacına uygun şekilde yapılmasını ve ortaya çıkan zararın kolay bir şekilde tazmin edilmesini sağlamak için Kararname’de öngörülen kusursuz sorumluluk esasının mevcut Kanun’da da benimsenmesi yerinde olurdu.

⁶⁸ Kılıçoğlu, s. 460; Duman, s. 214; Kalabalık, s. 533; Yavuz, s. 203, 204; Ahmetoğlu, s. 122.

⁶⁹ Antalya, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 428; Yılmaz, s. 40; Karaçay, s. 42.

⁷⁰ Ece Baş, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. .

⁷¹ Yapı denetim kuruluşlarının 595 Sayılı KHK dönemindeki hukuki sorumluluğu hakkında geniş bilgi için bkz. Erten, s. 62 vd.

Depremde meydana gelen zararlardan sorumluluk bakımından yapı denetim kuruluşunun kusurlu olması gerekli ve yeterlidir. Kusurunun derecesi önemli değildir. Zira TBK.m.114/f.1, c.1'e göre, "*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur*". Bu nedenle yapı denetim kuruluşunun gerek kast gerekse ihmal şeklide ortaya çıkan kusuru, onun, yapı hasarından kaynaklanan zararlardan sorumlu olmasına sebep olur.

Yapı denetim kuruluşunun kusurun bulunup bulunmadığı, denetim yükümlülüğünü yerine getirirken gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğine göre belirlenir⁷². Gösterilmesi gereken dikkat ve özenin ölçüsü, yapı sahibi ile denetim kuruluşu arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğine göre belirlenecektir⁷³. Kanunda yapı denetiminin akdedilen "hizmet sözleşmesi" hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmektedir (YDHK.m.3, m.5). Yönetmelik'te de yapı denetim sözleşmenin hukuki niteliği ilgili olarak hizmet sözleşmesi ifadesi kullanılmaktadır (YDUY.m.21). Bununla birlikte, benzer yönleri bulunsa da yapı denetim sözleşmesinin teknik anlamda bir hizmet sözleşmesi olduğunu kabul etmek mümkün değildir⁷⁴. Zira denetim kuruluşu ile yapı sahibi arasında hizmet sözleşmesinin aksine sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır. Gerçekleştirilen faaliyet bakımından uzman konumunda olan yapı denetim kuruluşunun yapı sahibinden emir ve talimat alması ya da yapı sahibinin denetimi altında faaliyetlerini yürütmesi söz konusu değildir. Aksi düşünce, yapı denetiminin öngörülen amacı sağlamasına da imkân vermez. Bu nedenle doktrinde, yapı denetim sözleşmesinin hukuki niteliği itibariyle iş görme sözleşmelerinden vekâlet sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı ve sözleşmeye vekâlet sözleşmesi hakkındaki hükümlerin uygulanabileceği kabul

⁷² **Yavuz**, s. 204. "Borçlu, borca aykırı sonucu tasarlayarak ve arzu ederek veya bu sonucu göze alarak hareket ettiği yahut borca aykırı sonucun önlemek için gerekli özeni göstermediği takdirde kusurludur" (**Oğuzman/Öz**, Cilt 1, s. 420). Denetim borcuna aykırı eylem; denetimin hiç yapılmaması, eksik yapılması, yerinde ve zamanında yapılmaması, kötü yapılması yani özensiz yapılması şeklinde ortaya çıkabilir. Sorumlu bu davranışları ya tamamen yerine getirmemekte ya da gereği gibi yerine getirmemek suretiyle yapması gereken aktif davranışı yapmamaktadır. Bu davranış yapı denetim kuruluşunun kusurunu meydana getirir. Bkz. **Duman**, s. 214, 215.

⁷³ "Borçlunun sözleşmesel kusuruna ilişkin ölçü 'özen kavramı' üzerinden objektifleştirilmiş kusur ölçülür. Günümüzde özen kavramı bir yandan haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılığın ve iş görme temelli sürekli borç ilişkilerinde iş gören borçlunun sözleşmesel sorumluluğunun kurucu olgularından 'yükümü aykırılığın', öte yandan her iki sorumluluk türü bakımından 'kusurun tespitinde' önem taşır" (**Gümüş**, s. 826).

⁷⁴ **Akdeniz Saygı**, s. 95; **Yılmaz**, s. 79.

edilmektedir⁷⁵. Kanaatimizce de, özel uzmanlığı gerektiren yapı denetim faaliyetinin en üst düzeyde bağımsızlığı gerektirmesi sözleşmenin hukuki niteliği itibarıyla hizmet sözleşmesi olmadığını açıkça göstermektedir. Bu sebeple, yapı denetim sözleşmesinde gösterilmesi gereken özenin ölçüsünün belirlenmesinde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Zira TBK.m.502/f.2'ye göre, “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş-görme sözleşmelerine de uygulanır*”. Bu kapsamda yapı denetim kuruluşunun göstermesi gereken özenin ölçüsü, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir yapı denetim kuruluşunun göstermesi gereken davranış esas alınarak belirlenir (TBK.m.506/f.3). Görüldüğü üzere, gösterilmesi gereken özenin ölçüsü objektif kriterlere göre belirlenecektir. Basiretli bir yapı denetim kuruluşundan beklenen mesleki bilgi ve deneyimin gerektirdiği davranışların gösterilmediği hallerde, yapı denetim kuruluşunun özen borcuna aykırı davrandığı ve kusurlu olduğu kabul edilir⁷⁶. Yapı denetim kuruluşu, denetimde görev alan kişilerin subjektif ve psikolojik yetersizliklerine, özellikle öğrenim ve deneyim eksikliğine, meslek, teknik, bilim ve sanat alanındaki yenilikleri takip yetersizliğine dayanamaz. Dolayısıyla, denetim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinde mesleki yeterli-

75 **Yılmaz**, s. 36; **Yavuz**, s. 100; **Zeyrek**, s. 148. Duman'a göre ise, “yapı denetimi hizmet sözleşmesi kendine özgü bir sözleşme sayılmalıdır. Bir iş görme sözleşmesidir. Ancak iş görme sözleşmesi niteliğinde olan eser ve vekalet sözleşmelerine tam olarak benzememektedir. Çünkü özel hukuk sözleşmesi olmakla birlikte, kamu hukukuna ilişkin kuralları da barındırmaktadır. Taraflar sözleşmenin tüm unsurlarında diledikleri gibi düzenleme yapamadıkları gibi, yetkili idari makamların belirledikleri kuralara da uymak zorundadırlar. ... Yapı denetim kuruluşu hem yapı sahibi adına hem de idare adına hareket etmektedir. Dolayısıyla kamusal sorumluluğu yerine getirdiği oranda, yapı sahibine karşı sorumluluğunu ve yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmaktadır” (**Duman**, s. 147). Yapı denetim sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olduğu yönünde bkz. **Kalabalık**, s. 527; **Ahmetoğlu**, s. 105.

76 **Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 427; **Kalabalık**, s. 534; **Yavuz**, s. 205; **Ahmetoğlu**, s. 125; **Duman**, s. 215. “TBK.m.114/f.2, c.2'ye göre, ‘Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir.’ Hükmü göz önüne alındığında ihmalin ölçüsü olarak İsviçre ve Alman hukukunda olduğu gibi işlem alanının ya da mesleğin gerektirdiği ortalama özen esas alınır. Bu çerçevede borçlunun kusur bakış açısından özenli davranıp davranmadığı tespit edilirken belirli bir mesleğe işlem alanına dahil somut borçlunun davranışı, bir hukuki figür, bir soyut ideal varlık olarak, kendi mesleğindeki/işlem alanındaki ortalama bedensel fikri ve manevi yetilere sahip ortalama borçlunun ortalama davranışı ile kıyaslanır. Buna göre, kural olarak işlem alanı veya mesleğe özgü ortalama vatandaşın özeni sağlayan borçlu sorumlu değildir.” (**Gümüş**, s. 829).

likleri olmayan kişilerin görev aldığı ya da böyle bir yeterliliğe sahip olsalar dahi özen eksikliğinin bulunduğu hallerde ortaya çıkan yapı hasarından yapı denetim kuruluşu sorumlu olur. TBK.m.112'ye göre, “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklene-meyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gider-mekle yükümlüdür*”. Haksız fiilden doğan sorumluluktaki genel kuralın aksine, sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur karinesi öngörülmüştür. Bu karine uyarınca borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun kusurlu olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, sorumluluktan kurtulmak isteyen yapı denetim kuruluşu borca aykırılıkta kusurunun bulunmadığını ispat etmek zorundadır.

IV. YAPI DENETİM KURULUŞUNUN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN SÜRESİ

Yapı denetim kuruluşunun yapı denetim sözleşmesinden doğan sorumluluğu belirli sürelerle sınırlandırılmıştır. Bu sürelerin hukuki niteliği konusunda doktrinde; zamanaşımı, hak düşürücü süre, ya da sadece sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin belirli bir zaman sınırlaması olduğu şeklinde çeşitli görüşler bulunmaktadır⁷⁷. Kanaatimizce, Kanun'da öngörülen süreler zamanaşımı ya da hak düşürücü süre niteliğinde değildir. Söz konusu süreler sadece sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkindir. Yapı denetim kuruluşunun sorumluluğunun koşulları bu süreler içinde gerçekleştikten sonra meydana gelen zararın tazmin talebi genel zamanaşımı sürelerine tâbidir.

Yapı denetim kuruluşunun sorumluluğunun süresi, yapının yapım aşamasındaki denetimi ve sonradan gerçekleşen periyodik denetimleri dikkate alınarak farklı şekilde belirlenmiştir. Yapı denetim kuruluşunun yapım aşamasında denetlediği yapılarda ortaya çıkan yapı hasarından dolayı sorumluluğunun süresi YDHK.m.3/f.2'de düzenlenmiştir. Hükme göre, “... *sorumluluğun süresi; yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıldır*”. Görüldüğü üzere yapım aşamasında denetlenen yapılarda yapı denetiminden doğan sorumluluğun süresi, yapı hasarının yapının taşıyıcı olan sistemlerinde meydana gelip gelmediğine göre farklılaşmaktadır. Hükme göre, yapı denetim kuruluşu yapının taşıyıcı sistemlerinde meydana gelen yapı hasarından dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan

⁷⁷ Sürelerin hukuki niteliği hakkında bkz. **Baş**, s. 70; **Yavuz**, s. 207.

kısımlarında meydana gelen hasarlardan dolayı ise iki yıl sorumludur⁷⁸. Sorumluluğu sınırlayan iki ve on beş yıllık süreler, yapı kullanma izninin alındığı andan itibaren başlamaktadır⁷⁹. Sürelerin işleme başlaması açısından denetim faaliyetinin yapıldığı veya yapının tamamlandığı ya da fiilen kullanılmaya başlandığı anın önemi bulunmamaktadır.

Yapı denetim kuruluşlarının bitmiş yapıların periyodik olarak denetimlerinden doğan sorumluluğunun süresi ise, Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a 10.06.2022 tarihinde 7410 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle eklenen Ek Madde 1'de düzenlenmektedir. Ek m.1/f.1, c.1'e göre, "*Bu Kanun kapsamında denetlenerek bina kimlik sertifikası alan yapılar, sertifikanın asılmasını müteakip beşer yıllık periyotlarla yapı denetim kuruluşlarınca denetlenir*". Periyodik denetimlerin yapılması, yapı sahibinin rızasına bağlı değildir. Hatta periyodik yapı denetim faaliyeti karşılığında ödenecek hizmet bedeli de Bakanlık tarafından karşılanır (YDHK. Ek m.1/f.3). Bununla birlikte, yapı denetim kuruluşu gerçekleştirdiği denetim dolayısıyla yapı sahibine karşı sorumludur. Ek m.1/f.4'e göre, "*Bu madde kapsamında denetim görevini mevzuata uygun şekilde yerine getirmeyen yapı denetim kuruluşları, bu nedenle ortaya çıkacak yapı hasarlarından dolayı denetimi yaptığı tarihten itibaren beş yıl süreyle yapı sahibine karşı sorumludur*". Görüldüğü üzere, yapı denetim kuruluşunun bitmiş yapıların

78 Yapının taşıyıcı sistemini oluşturan unsurlar YDHK.m.1/f.3, b. g'de sayılmıştır. Hükme göre taşıyıcı sistem, "...yapıların temel, betonarme, ahşap, çelik karkas, duvar, döşeme ve çatı gibi yük taşıyan ve aktaran bölümlerini ve istinat yapılarını" ifade etmektedir. Yapının taşıyıcı olmayan kısımları ile neyin ifade edildiği Kanun'da açıklanmamıştır. Bu hususta İmar Kanunu m.21/f.3'ten yararlanılabilir. Hükme göre, derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisatı ile çatı ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek diğer unsurlar taşıyıcı olmayan kısımları ifade etmektedir.

79 Yarg., 15. HD., T. 30.6.2015, E. 2015/2879, K. 2015/3815 "Davalı yapı denetim şirketi çatının uygulama projelerine, ruhsat ve eklerine, fen ve sanat kurallarına aykırı ve eksik, hatalı ve kusurlu yapılması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarlarından dolayı davacı yapı sahibine karşı davalı yüklenici ile birlikte kusuru oranında sorumlu olduğundan ve eldeki dava yapı kullanma izninin alındığı 20.07.2011 tarihinden itibaren 2 yıllık süre içinde açılmış bulunduğu mahkemece yapı denetim şirketi hakkındaki davanın da kabulüne karar verilmelidir. Mahkemece davalı yapı denetim kuruluşunun yasadan ve yapı denetim hizmet sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu gözardı edilerek bu davalı hakkındaki davanın husumet yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir" (**Lexpera**).

periyodik olarak denetiminden doğan sorumluluğunun süresi beş yılla sınırlandırılmıştır. Sürenin başlangıcı ise, periyodik denetimin yapıldığı tarihten itibaren başlamaktadır.

Yapı denetim kuruluşunun meydana gelen zarardan sorumlu olabilmesi için, yapı hasarının Kanun'da belirlenen süreler içinde ortaya çıkması gerekir. Aksi takdirde, yapı hasarından kaynaklanan zararların tazmininin yapı denetim kuruluşundan yapı denetim sözleşmesine dayalı olarak talep edilmesi mümkün değildir.

V. SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI

Yapı denetim kuruluşlarının yapı denetim sözleşmesinden doğan denetim yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi sözleşmeye aykırı bir davranış olup, sözleşmesel sorumluluğa sebep olur. Bununla birlikte yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışı aynı zamanda kişilerin şahıs veya malvarlığı değerlerini koruma amacı güden bir davranış kuralını da ihlal edebilir. Bu nedenle, yapı denetim kuruluşunun sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle ortaya çıkan zarar, yapı sahibi bakımından aynı zamanda haksız fiil de teşkil edebilir. Sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumluluğun şartlarının birlikte gerçekleştiği bu hallerde sorumluluk sebeplerinin yarışması ilkesi uygulanır⁸⁰. Bu ilkeye göre, zarar gören yapı sahibi zararlarının tazminini yapı denetim kuruluşundan sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebilir. Yapı sahibi depremde meydana gelen zararını hangi sorumluluk sebebine dayanarak talep edileceğini kendisi belirler⁸¹. Yapı sahibinin sorumluluk sebeplerinden birine dayanmadan talepte bulunması halinde ise,

80 **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, s. 302; Burak **Türk/Çiğdem Yılmaz**, Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması, Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018 (Edt. Başak Baysal), İstanbul 2019, s. 379; **Zeyrek**, s. 213. "Doktrinde borca aykırılığın söz konusu olduğu hallerde haksız fiil hükümlerine başvurulmasının mümkün olmadığı veya aksine yani, haksız fiilin borca aykırılığa başvurulmasını engellediği savunulmasına karşın hâkim görüş hukuki olguları gerçekleşen sorumluluk hallerinin birbiriyle yarışacağını kabul etmektedir" (**Antalya**, Genel Hükümler C.V/1, 2, s. 645).

81 **Oğuzman/Öz**, Cilt 2, s. 302. "Birden çok sorumluluk sebebinin bir arada olması durumunda zarar gören tarafından istenilen hukuki sebep ileri sürülebilir. Davacı, dava dilekçesinde dayandırdığı hukuki sebebi, yani hükme dayanak oluşturulmasını istediği sorumluluk sebebinin belirleme konusunda tasarruf yetkisine sahiptir. Zarar görenin dayandığı hukuki sebebi belirlemiş olması ve bu yönde hüküm tesis edilmesini istediği durumda yarışma olgusu zarar gören eliyle ortadan kalkmaktadır" (**Çağdaş Tosun**, Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 83, 84).

zararın hangi sorumluluk sebebine göre tazmin edileceğini hâkim belirler⁸². Zira sebeplerin yarışmasını düzenleyen TBK.m.60'a göre, “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*”. Sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumluluğun yarışması halinde hangi sorumluluk hükümlerinin yapı sahibinin lehine olacağı meydana gelen somut olaya göre değerlendirilmelidir. Ancak yapı sahibinin sözleşmeden doğan sorumlulukta yapı denetim kuruluşunun kusurunu ispat etmek zorunda olmaması, sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanmayı daha avantajlı hâle getirmektedir⁸³. Ayrıca özellikle taşıyıcı sistemden kaynaklanan yapı hasarında sorumluluk süresinin YDHK.m.3/f.2’de on beş yıl olarak öngörülmüş olması da sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanmanın yapı sahibinin lehine olduğunu göstermektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay deprem kaynaklı zararın oluşması halinde on yıllık haksız fiil zamanaşımı süresinin, zararın meydana geldiği andan yani depremin gerçekleştiği andan itibaren başlayacağını kabul etmektedir⁸⁴.

82 Oğuzman/Öz, Cilt 2, s. 303.

83 TBK.m.112’ye göre, “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”. Haksız fiilden doğan sorumluluktaki genel kuralın aksine, sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur karinesi öngörülmüştür. Bu karine uyarınca borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun kusurlu olduğu kabul edilmektedir. Borçlu sorumluluktan kurtulabilmek için kusursuzluğunu ispat etmesi gerekmektedir.

84 YHGK., T. 22.10.2003, E. 2003/603, K. 2003/594 “Davacıya ait mesken her ne kadar Yapı Kullanma İzin Kağıdına göre 06.11.1975 tarihinde tamamlanıp teslim edilmiş ve o tarih itibarıyla hukuken binanın davalılar ile ilişkisi kesilmiş ise de, davalıların haksız fiili, onun sonucunda oluştuğu ileri sürülen zararın meydana geldiği (zararın oluşmasına neden olan olgu olarak depremin oluştuğu) 17.8.1999 tarihinde gerçekleşmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla, B.K. nun 60. maddesindeki bir ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıcına bu tarih esas alınmalıdır. Görülmekte olan dava, 28.10.1999 günü, yani, zararın varlığının ve zarar verenin kim olduğunun davacı tarafından öğrenildiği deprem tarihinin üzerinden bir yıllık süre geçmeden açılmıştır. Dolayısıyla, zamanaşımı gerçekleşmemiştir” (Legalbank). Yargıtayın bu yönde verdiği kararları eleştiren Başpınar/Altunkaya’ya göre, “Depremden doğan zararlarda sorumlu olan kişi, yıkılan yapı ile ilgisini teslimden itibaren kesmiştir. Yapının yıkılmasında etkili olan eksiklik ve sorumluluğun başlangıcı bu tarih itibarıyla doğmuştur. Kural olarak, zararın söz konusu tarih itibarıyla doğduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu sebeple gerek Danıştay ve Yargıtay kararlarındaki ve gerekse doktrindeki bu

Bu nedenle, yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren on beş yıl geçmiş ise, zararın depremin meydana gelmesinden itibaren işlemeye başlayan haksız fiil hükümleri uyarınca talep edilmesi yapı sahibinin menfaatine olacaktır.

SONUÇ

Yapı denetimi, mevzuatta belirlenen kural ve standartlara uygun yapı inşa edilmesini ve böylece kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Ülkemizde yapı denetimi, yapı sahibi ile yapı denetim kuruluşları arasında akdedilen yapı denetim sözleşmesi uyarınca yapılmaktadır. Yapı denetim sözleşmesi ile yapı denetim kuruluşu, yapının fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun inşa edilip edilmediğini denetleme ve gerekli bildirimlerde bulunma yükümlülüğü altına girmektedir. Yapı denetim kuruluşunun sözleşmeden doğan bu borçlarını tam ve gereği gibi yerine getirmemesi borca aykırı davranış teşkil eder. Yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışı depremde zararın meydana gelmesinde ya da artmasında etkili olmuşsa, zarara uğrayan yapı sahibi, sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca zararlarının tazminini yapı denetim kuruluşundan talep edebilir.

Yapı sahibinin yapı denetim kuruluşunun sözleşmesel sorumluluğuna başvurabilmesinin ön koşulu, geçerli bir yapı denetim sözleşmesinin bulunmasıdır. Kanun'da sözleşmenin şekline ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte, sözleşmenin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Zira YDHK.m.5/f.1'de sözleşmenin bir suretinin idareye verilmesi zorunluluğu düzenlenmektedir.

Kanunda yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışı dolayısıyla yapı sahibine karşı sorumluluğu sadece “yapı hasarı” bakımından öngörülmüştür. Hükümün lafzı, yapı denetim kuruluşlarının yapı hasarı dışındaki diğer maddi ve manevi zararlardan YDHK.m.1/f.3/b. h hükmü kapsamında sorumlu tutulmasına imkân vermemektedir. Kanaatimizce, YDHK.m.3/f.2 hükmünün sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla değil,

tür düşüncelere katılmak mümkün değildir. Gerçekten de, bu tür durumlarda zamanaşımının başlangıcı, zararın gerçekleştiği tarih değil, zarara yol açan hukuka aykırı davranışın tamamlandığı tarih olmalıdır. Zarar daha sonra gerçekleşmiş olsa dahî, artık zarara sebep olan fiilden itibaren on yıl geçince zamanaşımına uğrama söz konusu olur. Burada haksız fiilin tamamlandığı tarih değil, zarara yol açan fiilin tamamlandığı tarih esas alınmalıdır. Zira böyle bir sonuç adalet ve hakkaniyet hislerini rencide etse bile, adalet ve hakkaniyet hislerinin zedelenmesi pahasına, hukuk güvenliğine üstünlük tanınmalıdır” (**Başpınar/Altunkaya**, s. 118, 119).

yapı hasarının ortaya çıkmasına sebep olanların iç ilişkideki durumunu özel olarak düzenlemek amacıyla sevk edilmiş bir hükümdür. Bu sebeple, yapı sahibi, yapı hasarı dışındaki diğer maddi veya manevi zararlarının tazminini TBK.m.112 ve devamı hükümleri uyarınca yapı denetim kuruluşundan talep edebilmelidir.

Yapı denetim kuruluşunun hukuki sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için borca aykırı davranışı ile deprem ya da başkaca bir sebeple ortaya çıkan zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Zarar gören yapı sahibinin veya üçüncü kişinin ağır kusuru yahut mücbir sebep illiyet bağını kesecek yoğunlukta ise, yapı denetim kuruluşu meydana gelen zarardan sorumlu olmaz. Depremin mücbir sebep olarak illiyet bağını kesip kesmediği her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, bilimsel verilere göre öngörülmesi mümkün olmayan şiddetteki depremler yapı denetim kuruluşları bakımından da mücbir sebep olarak kabul edilebilir. Buna karşılık, bilimsel verilere göre öngörülebilir şiddette gerçekleşen depremler mücbir sebep olarak değerlendirilmemelidir.

595 sayılı Kararname’de yapı denetim kuruluşlarının yapı hasarından kaynaklı sözleşmesel sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ilkesi esas alınarak düzenlenmişti. 4708 sayılı Kanun ise, kusur sorumluluğu ilkesini kabul etmiştir. Kanaatimizce, yapı sahibi dahi yapının “yapımındaki bozukluklardan” doğan zararlardan kusursuz olarak sorumlu tutulduğu için (TBK.m.69), yapı denetim kuruluşunun da yapı sahibine karşı kusursuz sorumluluk ilkesi çerçevesinde sorumlu tutulması yerinde olurdu.

Yapı denetim kuruluşunun sorumluluğunun süresi, yapının yapım aşamasındaki denetimi ve sonradan gerçekleşen periyodik denetimleri dikkate alınarak farklı şekilde belirlenmiştir. Yapım aşamasında denetlenen yapılarda yapı denetim kuruluşu, yapının taşıyıcı sistemlerinde meydana gelen yapı hasarından dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan kısımlarında meydana gelen hasarlardan dolayı ise iki yıl sorumludur. Yapı denetim kuruluşunun bitmiş yapıların periyodik olarak denetiminden doğan sorumluluğunun süresi beş yıllık süre ile sınırlandırılmıştır.

Yapı denetim kuruluşunun borca aykırı davranışı, yapı sahibi bakımından aynı zamanda haksız fiil teşkil ediyorsa, yapı sahibi zararlarının tazminini yapı denetim kuruluşundan sebeplerin yarışması ilkesi uyarınca sözleşmeye aykırılık ya da haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebilir. Böyle bir durumda, kusurun ispatı ve sorumluluğun süresi unsurları dikkate alındığında, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri uyarınca talepte bulunmak yapı sahibinin menfaatine olacaktır.

KAYNAKÇA

Ahmetoğlu, Hilal. Yapı Malikinin Sorumluluğu ve Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu. Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi SBE, 2022.

Akdeniz Saygı, Meryem. İdarenin Yapı Denetim Yetkisinin Anlam ve İşlevi. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2021.

Akıncı, Şahin. Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler). Sayram Yayınları, Konya 2021.

Akipek, Jale G./**Akıntürk**, Turgut. Eşya Hukuku. Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2009.

Antalya, O. Gökhan. “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan I. Cilt, C. 22, S. 3, 2016, s. 221-250 (Manevi Zarar).

Antalya, O. Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C. V/1,1). 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019 (Genel Hükümler C.V/1, 1).

Antalya, O. Gökhan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler (C. V/1,2). 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019 (Genel Hükümler C.V/1, 2).

Arıdemir, Arzu. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2008.

Aydoğdu, Murat/**Nart**, Serdar. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Baş, Ece. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Başpınar, Veysel/**Altunkaya**, Mehmet. “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamaşıımının Başlaması ve Süresi”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 1, 2008, s. 95-135.

Bucaktepe, Adil. “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 17-18, S. 26-29, 2012-2013, s. 93-122.

Cansel, Erol/**Özel**, Çağlar. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Cengiz, Serdar. Mücbir Sebebin Sözleşmelere Etkisi. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Duman, Barış. “4708 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yapı Denetim Kuruluşunun İş Sağlığı ve Güvenliği Sorumluluğu”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 143, 2019, s. 283-308.

Duman, İlker Hasan. 100 Soruda Yapı Denetimi. 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022 (Genel Hükümler).

Eren, Fikret. Mülkiyet Hukuku. 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (Mülkiyet).

Erlüle, Fulya. Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat. 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.

Erten, M. Ali. Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk. Sözkese Matbaacılık, Ankara 2020.

Esener, Turhan/**Güven**, Kudret. Eşya Hukuku. 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

Furrer, Andreas/**Müller Chen**, Markus/**Çetiner**, Bilgehan. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 2. Baskı, İstanbul 2022.

Furrer, Andreas/**Wey**, Rainer. Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR. Editörler: Andreas Furrer/ Anton K. Schnyder, 3. Auflage, Zürich 2016.

Gümüş, Mustafa Alper. Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri. Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Gündoğdu, Fatih. Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları. On İki Levha Yayınları, İstanbul 2014.

Günergök, Özcan/**Kayıhan**, Şaban. Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler. Umuttepe Yayınları, İstanbul 2020.

İnal, Emrehan. “Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması”. İÜHF., C. LXX, S. 1, 2012, s. 245-275.

İnceoğlu, Murat. “Yargıtay Kararları Işığında Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat”. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 24, S. 4, 2008, s. 77-121.

Kalabalık, Halil. İmar Hukuku Dersleri. 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Karaçay, Dolunay. Yapı Malikinin Tazminat Sorumluluğu. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Karayağın, Yaşar. “Müteahhidin ve Yapı Denetim Kuruluşunun Deprem Zararından Sorumluluğu - Garanti Süresi- Zamanaşımı Def'i- Dürüstlük İlkesine Aykırılık”. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler - Tartışmalar XIX, Ankara 2003, s. 27-30.

Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.

Kostkiewicz, Jolanta Kren/**Wolf**, Stephan/**Amstutz**, Marc/Fankhauser, **Roland** (Hrsg.). Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht. 3. Auflage, Zürich 2016.

Koşar, Günhan Gönül. Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi. İstanbul 2020.

Oğuzman, M. Kemal/**Öz**, Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1. 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022 (Cilt 1).

Oğuzman, M. Kemal/**Öz**, Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2. 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022 (Cilt 2).

Oğuzman, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay - Özdemir**, Saibe. Eşya Hukuku. 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

Özdemir, Selman. “Mukayeseli Bir İnceleme: Yapı Denetiminde ‘İnşaat’ Başlama ve Yapı Ruhsatında ‘Yapıya’ Başlama”. Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 25, 2023, s. 63-106.

Saraçoğlu, Simge. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu. On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.

Sirmen, A. Lale. Eşya Hukuku. 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Tandoğan, Haluk. Türk Mes’uliyet Hukuku. Ankara Hukuk Yayınları No:159, Ankara 1961.

Tosun, Çağdaş. Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Türk, Burak/ **Yılmaz**, Çiğdem. Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması. Sorumluluk Hukuku Seminerler 2018, Editör, Başak Baysal, İstanbul 2019, s. 371-407.

Weber, Rolf H./**Emmenegger**, Susan. Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI. 1. Abteilung, 5.

Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109. 2. Auflage, Bern 2020.

Yavuz, Elif. Yapı Denetim Sözleşmeleri. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2015.

Yılmaz, Halil. Yapı Denetim Şirketlerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Adalet Yayınevi, Ankara 2022.

Yünlü, Semih. Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Zeyrek, İlker. İdare Hukuku Açısından Yapı Denetimi. Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.





Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 1 Haziran/June 2023

TTK m. 370/2’de Öngörülen “En Az Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Temsil Yetkisini Haiz Olması Şartı” Üzerine Bir Değerlendirme*

An Assessment of “At Least One Board Member Has the Representation Authority” As Provided in Turkish Commercial Code Article 370/2

  Arş. Gör. Zehra SEYİS**

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 370. maddesinin birinci fıkrasına göre, esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe veya yönetim kurulu bir üyeden oluşma-

* Bu makale, İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği’nin 49. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan doktora tezi kapsamında tezle ilgili bir yayın olarak hazırlanmıştır.

** Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 29.03.2023 | **Kabul/Accepted:** 09.06.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atf/Cite as: Zehra Seyis, “TTK M. 370/2’de Öngörülen “En Az Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Temsil Yetkisini Haiz Olması Şartı” Üzerine Bir Değerlendirme”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 1, Haziran 2023, (117-146).



Bu makale **Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

dıkça, temsil yetkisi çift imza ile yönetim kurulu tarafından kullanılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, yönetim kurulunun temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebileceği öngörülmektedir. Anılan fıkranın ikinci cümlesinde ise, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olmasının şart olduğu ifade edilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun m. 370/2 hükmü, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 718/2-3 hükümlerinden alınmıştır. Bu çalışmada Türk Ticaret Kanunu m. 370/2'de yer alan en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartı ile anlaşılması gerekenin ne olduğu hususu, İsviçre hukukunda yer alan görüşler de dikkate alınarak açıklanmıştır. Bu kapsamda Türk – İsviçre hukukunda ileri sürülen tartışmalara ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, anonim şirket, temsil yetkisi, temsil yetkisinin devri, en az bir üyenin temsil yetkisini haiz olması şartı.

ABSTRACT

According to the first paragraph of article 370 of the Turkish Commercial Code No. 6102, unless otherwise stipulated in the statutes of association or unless the board comprises one member, representative authority shall be exercised by the Board dual signature. In the second paragraph of the same Article, it is regulated that the board may delegate its representative authority to one or more executive members or to third parties as a manager. In the second sentence of this paragraph, it is stipulated that at least one member of the board of directors must have the representative authority. Article 370/2 of the Turkish Commercial Code is taken from Article 718/2-3 of the Swiss Code of Obligations. In this study, the requirement that at least one member of the board of directors must have the authority to represent, which is included in Article 370/2 of the Turkish Commercial Code, is explained by taking into account the opinions in Swiss law. In this regard, the debates and solution proposals in Turkish-Swiss law will be discussed.

Keywords: Turkish Commercial Code No. 6102, joint stock company, representative authority, transfer of representative authority, the condition that at least one member has the representative authority.

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu [=TTK] m. 370/2'de “*Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.*” hükmüne yer verilmiştir. Hükmün mehzazı olan İsviçre Borçlar Kanunu [=İsvBK] m. 718/2'de de yönetim kurulunun temsil yetkisini bir veya daha fazla yönetim kurulu üyesine (*Delegierte*) veya üçüncü kişilere (*Direktoren*) devredebileceği öngörülmüş, ilgili düzenlemenin üçüncü fıkrasında da, “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil*

yetkisini haiz olmasının şart olduğu” hususu hüküm altına alınmıştır. Gerek TTK m. 370/2 hükmü gerekse de İsvBK m. 718/2-3 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Türk - İsviçre hukukunda, temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerince bizzat kullanılmasının zorunlu olmadığı ve temsil yetkisinin devrine imkân tanındığı görülmektedir. Bununla birlikte Türk - İsviçre hukukunda kanun koyucu, temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerinin elinden tamamen alınarak tümüyle üçüncü kişilere devredilmesinin de önünü kapatmıştır. Oysa anonim şirketlerde yönetim yetkisinin devrinin düzenlendiği TTK m. 367/1’de “*yönetim kurulunun esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabileceği*” öngörülmüş; ancak, TTK m. 370/2.c.2’de olduğu gibi “*en az bir yönetim kurulu üyesinin yönetime yetkili kılınması*” şeklinde bir şart aranmamıştır. Görüldüğü üzere kanun koyucu temsil yetkisinin devrinde, yönetim yetkisinin devrinden farklı olarak, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini muhafaza etmesi gerektiğini şart koşturmuştur. Bu minvalde aşağıda öncelikle temsil yetkisinin devri hakkında kısaca bilgi verilmiş, daha sonra TTK m. 370/2.c.2’de öngörülen “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” şartı ile anlaşılması gerekenin ne olduğu hususu, mehzaz İsviçre hukukunda ileri sürülen görüşler de dikkate alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK TEMSİL YETKİSİNİN DEVRİ

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu’nda [=eTTK] yönetim ve temsil yetkisinin devri, eTTK m. 319/2’de tek bir madde altında düzenlenmişti¹. Ancak TTK’da yönetim yetkisinin devri TTK m. 367/1’de ve temsil yetkisinin devri ise TTK m. 370/2 hükmünde düzenlenmiştir². TTK m.

¹ eTK m. 319/2’de “*Esas mukavele ile temsil salahiyetinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere bırakabilmek için umumi heyete veya idare meclisine salahiyet verilebilir. Bu gibi kayıtlar bulunmadığı takdirde 317 nci madde hükmü tatbik olunur.*” hükmüne yer verilerek yönetim ve temsil yetkisinin devri aynı maddede düzenlenmişti.

² Yönetim ve/veya temsil yetkisinin devri, aynı zamanda kurumsal yönetimin de bir gereğidir. Nitekim Kurumsal Yönetim İlkeleri [=KYİ] m. 4.3.1.’de yönetim kurulu üye sayısının, her durumda beş üyeden az olamayacağı ve çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması gerektiği ifade edilmiştir. KYİ m. 4.3.2.’de icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi, “*üyelik haricinde şirkette başkaca*

367/1'de “yönetim kurulunun, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabileceği” ifade edilmiştir³. Buna karşılık temsil yetkisinin devrinin

herhangi bir idari görevi veya kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunmayan ve şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmayan kişi” şeklinde tanımlanmıştır. Esasen kurumsal yönetim ilkeleri; şirketin yönetimi ve temsili ile denetimini birbirinden ayırmayı, yöneticiler ile yönetim kurulu üyeleri arasında etkin bir yönetim organizasyonunun oluşturulmasını, şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki menfaat çatışmalarının önüne geçilmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Kuşkusuz bunun en önemli aracı da yönetim ve/veya temsil yetkilerinin yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devredilmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Beşir **Doğan**, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 67; Duygu **Demirel**, “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, 2017, s. 219.

- 3 Belirtmelidir ki TTK m. 367/1'in mehzazı olan İsvBK m. 716b/1 hükmünde de “*Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglementes ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen.*” denilmek suretiyle yönetim kurulunun, bir iç yönergeye göre yönetimi kısmen veya tamamen münferit yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devri hususunda esas sözleşmeyle yetkilendirilebileceği ifade edilmişti. Bu düzenlemeye istinaden İsviçre öğretisinde yönetim yetkisinin usulüne uygun bir biçimde devredilebilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması (esas sözleşmesel yetkilendirme) ve iç yönerge (organizasyon metni) düzenlenmesi gerektiği aksi takdirde “*yetkisiz bir delegasyonun*” söz konusu olacağı kabul edilmekteydi. Bkz. Bkz. Peter **Forstmoser**/Arthur **Meier-Hayoz**/Peter **Nobel**, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern 1996, § 29, N. 28; Peter **Böckli**, Schweizer Aktienrecht: mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien - und Rechnungslegungsrechts, Vierte, vollständig neu überarbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2009, s. 1752, N. 521; Christoph B. **Bühler**, in ZK - Zürcher Kommentar, OR 716b, 3. neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2018, s. 925, N. 5-6; Alex **Domeniconi**/Hans Caspar **von der Crone**, “Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei der Delegation der Geschäftsführung Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008 i.S. E. (Beklagter und Beschwerdeführer) gegen B., C. und D. (Kläger und Beschwerdegegner)”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts und Finanzmarktrecht, S. 512, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2008, s. 514 ve 518 vd. Ancak 19 Haziran 2020 tarihinde Federal Parlamento tarafından kabul edilen ve 1 Ocak 2023 tarihi itibarıyla de yürürlüğe giren hükmün yeni halinde “*Sehen die Statuten nichts anderes vor, so kann der Verwaltungsrat die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil einzelnen Mitgliedern oder Dritten*

düzenlendiği TTK m. 370/2’de ise bu yönde bir düzenleme yapılmamış, sadece yönetim kurulunun temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebileceği öngörülmüştür⁴.

Bu nedenle temsil yetkisinin devri halinde esas sözleşmede yetki devrine izin veren bir hükmün bulunması ve bu hususta bir iç yönerge düzenlenip düzenlenmemesi gerektiği hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Dayanılan gerekçeler farklılık arz etse de öğretide bir görüşe göre, tıpkı yönetim yetkisinin devri halinde olduğu gibi temsil yetkisinin devri bakımından da esas sözleşmede yetki devrine izin veren bir hükmün

übertragen (Geschäftsleitung).” düzenlemesine yer verilmiştir. Böylece İsvBK’da yapılan değişiklikten evvel yönetim yetkisinin devri bakımından, esas sözleşmede yetki devrine izin veren bir esas sözleşme hükmü aranırken, yapılan bu değişiklikle birlikte esas sözleşmede aksi öngörülmediği takdirde yönetim kurulunun bir iç yönergeye göre yönetimi kısmen veya tamamen münferit yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devretmeye yetkili olduğu karinesi kabul edilmiştir.

- 4 Nitekim hükmün mehası olan İsvBK m. 718/2’de de “*Der Verwaltungsrat kann die Vertretung einem oder mehreren Mitgliedern (Delegierte) oder Dritten (Direktoren) übertragen.*” denilmek suretiyle yönetim kurulunun temsil yetkisini, yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devredebileceği ifade edilmiş ancak yetki devrini öngören “*esas sözleşme hükmünden*” veya “*iç yönergeden*” bahsedilmemiştir.

bulunması⁵ ve bu hususta bir iç yönergenin hazırlanması⁶ gerekir. Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise, temsil yetkisinin devri halinde esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması ve bu hususta bir iç yönergenin hazırlanması gerekmektedir⁷.

5 *Tekinalp*'e göre, temsil yetkisinin devri bir anlamda kısmen veya tamamen yönetimin de devri anlamına gelmektedir ve dolayısıyla TTK m. 370/2 hükmü, TTK m. 367 ile birlikte uygulanmalı ve temsil yetkisinin devri için de esas sözleşmede hüküm bulunmalıdır. Bkz. Ünal **Tekinalp**, *Tek Kişilik Ortaklık I – Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, N. 12-75; **Tekinalp**, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 12-75. *Kendigelen* ise, düzenlemenin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığını, zira aksi takdirde esas sözleşmede hüküm bulunmaması halinde yönetim yetkisinin devredilemeyeceği ancak temsil yetkisinin devredilebileceği gibi garip bir durumun ortaya çıktığını bu nedenle de TTK m. 370/2'de esas sözleşmede hüküm bulunması koşulunun unutulmuş olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Abuzer **Kendigelen**, *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 261-262. *Helvacı* da, yaratılan farklılığın kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmadığını ifade etmekte ve bunu bir eksiklik olarak nitelendirmektedir. Bkz. Mehmet **Helvacı**, “Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilemez Görev ve Yetkileri”, BÜHFD, C. 9, S. 117-118, Y. 2014, s. 123. *Akdağ Güney* ise, esas sözleşme ile aksi kararlaştırılmamış veya bu hususta esas sözleşmeyle yönetim kuruluna yetki verilmemişse çift imza kuralının aksine bir belirleme yapılabilecek şekilde temsil yetkisinin bir yönetim kurulu üyesine devredilmesinin mümkün olmadığını, bu gerekçeden hareketle de temsil yetkisinin devri bakımından da esas sözleşmede devre izin veren bir hüküm bulunması gerektiğini, aksinin TTK m. 370/1'in arkadan dolanılması anlamına geleceğini ileri sürmektedir. Bkz. Necla **Akdağ Güney**, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 108-109. *Cenkci* ise, TTK m. 367/1'de yer alan “*yönetimin*” ifadesi ile geniş anlamda yönetimin kastedildiğini, geniş anlamda yönetimin, temsil yetkisini de içerdiğini dolayısıyla TTK m. 367/1'deki koşulların temsil yetkisinin devri bakımından da uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Esra **Cenkci**, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, Yetkin Yayınları*, Ankara 2018, s. 54-55. Temsil yetkisinin devri bakımından esas sözleşmede hüküm bulunması şartı aranmalı ve TTK m. 370/2'de bu yönde bir düzenleme yapılmalıdır. Bkz. Mehmet **Bahtiyar**, *Ortaklıklar Hukuku*, 16. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2022, s. 199. İsviçre Hukukunda da İsvBK m. 716b/1'de yapılan değişiklikten önce, temsil yetkisinin devri bakımından esas sözleşmede hüküm bulunması gerektiğini savunan görüşler vardı. Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 29, N. 63.

6 **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 29, N. 63; Rolf **Watter**, in *Basler Kommentar Obligationenrecht II: İsvBK m. 718*, Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, N. 16, s. 1131; **Tekinalp**, *Sermaye Ortaklıkları*, N. 12-75; **Cenkci**, s. 58-60; Himmet **Koç**, *Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 149. Bununla birlikte İsviçre hukukunda *Watter*, temsil yetkisinin bir karar ile verilmesinin de makul olduğunu ifade etmektedir. Bkz.

Watter, N. 16, s. 1131. Temsil yetkisine ilişkin düzenlemeler de iç yönergede belirlenebilir. Özellikle esas sözleşmede bu yönde bir hüküm yoksa temsil yetkisinin kullanılma şekli hususunda bir belirleme yapılacaksa bunun iç yönergede gösterilmesi gerekir. Bkz. Roland **Müller**/Lorenz **Lipp**/Adrian **Plüss**, Der Verwaltungsrat - Band I, 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2021, s. 81. Zira İsvBK m. 718/1'de esas sözleşmede veya iç yönergede aksi belirtilmemişse her bir yönetim kurulu üyesinin münferit temsil yetkisini haiz olduğu ifade edilmiştir. Nitekim öğretilerde *Helvacı* da esas sözleşmede veya iç yönergede aksi öngörülmediği sürece üyelerden her birinin münferiden temsile yetkili olduğunu öngören İsvBK m. 718/1.c.2'den hareketle temsil yetkisinin devri halinde iç yönergede düzenleme yapıp yapılamayacağı hususunun tartışmaya değer olduğunu dile getirmektedir. Bkz. **Helvacı**, s. 131. Kanaatimizce İsviçre hukukunda “*çift imza kuralının*” aksinin iç yönergede öngörülebiyecek olması nedeniyle, temsil yetkisinin devri halinde iç yönerge düzenlenmesi makuldür. Ancak aynı değerlendirmenin Türk hukuku bakımından yapılması söz konusu değildir.

- 7 **Böckli**, s. 1745, N. 505; Katja, **Roth Pellanda**, Organisation des Verwaltungsrates. Dike Verlag AG, Zürich 2007, N. 508. Bu görüşün Türk hukukundaki savunucularından olan *Pulaşlı*, TTK m. 370/2'nin kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin ürünü olduğunu, dolayısıyla temsil yetkisinin devri bakımından esas sözleşmede bir hüküm bulunması gerekmediğini belirtmektedir. Bkz. Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Şerhi - Cilt II, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 1469-1470; Hasan **Pulaşlı**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 418. *Kırca* ise, esasen temsil yetkisinin devri için, temsil yetkisinin devrine izin veren bir esas sözleşme hükmüne ihtiyaç olmadığını, ancak TTK m. 553/2 hükmünün uygulanması bakımından temsil yetkisinin devrinin TTK m. 367/1'de öngörülen usule uygun bir biçimde yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. İsmail **Kırca** (Feyzan Hayal **Şehirli Çelik**/Çağlar **Manavgat**), Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu Cilt 1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2013, s. 617-618 ve s. 627. *Bahtiyar* ise, dış ilişkiye yönelik bir yetkinin devri bakımından tescil ve ilan öngörülmemiş olan iç yönergeye ihtiyaç olmadığı gerekçesinden hareketle, temsil yetkisinin devri halinde iç yönerge hazırlanması gerekmediğini belirtmektedir. Bkz. **Bahtiyar**, s. 199. Nihayet *Kuru* da, temsil yetkisinin devrini öngören yönetim kurulu kararının noterce onaylanmış suretinin TTK m. 373/1 hükmüne göre ticaret sicilinde tescil ve ilan edileceğini, dolayısıyla üçüncü kişilerin temsil yetkisine haiz olan kişileri bu tescil kayıtlarından öğrenebileceğini, bu gerekçeden hareketle de bu konuda esas sözleşmede hüküm bulunmasının gerekmediğini ileri sürmektedir. Yazar ayrıca, yönetim yetkisinin kısmen devrinin mümkün olduğu gerekçesinden hareketle, iç yönergede hangi yönetim işlevlerinin devredildiği hususunda düzenleme yapılmasının isabetli olduğunu, ancak temsil yetkisinin kısmen devrinin mümkün olmadığını, öte yandan temsil yetkisinin kapsam ve sınırlarının TTK m. 371'de zaten düzenlenmiş olduğunu ifade ederek, temsil yetkisinin devri bakımından iç yönerge hazırlanmasının gerekmediğini dile getirmektedir. Bkz. Özge **Kuru**, Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 406-407 ve s. 410.

Kanaatimizce *de lege lata* temsil yetkisinin devri halinde esas sözleşmede temsil yetkisinin devrine izin veren bir hükmün bulunması ve bu hususta bir iç yönerge hazırlanması koşulları aranmamalıdır⁸. Öncelikle TTK m. 367/1 anlamında yönetim yetkisinin devri, hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere “*organsal işlevin devri*”dir. Organsal işlevin devriyle, karar verme yetkisi devredilmiş olmaktadır⁹. Keza TTK m. 370/2 uyarınca temsil yetkisinin devriyle de şirketin temsil ve ilzamu hususunda “*organsal vekâlet/organsal yetki*” devredilmektedir¹⁰. TTK’ya bakıldığında yönetim ve temsil yetkisinin devrinin ayrı maddelerde düzenlendiği görülmektedir. Bir diğer ifadeyle kanun koyucu, yönetim ve temsil yetkisinin ayrı ayrı devrine teorik olarak imkân tanımıştır¹¹. Dolayısıyla TTK m. 367/1’de yönetim yetkisinin devri hakkında öngörülen şekli koşulların, ayrı bir hüküm altında düzenlenmiş olan temsil yetkisinin devri için de

⁸ Ancak *de lege lata* varmış olduğumuz bu tespit, *de lege ferenda* farklı bir değerlendirme yapmamıza engel değildir. *De lege ferenda*, tıpkı yönetim yetkisinin devrinde olduğu gibi temsil yetkisinin devri bakımından da esas sözleşmesel yetkilendirme koşulu aranmalı veyahut bir diğer imkân olarak hem TTK m. 367/1’de hem TTK m. 370/2’de yapılacak bir değişiklik ile esas sözleşmede aksi öngörülmediği sürece yönetim kurulunun, yönetim ve temsil yetkisini devretmeye yetkili olduğu hükme bağlanmalıdır. Zira yönetim yetkisinin devri ile temsil yetkisinin devri arasında esas sözleşmede hüküm bulunup bulunmaması bakımından bir farklılık yaratılmasının makul bir gerekçesi bulunmamaktadır.

⁹ Rolf **Watter**, Katja **Roth Pellanda**, in Basler Kommentar Obligationenrecht II: İsvBK m. 716-717, Ed. Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt, Rolf Watter, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012, N. 5, s. 105 ve N. 20, s. 1108; Peter **Forstmoser**, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft - Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2011, § 4, N. 23aa; Andreas **Kummer**, “Organisationsreglement in Der Aktiengesellschaft Entscheidendes Instrument Für Die Best Practice”, Der Schweizer Treuhänder, 12/06, s. 918; Tekinalp, **Sermaye Ortaklıkları**, N. 16-66; Helvacı, “Devredilemez Görev ve Yetkiler”, s. 132.

¹⁰ **Watter**, N. 17, s. 1132; **Cenkci**, s. 30-31.

¹¹ Ancak belirtilebilir ki teorik olarak imkân tanınan bu durumun, hayatın olağan akışıyla örtüştüğünü söylemek güçtür. Zira TTK m. 370/2’de öngörülen temsil yetkisinin devri, alınan kararların sadece dış dünyada icrası amacıyla başvuru bir kurum değildir. Kendilerine temsil yetkisi devredilen kişilerin ortaklığın iradesinin oluşumuna etki edebilmesi için, aynı zamanda kısmen veya tamamen bağımsız karar alma yetkisiyle de donatılmış olmaları beklenir. Dolayısıyla teorik olarak, temsil yetkisinin devrinin kendiliğinden yönetim yetkisinin devrini içermediği şeklinde bir sonuca varılabilirse de, amaca uygun bir yorum yaparak temsil yetkisinin devrinin aksi açıkça belirtilmediği sürece, kısmen veya tamamen yönetim yetkisinin de devrini içerdiğinin kabul edilmesi ve bu hususun yasal zemine kavuşturulması gerekir.

uygulanacağını söylemek doğru bir yaklaşım değildir. Öte yandan TTK m. 370/2’de açıkça yönetim kurulunun yetkilendirilmiş olması, TTK m. 375/1-(d)’de “*müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmalarının*” yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında sayılması temsil yetkisinin devri hususunda münhasıran yönetim kurulunun yetkili olduğunu göstermektedir. Yönetim kurulu bu yetkisini aynı zamanda TTK m. 373/1 hükmünden de almaktadır. Zira hükümde yönetim kurulunun, temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini gösterir kararının noterce onaylanmış suretini, tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline vermesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Anılan gerekçelerden hareketle temsil yetkisinin devri için, yönetim kurulunun esas sözleşmede yetkilendirilmiş olması koşulu aranmamalıdır. Aynı şekilde temsil yetkisini devretmek isteyen yönetim kurulunun, bu hususta bir iç yönerge hazırlaması da gerekli değildir. Zira şirketin iç işleyişine yönelik bir düzenleme olan iç yönergenin, TTK m. 371/7 hükmü saklı olmak üzere, tescil ve ilan edilmesi ve dolayısıyla üçüncü kişilerin içeriği hakkında bilgi sahibi olması mümkün bulunmadığından, dışa dönük bir yetki olan temsil yetkisinin devri ile uyumlu olmadığı ortadadır¹². Keza yönetim yetkisinden farklı olarak, temsil yetkisinin konu veya miktar bakımından bölünmek suretiyle kısmen devrine izin verilmediğinden, yönetim yetkisinin devrinde iç yönerge hazırlanmasına gerek duyulan ihtiyaçların temsil yetkisinin devrinde olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir¹³.

¹² **Bahtiyar**, s. 199.

¹³ **Kuru**, s. 410. Önemle belirtilmelidir ki temsil yetkisinin bölünmesi, temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçına devri suretiyle yönetim kurulu üyeleri arasında mümkündür. Öte yandan temsil yetkisinin yer itibarıyla de (merkez veya şube işleriyle) sınırlandırılmasına (bölünmesine) cevaz verildiği, dolayısıyla temsil yetkisinin yer itibarıyla sınırlandırılması halinde bu yetkinin kullanılmasından doğan sorumluluğun bölünmüş yani anılan yetkiyi kullanan kişide kalmış olacağı da ifade edilmektedir. Bkz. Ersin **Çamoğlu**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), Üçüncü Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 205.

II. EN AZ BİR YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN TEMSİL YETKİSİNİ HAİZ OLMASI

A. Mehaz İsviçre Hukuku Bakımından Değerlendirme

İsvBK m. 718/1.c.2’de esas sözleşmeyle veya iç yönergeyle aksi belirtilmediği sürece, her bir yönetim kurulu üyesinin münferit temsil (imza) yetkisini haiz olduğu düzenlenmiştir^{14, 15}. Bir diğer ifadeyle İsviçre hukukunda, anonim şirketin esas sözleşmesinde veya iç yönergede aksi yönde bir belirleme yapılmamışsa her bir yönetim kurulu üyesinin münferiden temsile yetkili olduğu karinesi geçerlidir¹⁶. Buna göre yönetim kurulu üyelerinin münferit temsil yetkisi ancak genel kurul tarafından “*esas sözleşmeyle*” veya yönetim kurulu tarafından “*iç yönergeyle*” kaldırılabilir¹⁷.

- ¹⁴ İsvBK m. 718/1: “*Der Verwaltungsrat vertritt die Gesellschaft nach aussen. Bestimmen die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes, so steht die Vertretungsbefugnis jedem Mitglied einzeln zu.*” Ancak İsviçre hukukunda uygulamada genellikle münferit imza kuralından sapıldığı ve esas sözleşme veya iç yönergede öngörülen düzenlemeyle, birlikte imza (*Kollektivzeichnungsrecht*) yetkisinin benimsendiği ifade edilmektedir. Bkz. **Watter**, s. 1130, N. 8; Christoph B. **Bühler**, in ZK - Zürcher Kommentar, OR 718, 3. neu bearbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2018, s. 1090, N. 14; Lukas **Glanzmann**, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (OR 718), 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, N. 4.
- ¹⁵ Belirtilmelidir ki esas sözleşmede veya iç yönergede aksi belirtilmemişse yönetim kurulu üyelerinden her birinin kural olarak şirketi münferiden temsil etmeye yetkili olması, “*münferit imza hakkına (Einzelzeichnungsrecht)*” sahip olması şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. **Watter**, N. 8, s. 1130; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 29, N. 9; **Böckli**, s. 1745, N. 505-506. Keza İsviçre hukukunda “*temsil hakkının (Vertretungsrecht)*” da genellikle “*imza yetkisi (Zeichnungsberechtigung)*” veya “*imza hakkı (Zeichnungsrecht)*” şeklinde ifade edildiği hususunda ayrıca bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 30, N. 85.
- ¹⁶ Temsil yetkisi bakımından geçerli olan bu karine kuşkusuz ki yönetim yetkisi bakımından geçerli değildir. Zira İsvBK m. 716b/5’te yönetim devredilmediği sürece tüm yönetim kurulu üyelerine ait olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **Bühler**, OR 718, s. 1090, N. 16. Nitekim TTK m. 367/2’de de yönetimin, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olduğu belirtilmiştir. Ancak İsvBK m. 718/1’in mehazı olan TTK m. 370/1’de ise “*münferit imza kuralının*” yerine, “*çift imza kuralı*” benimsenmiştir.
- ¹⁷ İsviçre öğretisinde, çok kişiden oluşan yönetim kurullarında, temsile yetkili kişi sayısının belirli kişilerle sınırlanması tavsiye edilmektedir. Bkz. **Bühler**, OR 718, s. 1091, N. 19. Keza çok kişiden oluşan yönetim kurullarında, temsil yetkisinin daha küçük bir çevreyle veya birlikte imzayla sınırlı tutulmasının sadece esas sözleşmeyle değil aynı zamanda yönetim kurulunca iç yönergeyle yapılmasının çoğunlukla daha pratik olduğu dile getirilmektedir. Bkz. **Böckli**, s. 1745, N. 505. İsvBK m. 718/1’e

Yönetim kurulu üyelerinin münferit temsil (imza) yetkisinin yönetim kurulu tarafından bir iç yönerge ile kaldırılması için, esas sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunması da gerekmez¹⁸. Burada önem arz eden husus, esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsili bakımından münferit imza öngörülmüşse, yönetim kurulunun iç yönergeyle birlikte imza yetkisini öngörülebilir olmasıdır¹⁹. Ancak esas sözleşmede yönetim kurulu üyelerinin temsili bakımından münferit imza yetkisi hariç tutulmuşsa, artık iç yönergeyle münferit imza yetkisinin verilebilmesi hususunda yönetim kurulunun hareket alanı kalmamaktadır²⁰. Öte yandan İsviçre hukukunda yönetim kurulunun tek kişiden oluştuğu durumlarda, ticaret sicilinde aksi yönde bir kayıt olsa dahi tek yönetim kurulu üyesinin aynı zamanda temsile yetkili olacağı kabul edilmektedir²¹. Ayrıca İsviçre hukukunda, ticaret sicilindeki kayıttan bağımsız olarak her bir yönetim kurulu üyesinin pasif temsilde münferiden yetkili olduğu da ifade edilmektedir²².

İsviçre hukukunda yönetim kurulu üyeleri temsil yetkisini bizzat kullanmak zorunda olmayıp bu yetkilerini devredebilirler. Nitekim TTK m.

göre yönetim kurulu üyeleri kural olarak münferit imza yetkisini haiz olsa da uygulamada münferit imza yetkisi ile oldukça nadir karşılaşılmaktadır. Bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 29, N. 119.

18 **Bühler**, OR 718, s. 1091, N. 19; **Böckli**, s. 1745, N. 505. İsvBK m. 716b/1'de yapılan ve 1 Ocak 2023 tarihi itibarıyla de yürürlüğe giren değişiklikten önce, yönetim yetkisinin devri bakımından "*esas sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunması şartı*" aranmaktaydı. Bu durum temsil yetkisinin devri bakımından da esas sözleşmede hüküm bulunup bulunmaması gerektiği hususunda tartışmalara neden olmuşsa da kanaatimizce söz konusu tartışma anılan değişiklikle öneminin yitirmiştir.

19 **Bühler**, OR 718, s. 1091-1092, N. 20. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan husus, yönetim kurulu tarafından, temsil yetkisinin kendi içerisinde daha dar bir çevreye verilmesi ve diğer tüm üyelerin imza yetkilerinin geri alınmasıdır. Bkz. **Böckli**, s. 1745, N. 506.

20 **Bühler**, OR 718, s. 1091-1092, N. 20. Bununla birlikte yönetim kurulunun iç yönerge çıkarma yetkisi esas sözleşmeyle elinden alınsa dahi öğretilde, yönetim kurulunun birlikte imzayı iç yönergede düzenlemeyebilme yetkisinin devam edeceği, zira yönetim kurulunun bu yetkisinin İsvBK m. 716a/1-(1), İsvBK m. 716a/1-(4), İsvBK m. 718/2 hükümlerine dayandığı, temsil yetkisinin devri hususunda yetkili olan yönetim kurulunun temsil şeklini (birlikte imza) de belirleme yetkisine sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Bühler**, OR 718, s. 1092, N. 21. **Watter**, s.1130, N. 12; Art. 718 N. 12.

21 **Bühler**, OR 718, s. 1090, N. 15.

22 **Bühler**, OR 718, s. 1090, N. 15.

370/2'nin mehzası olan İsvBK m. 718/2'de yönetim kurulunun temsil yetkisinin bir veya daha fazla yönetim kurulu üyesine (*Delegierte*) veya üçüncü kişilere (*Direktoren*) devredebileceği öngörülmüştür. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” gerektiği vurgulanmıştır. İsviçre öğretisinde bir görüşe göre, söz konusu düzenlemeyle yönetim kurulunun temsil yetkisini tümüyle üçüncü bir kişiye devretmesinin önüne geçilmek istenmiştir²³. Bir diğer görüşe göre ise, şirketi temsil yükümlülüğü yönetimin aksine yönetim kurulu üyelerinin her birinin sorumluluğunda olduğu için İsvBK m. 718/3 hükmünde en az bir yönetim kurulu üyesinin temsile yetkili kalması gerektiği öngörülmüştür²⁴. Gerçekten de İsvBK m. 716b/5'te (TTK m. 367/2) yönetim devredilmediği sürece yönetim kurulu üyelerinin tamamına ait olduğu ifade edilmişken, İsvBK m. 718/1.c.2'de esas sözleşmeyle veya iç yönergeyle aksi öngörülmedikçe her bir yönetim kurulu üyesinin şirketi münferiden temsile yetkili olduğu düzenlenmiştir²⁵.

İsvBK m. 718/3'te yer alan düzenlemeden hareketle, İsviçre öğretisinde tek bir yönetim kurulu üyesine temsil yetkisinin verilmesi halinde, temsil yetkisini haiz olan tek yönetim kurulu üyesinin bu yetkisinin, bir müdürün veya bir ticari temsilcinin yetkisi ile sınırlandırılmayacağı ifade edilmektedir²⁶. Keza benzer bir yaklaşım da temsile yetkili kılınan üyenin, üçüncü kişilerin katılımı olmaksızın şirketi temsil edebilmesinin gerektiğini dile getirmektedir²⁷. Ancak unutulmamalıdır ki İsvBK m.

23 **Bühler**, OR 718, s. 1094, N. 28. Yönetim kurulu üyelerinin de temsil yetkisinden yoksun bırakılabileceği ancak, İsvBK m. 718/3 hükmü uyarınca temsil yetkisinin tümüyle üçüncü kişilere bırakılamayacağı hususunda ayrıca bkz. **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 30, N. 12 ve N. 86. Tek kişilik yönetim kurulu haricinde, şirketin ticaret sicilineki kaydı, bir yönetim kurulu üyesinin imza yetkisi hakkında herhangi bir bilgi içermiyorsa, üçüncü kişilerce ilgili üyenin temsil yetkisinin bulunmadığı varsayılmalıdır. Bkz. **Bühler**, OR 718, s. 1094, N. 29.

24 **Roth Pellanda**, N. 508.

25 İsvBK m. 716b/5: “*Soweit die Geschäftsführung nicht übertragen worden ist, steht sie allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft zu.*” İsvBK m. 718/1: “*Der Verwaltungsrat vertritt die Gesellschaft nach aussen. Bestimmen die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes, so steht die Vertretungsbefugnis jedem Mitglied einzeln zu.*” Oysa TTK m. 370/1'de yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsilinde kural olarak “*çift imza kuralı*” benimsenmiş ve ayrıca bunun aksinin iç yönergeyle değil, sadece esas sözleşmeyle öngörülebileceği ifade edilmiştir.

26 **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 30, N. 13.

27 **Glanzmann**, N. 8. Yazar, İsvBK m. 718/3 uyarınca temsile yetkili bir üyenin imzasının yeterli olduğunu, ancak birlikte imzanın benimsenmiş olması halinde ise en

718/1.c.2’de yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsili bakımından münferit imza kuralının benimsenmiş olması nedeniyle, İsviçre öğretisinde ileri sürülen bu görüşler kanunun lafzına uygun olup kendi içerisinde tutarlıdır. Bir diğer ifadeyle İsvBK m. 718/1.c.2’de kural olarak zaten münferit imza yetkisinin öngörülmesi karşısında, İsvBK m. 718/3’te temsil yetkisinin devri halinde, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması koşulunun aranması kendi içerisinde çelişkili bir durum yaratmaktadır²⁸.

B. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

TTK m. 370/2.c.2’de de “*En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.*” denilmek suretiyle mehz İsvBK m. 718/3’te olduğu gibi temsil yetkisinin devrinde, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartı aranmıştır²⁹. Ancak söz konusu hükmün nasıl yorumlanması gerektiği hususunda Türk hukukunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Aşağıda öncelikle Türk hukukunda yer alan görüşlere yer verilmiş ve daha sonra kanaatimiz bölümünde ise, özellikle İsvBK bakımından karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılarak muhtemel sorunlara ve çözüm önerilerine işaret edilmiştir.

1. Öğretideki Görüşler

Yönetim yetkisinin devrinden farklı olarak, mehz İsvBK m. 718/3’te olduğu gibi TTK m. 370/2.c.2’de “*En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.*” denilmek suretiyle temsil yetkisinin devri halinde, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartı aranmıştır. Bu şartın nasıl ve ne zaman uygulanacağı hususunda, TTK m. 370/2’nin gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Bununla birlikte öğretide ağırlıklı görüş, söz konusu düzenlemeyle, temsil

az iki yönetim kurulu üyesinin imzasının aranacağını belirtmektedir. Bkz. **Glanzmann**, N. 8.

²⁸ **Kuru**, s. 398.

²⁹ Limited şirketlerde yönetim ve temsil yetkisinin devrinin düzenlendiği TTK m. 623/1 hükmünde de “*Şirketin yönetimi ve temsili şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirketin sözleşmesi ile yönetimi ve temsili, müdür sıfatını taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilebilir. En azından bir ortağın, şirketi yönetim hakkının ve temsil yetkisinin bulunması gerekir.*” düzenlemesine yer verilmiştir.

yetkisinin tümüyle yönetim kurulu üyelerinin elinden alınmasına izin verilmek istenmediği şeklindedir³⁰.

TTK m. 370/2.c.2'nin düzenlenme amacının yanı sıra, “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” şartının, ne zaman uygulanması ve nasıl yorumlanması gerektiği hususunda da Türk hukukunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu minvalde TTK m. 370/2.c.2'de yer alan düzenleme, Türk hukukunda temelde iki açıdan tartışmaya açılmıştır. İlki TTK m. 370/2.c.2'de yer alan şartın “*ne zaman uygulanacağı*”, diğeri ise temsil yetkisini haiz olan en az bir yönetim kurulu üyesinin “*bu yetkisinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı*”dır. TTK m. 370/2.c.2'nin ne zaman uygulanacağı hususunda öğretide ileri sürülen bir görüşe göre söz konusu hüküm, temsil yetkisinin yönetim kurulu üyesi olmayan üçüncü kişilere devredilmesi halinde uygulanmalıdır³¹. Bir diğer görüşe göre ise,

30 Ersin **Çamoğlu** (Reha **Poroy/Ünal Tekinalp**), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, N. 539; Ersin **Çamoğlu** (Reha **Poroy/Ünal Tekinalp**), Ortaklıklar Hukuku I, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, N. 540; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 628; Tamer **Bozkurt**, Şirketler Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 303, dñn. 531; Yavuz Selim **Günay**, Anonim Şirketlerin Temsili, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 85; Hasan **Karshoğlu**, “Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, Ocak 2022, s. 43; Egemen **Atay**, “Anonim Şirkette Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi ve Temsil Yetkisinin Devri”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 164, s. 709; **Kuru**, s. 397. Bununla birlikte öğretide **Kırca**, TTK m. 370/2.c.2'de yer alan düzenlemenin günümüzde artık bir ihtiyaca cevap verip vermediğinin tartışılması gerektiğini ifade ederek, söz konusu düzenlemeyi eleştirmiştir. Bkz. **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 628. eTTK döneminde de eTTK m. 319/1.c.2'de “*İdare meclisinin en az bir azasına şirketi temsil salahiyeti verilir.*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişti. eTTK döneminde ileri sürülen bir görüşe göre, eTTK m. 319/1.c.2 hükmü, devri mümkün olmayan nitelikteki görevlerin/yetkilerin murahhasların katılımı olmaksızın kullanılabilmesini temin etmekteydi. Bkz. **Çamoğlu**, s. 198-199. Ancak devredilemez nitelikteki görev ve yetkilerin devri zaten mümkün değildir. Öte yandan TTK m. 375'te sayılan devredilemez nitelikteki görev ve yetkiler dikkate alındığında, bunların çoğunlukla iç ilişkiye yani şirketin yönetimine ilişkin olduğu görülmektedir. Yönetim kurulu, şirketin yönetimine ilişkin olan devredilemez nitelikteki söz konusu görev ve yetkilerini, zaten “*kurul halinde*” hareket etmek suretiyle kullanır.

31 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar 2010, N. 540; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar I, N. 540; **Pulaşlı**, Genel Esaslar, s. 419; **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 628. Temsil yetkisinin murahhas müdüre devredilmesi halinde, en az bir yönetim kurulu üyesine temsil yetkisinin tanınması zorunludur. Bkz. Oruç Hami **Şener**, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Anlara 2022, s. 375. Yetkinin tamamen müdürlere devredilmediği bir ihtimalde, bu

TTK m. 370/2.c.2’de öngörülen şart, temsil yetkisinin hem müdürlere hem de Murahhas üyelere devri halinde uygulanmalıdır³². Bir başka görüş ise, temsil yetkisinin tümüyle üçüncü kişilere yani Murahhas müdürlere bırakıldığı bir durumda bu şartın uygulanmasına gerek kalmayacağını ve bu durumda yönetim kurulunun şirketi temsilinin söz konusu olmayacağını ileri sürmektedir³³. Nihayet bu görüşü destekleyen son bir görüş ise, anılan düzenlemenin devredilmeyen görevlerin ifası noktasında işlev gördüğünü, devredilmeyen görevlerin kurul olarak yerine getirilmesi gerektiğinden hareketle söz konusu hüküm uyarınca yetkilendirilen yönetim kurulu üyesinin imza yetkisini yönetim kurulu adına kullandığını, dolayısıyla bu durumun TTK m. 370/2 uyarınca yönetim kurulu üyesine imza yetkisinin verilmesini gerektirmediğini ifade etmektedir³⁴.

Türk hukukunda var olan bir diğer tartışma ise, TTK m. 370/2.c.2 hükmü uyarınca temsil yetkisini muhafaza eden bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı noktasındadır. Öğretide yer alan bir görüşe göre, temsil yetkisine sahip olan yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisi herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz ancak tam yetkili yönetim kurulu üyesinin yanında yer alan müdürlere aynı yetkiler verilebilir³⁵. Bu görüşe yakın bir diğer görüşe göre ise, temsil yetki-

şartın ayrıca bir yetkilendirmeye gerek olmaksızın Murahhas tarafından sağlandığının kabul edilmesi gerektiği hususunda ayrıca bkz. **Çenkci**, s. 77.

- 32 Halil **Arslanlı**, Anonim Şirketler II - III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 132-133. Nitekim **Çamoğlu** da eTTK döneminde, eTTK m. 319/1.c.2’de yer alan “*İdare meclisinin en az bir azasına şirketi temsil salahiyeti verilir.*” şeklindeki hükmün, hem Murahhas müdür hem de Murahhas üye tayininde uygulanacağını ifade etmiştir. Bkz. **Çamoğlu**, s. 199.
- 33 Mustafa **Ünal**, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, BATİDER, C. 11, S. 3, Y. 1982, s. 84.
- 34 Bu görüşün savunucusu olan yazar ayrıca, şirketin temsilinde çift imza kuralı geçerli olsa dahi, TTK m. 370/2.c.2’de “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” yeterli görüldüğünden, bu konuda özel hükme itibar edilmesi ve tek bir üyenin bu amaçla atanmış olmasının yeterli görülmesi gerektiğini de ileri sürmektedir. Bkz. **Çenkci**, s. 77.
- 35 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar 2010, N. 540; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar I, N. 540. Öğretide **Pulaşlı**, TTK m. 370/2.c.2 uyarınca temsil yetkisini haiz olan yönetim kurulu üyesinin, temsil yetkisinin herhangi bir şekilde sınırlandırılmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Pulaşlı**, Genel Esaslar, s. 419. Nitekim **Şener** de, TTK m. 370/2.c.2 düzenlemesine ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede, müdürün tek başına temsile yetkili olmasının ve temsil yetkisini

sini haiz yönetim kurulu üyesinin yetkisi herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz ve özellikle de müdürle birlikte hareket etme zorunluluğu öngörülemez³⁶. Diğer bir görüşe göre ise, temsil yetkisinin devri halinde murahas üye ile murahas müdür arasında işin doğası gereği birlikte imza olgusunun ortaya çıkacağı kabul edilmesi gerekir³⁷. Bu hususta öğretide ileri sürülen bir başka görüş de temsil yetkisinin devri halinde, TTK m. 370/2.c.2 hükmü nedeniyle temsil yetkisini muhafaza eden ve çift imza kuralına tabi olan yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisinin, üçüncü kişi müdürün temsil yetkisi ile sınırlandırılmış olacağını ve temsil yetkisini muhafaza eden yönetim kurulu üyesi ile temsil yetkisini devralan murahas müdürün, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, temsil yetkisini çift imza ile kullanacağını ileri sürmektedir³⁸. Bu görüşe yakın son bir görüş ise, mehz İsvBK m. 718/2'den farklı olarak TTK m. 370/1'de esas sözleşmede aksi öngörülmediği sürece çift imza kuralının benimsendiğini, bu durumda temsil yetkisini haiz olan bir yönetim kurulu üyesinin tek başına temsile yetkili olduğunun söylenemeyeceğini ve temsil yetkisini haiz olan yönetim kurulu üyesinin şirketi temsili bakımından bir başka murahasın imzasına ihtiyaç duyacağını ifade etmektedir³⁹. Nitekim bu görüş, belirtilen

haiz olan yönetim kurulu üyesinin de temsil yetkisinin sınırlandırılmasının mümkün olmadığını, aksi takdirde TTK m. 370/2.c.2'nin dolanılmış olacağını ve dolayısıyla kanun koyucunun amacının da aşılmış olacağını dile getirmektedir. Bkz. **Şener**, s. 375. *Atay* ise, TTK m. 370/2.c.2'de öngörülen “*En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.*” şeklindeki düzenlemeden, temsil yetkisini muhafaza eden yönetim kurulu üyesinin tek başına imzaya yetkili olup olmadığını ve üçüncü kişi müdüre tek başına imza yetkisinin verilir verilemeyeceğinin açıkça anlaşılmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Atay**, s. 709.

36 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar I, N. 540. Temsile yetkili kılınan yönetim kurulu üyesinin tek başına imzaya yetkili olması gerektiğinden, bu üyenin temsil yetkisinin, müdürlerin imzası ile sınırlandırılmayacağı, bir diğer ifadeyle TTK m. 370/2.c.2 uyarınca yetkilendirilen yönetim kurulu üyesinin şirketi tek başına temsile yetkili olduğunun kabul edilmesi gerektiği hususunda ayrıca bkz. **Cenkci**, s. 77. TTK m. 370/2.c.2 uyarınca temsil yetkisini muhafaza eden yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisinin sınırlandırılması mümkün değildir. Bkz. **Günay**, s. 86.

37 **Bozkurt**, s. 303, dph. 531.

38 **Atay**, s. 709.

39 **Kuru**, s. 398. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Müdürlüğünün Anonim Şirketlerde Temsil Yetkisi Hakkında 17.04.2015 tarihli yazısında da “...6102 sayılı Kanunda'da yönetim kurulu tarafından temsil yetkisi müdür olarak üçüncü kişilere devredildiği takdirde, en az bir yönetim kurulu üyesinin münferit olarak temsil yetkisini haiz olmasının zorunlu olduğu yönünde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. 371'inci maddenin üçüncü fıkrası kapsamında, yönetim kurulu

sorunun, İsvBK m. 718 hükmünün Türk hukukuna aktarıldığı esnada mehzadan farklı olarak çift imza kuralının kabul edilmiş olmasından ve temsil yetkisinin devri halinde imza şeklinin ayrıca düzenlenmemiş olmasından kaynaklandığını da ilave etmektedir⁴⁰.

2. Kanaatimiz

Öncelikle TTK m. 370/2'nin ikinci cümlesinde yer alan “*En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.*” şeklindeki düzenleme emredici niteliktedir. Kanaatimizce, hükümde öngörülen bu şartın temsil yetkisinin yönetim kurulu üyeleri dışında, üçüncü kişilere devredilmek istenmesi halinde uygulanması gerekir. Zira temsil yetkisinin sadece yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçına veyahut aynı anda üçüncü kişi ya da kişilere devredilmek istenmesi halinde, “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” şartı zaten kendiliğinden sağlanmış olur. O halde temsil yetkisinin üçüncü kişilere bırakılmak istenmesi halinde yönetim kurulu, temsil yetkisini tümüyle üçüncü kişilere bırakamayacak ve en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisinin korunması gerekecektir. Daha önce de belirtildiği üzere⁴¹ yönetim kurulu, esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması ve bir iç yönerge hazırlanması gerekmeksizin alacağı bir yönetim kurulu kararıyla temsil yetkisini devredebilir [TTK m. 373/1; TTK m. 375/1-(d)]. Bu minvalde özellikle birden çok üyeden oluşan yönetim kurulunda temsil yetkisinin üçüncü kişilere devredilmek istenmesi halinde yönetim kurulu, TTK m. 370/2.c.2 hükmünün bir gereği olarak, temsil yetkisinin devrine ilişkin kararında, “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisinin elinden alınmadığını*”

üyesinin, üçüncü kişiler arasından atanan müdür ile birlikte müşterek olarak imza yetkisini kullanması durumunda, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olduğunun kabul edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. İlgili yazının tam metni için bkz. Arslan **Kaya**, Notlu Türk Ticaret Kanunu – İlgili Ticari Mevzuat – Uygulama Örnekleri, 8. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2020, s. 1366.

40 Bkz. **Kuru**, s. 398. *Kuru* ayrıca, söz konusu çelişkilerin ortadan kaldırılması adına TTK m. 370/2.c.2’de düzenlenen “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” şeklindeki şartın “*en az iki üyenin temsile yetkili olması*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini önermektedir. Yazar bir diğer çözüm olarak da, TTK m. 370/1 hükmünün “*Esas sözleşmede aksi düzenlenmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi yönetim kurulu üyeleri tarafından münferiden kullanılır*” şeklinde değiştirilmesini tavsiye etmektedir. Bkz. **Kuru**, s. 398.

41 Bkz. I no’lu başlık altında yer alan açıklamalar.

veyahut “*en az bir yönetim kurulu üyesine de temsil yetkisinin devredildiğini*” herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde açıkça belirtmesi gerekir⁴².

TTK m. 370/2.c.2 hükmü uyarınca temsil yetkisini haiz olan yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunu ise temelde bir başka murahhasın imzasına ihtiyaç duyulup duyulmayacağı kapsamında ele alınıp tartışılmıştır⁴³. Daha önce de değinildiği üzere mehz İsvBK m. 718/1.c.2’de yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsili bakımından, esas sözleşmeyle veya iç yönergeyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, münferit imza kuralı öngörülmüştür. Bununla birlikte İsviçre hukukunda da temsil yetkisi tümüyle üçüncü kişilere bırakılmak istenmemiş ve İsvBK m. 718/3’te en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olmasının şart olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere İsvBK m. 718 hükmünün birinci ve üçüncü fıkraları kendi içerisinde tutarlılık arz etmektedir. Oysa TTK m. 370/1’de esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisinin çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna ait olduğu şeklindeki temel ilke ortaya konulduktan sonra, temsil yetkisinin devrinin düzenlendiği TTK m. 370/2’de yönetim kurulunun, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebileceği ifade edilmiş ancak devamında “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olmasının şart olduğu*” hükme bağlanmıştır. Öncelikle ifade edilmelidir ki yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsilinde geçerli olan çift imza kuralı, temsil yetkisinin devredildiği murahhas üyeler ve murahhas müdürler için de geçerlidir⁴⁴. Bu durumda temsil yetkisinin devri halinde, TTK m. 370/2.c.2 uyarınca, temsil yetkisini haiz olan yönetim kurulu üyesinin tek başına temsile yetkili olup olamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Daha açık bir ifadeyle, mesele tek bir yönetim kurulu üyesinin temsile

42 **Kuru**, s. 399.

43 Bkz. II, B, 1 no’lu başlık altında yer alan açıklamalar.

44 **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 626; **Kuru**, s. 418. Buna karşılık öğretilerde **Cenkci**, çift imza kuralının murahhasları kapsamayacak şekilde düzenlendiğini, söz konusu düzenlemenin bilinçli olduğunu, temsil yetkisinin kullanılma şekli hususunda murahhaslar ile yönetim kurulu üyeleri arasında fark yaratıldığını ileri sürmektedir. Yazar devamında, yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından seçildiğinden hareketle, yönetim kurulu üyelerinin temsil şeklinin esas sözleşmeyle belirlenmesinin kabul edilebilir bir durum olduğunu, ancak yönetim kurulu tarafından atanan murahhasların temsil şekline genel kurulun müdahale edememesi gerektiğini de eklemektedir. Bkz. **Cenkci**, s. 81- 82.

yetkili kılınması halinde gündeme gelmekte, temsil yetkisinin iki veya daha fazla yönetim kurulu üyesine devri halinde herhangi bir sorun söz konusu olmamaktadır⁴⁵. O halde temsil yetkisinin “*tek bir yönetim kurulu üyesine devri*” ile “*temsil yetkisini haiz tek bir yönetim kurulu üyesinin yanında temsil yetkisinin aynı zamanda üçüncü kişilere de devri*” ihtimâllerini ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Öncelikle birden çok kişiden oluşan yönetim kurulunda, şirketin esas sözleşmesinde münferit imza kuralı benimsenmiş olmadıkça, temsil yetkisinin tümüyle tek bir yönetim kurulu üyesine devri sorunludur. Zira TTK m. 370/1’de çift imza kuralının geçerli olduğu ve aksinin ancak esas sözleşmeyle kararlaştırılabileceği öngörülmüşken, anılan ihtimâlde diğer üyeler temsil yetkisinden yoksun bırakılarak, temsil yetkisinin tek bir yönetim kurulu üyesine devredilmesi hükmün dolanılması anlamına gelecektir⁴⁶.

Ele alınması gereken diğer sorun ise temsil yetkisinin üçüncü kişilere devri halinde, temsil yetkisini haiz olan yönetim kurulu üyesinin bu yetkisinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ve özellikle bir murahhas müdür ile birlikte hareket etmesinin öngörülüp öngörülemediği veya bu hususta kendiliğinden bir olgunun ortaya çıkıp çıkmayacağıdır. Bu konuda *de lege lata* ve *de lege ferenda* değerlendirmeye yapmayı uygun görüyoruz. Öncelikle yukarıda da ifade edildiği üzere, TTK m. 370/1’de yönetim kurulu üyeleri bakımından öngörülen çift imza kuralı, temsil yetki-

45 Temsil yetkisinin birden fazla murahhas üyeye devri halinde, çeşitli temsil şekilleri öngörülebilir. Bu minvalde murahhaslara münferit temsil yetkisi verilebileceği gibi, birlikte imza yetkisi de öngörülebilir. Keza murahhaslardan birinin münferiden temsile yetkili olduğu, diğerlerinin ise birlikte temsile yetkili olduğu da kararlaştırılabilir. Bu hususta bkz. **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar 2010, N. 540; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar I, N. 540. Ancak önemle belirtilmelidir ki, özellikle münferit imza yetkisinin tanınabilmesi için bu hususun esas sözleşmede düzenlenmiş olması gerektiği göz ardı edilememelidir. TTK m. 370/1’de çift imza kuralının aksinin ancak esas sözleşmeyle öngörülebileceği açıkça ifade edilmiştir. Esasen TTK m. 370/1’in lafzına bakıldığında *de lege lata*, şirketin temsili bakımından çift imza kuralının aksine olacak belirlemelerin esas sözleşmeyle öngörülmesinin zorunlu olduğu şeklinde bir anlam çıkmaktadır. *De lege ferenda* ise, temsil yetkisini devretmeye yetkili olan yönetim kurulunun, bu kişilerin temsil şekillerini de kararlaştırmaya yetkili olması gerekir. En azından yönetim kurulunun, TTK m. 373/1 hükmünden aldığı yetkiyle, esas sözleşmede öngörülen temsil şeklini hafifletmeye de ağırlaştırabilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin; esas sözleşmede çift imza kuralı benimsenmişken yönetim kurulu, yapılan işlemin şirketi bağlayabilmesi için üç kişinin imzasının aranmasını öngörebilmelidir.

46 Bkz. **Kuru**, s. 407-408.

sinin devredildiği murahhaslar için de geçerlidir. Dolayısıyla esas sözleşmede münferit imza yetkisi benimsenmiş olmadıkça, temsil yetkisinin devredildiği yönetim kurulu üyesi olmayan bir veya birkaç kişinin yanında temsil yetkisini muhafaza eden bir yönetim kurulu üyesinin münferiden temsile yetkili olduğunu söylemek *de lege lata* mümkün değildir. Nitekim TTK m. 370/2.c.2 hükmünün lafzı da aksi yönde bir sonuca varmaya imkân vermemektedir. Bu durumda temsil yetkisini muhafaza eden yönetim kurulu üyesinin, şirketi temsilinde diğer murahhas müdürlerden birinin imzasına ihtiyaç duyacağı kuşkusuzdur. Sonuç olarak, esas sözleşmede münferit imza kuralı benimsenmiş olmadıkça, temsil yetkisine sahip olan yönetim kurulu üyesi, çift imza kuralına tabi olması nedeniyle, murahhas müdürlerden birinin imzası ile birlikte şirketi temsile yetkili olacaktır.

Öte yandan mevcut durumda TTK m. 370/1’de esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe çift imza kuralının cari olduğu ifade edilmişken, TTK m. 370/2.c.2’nin arzu edilen amaca hizmet edip etmediği tartışmaya değerdir. Gerçekten de bir yandan TTK m. 370/2.c.2 hükmüyle temsil yetkisinin tümüyle üçüncü kişilere devri engellenmeye ve en az bir yönetim kurulu üyesi temsile yetkili kılınmaya çalışılırken, diğer yandan temsil yetkisini haiz olan yönetim kurulu üyesinin, TTK m. 370/1’de öngörülen “*çift imza kuralı*” nedeniyle, şirketi temsilinde müdürlerden birinin imzasına ihtiyaç duyması şeklindeki bir sonuca sebebiyet verilmesi eleştiriye açıktır. Kuşkusuz anılan düzenlemenin, temsil yetkisinin tümüyle yönetim kurulu üyelerinin elinden alınmasına izin verilmek istenmemesi nedeniyle gerekliliği ve bu yönüyle de çift imza kuralıyla çelişmediği aksine bunun kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu savunulabilir. Hatta söz konusu düzenlemenin amacının, yönetim kurulu üyelerinin şirketten tamamen soyutlanmasını engellemek olduğu da ileri sürülebilir. Ancak yönetim kurulu üyelerinin devredilemez görev ve yetkileri ile TTK m. 553/2’de öngörülen özen yükümlülüğü (yükümlülükleri) baki olduğundan, şirketten soyutlanmaları zaten söz konusu değildir. Dolayısıyla TTK m. 370/2.c.2’nin bu haliyle sorunsuz olduğunu söylemek güçtür. *De lege ferenda*, temsil yetkisinin üçüncü kişilere devri halinde, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartının aranmaması ve temsil yetkinin tümüyle üçüncü kişilere devrinin önünün açılması isabetli olur⁴⁷.

⁴⁷ Nitekim daha önce de belirtildiği üzere öğretilerde *Kırca*, TTK m. 370/2.c.2’de öngörülen düzenlemenin günümüzde artık bir ihtiyaca cevap verip vermediğinin tartışılması gerektiğini ifade etmiş ve söz konusu düzenlemeye eleştirel bir bakış

Ancak olması gereken hukuk bakımından ortaya koyulan bu fikrin, TTK m. 370/2.c.2’de hükme bağlanan “*En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.*” şeklindeki ifadenin madde metninden çıkarılması suretiyle de yasal zemine kavuşturulması gerekir. Öte yandan bu ihtimâlde de temsil yetkisinin devredildiği üçüncü kişiler bakımından çift imza kuralının geçerli olacağı göz ardı edilmemelidir.

III. “EN AZ BİR YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN TEMSİL YETKİSİNİ HAİZ OLMASI” ŞARTI KARŞISINDA TEK KİŞİLİK YÖNETİM KURULUNDA TEMSİL YETKİSİNİN DEVRİ MÜMKÜN MÜDÜR?

TTK m. 370/2.c.2’de en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisi haiz olması şartının aranması, tek kişilik yönetim kurulunda temsil yetkisinin devredilip devredilemeyeceği hususunun ayrıca ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki İsvBK m. 718/3’te de en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartı arandığından aynı sorunun İsvBK bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu minvalde Türk hukukunda bir görüşe göre, tek kişilik yönetim kurulunda temsil yetkisinin ancak kısmen devri mümkün olup, temsil yetkisi tümüyle üçüncü bir kişi veya kişilere devredilemez⁴⁸. Bir başka görüş ise, temsil yetkisinin murahhas üyeye devri için yönetim kurulunun en az iki üyeden oluşması gerektiğini, tek kişiden oluşan yönetim kurulunda da temsil yetkisinin “*ilgili tek üyeye*” devrinin teorik olarak mümkün olmakla birlikte pratik açıdan işlevsel olmadığını ifade etmektedir⁴⁹. Türk

açısıyla yaklaşmıştır. Bkz. **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 628. *Kuru* ise, TTK m. 370/2.c.2’de yer alan “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” kuralının, “*en az iki yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar bir başka çözüm önerisi olarak da TTK m. 370/1’de yer alan çift imza kuralının kaldırılarak hükmün, “*Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi yönetim kurulu üyeleri tarafından münferiden kullanılır.*” şeklinde değiştirilmesinin uygun olacağını belirtmiştir. Bkz. **Kuru**, s. 398.

48 **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, Ortaklıklar I, N. 540a. Buna karşılık öğretide *Pulaşlı*, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığını, zira temsil yetkisinin kısmen devrinin mümkün olmadığını, temsil yetkisinin kısmen devrinin ticaret siciline de tescil edilemeyeceğini ve tescil edilse dahi iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ve sonuç doğurmayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Pulaşlı**, Genel Esaslar, s. 420. Temsil yetkisinin kısmen devredilmesinin mümkün olmadığı hususunda ayrıca bkz. **Kuru**, s. 400.

49 **Cenkci**, s. 74.

hukukunda ileri sürülen bir diğer görüşe göre ise, tek kişilik yönetim kurulunda temsil yetkisinin yönetim kurulu üyesi olmayan kişi veya kişilere devri halinde, tek üyenin; yetki devrine ilişkin kararında kendisine böyle bir yetki vermemiş olsa bile temsile yetkili olduğu varsayılmalıdır⁵⁰. Nihayet son bir görüş ise, TTK m. 370/2 düzenlemesiyle kanun koyucunun tek kişilik yönetim kurulunda temsil yetkisinin devrini engellemek istediği sonucunun çıkarılmayacağını, ancak temsil yetkisini devreden tek üyenin temsil yetkisinin devrine ilişkin yönetim kurulu kararında kendisine de temsil yetkisini verdiğini belirtmesi veya temsil yetkisinin tümüyle üçüncü kişiye bırakıldığı sonucunu doğurmayacak şekilde bir karar alınması gerektiğini ifade etmektedir⁵¹.

Öncelikle belirtilmelidir ki tek kişilik yönetim kurulunda da temsil yetkisinin konu veya miktar itibarıyla bölünmek suretiyle kısmen devredilebilmesi mümkün değildir. Zira kanun koyucu, yönetim yetkisinin devrinden farklı olarak, temsil yetkisinin bölünmek suretiyle kısmen devrine imkân vermemiştir. Gerçekten de TTK m. 371/3'te temsil yetkisinin sadece "*merkezin ya da şubenin işleriyle*" veya "*birlikte temsil*" ile sınırlandırılabilceği öngörülmüştür⁵². Temsil yetkisinin konu veya miktar bakımından bölünmek suretiyle devri ise, temsil yetkisinin kanunda öngörülen geçerli sınırlamalar haricinde sınırlandırılması anlamına gelir ve bu durum kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil eder. Temsil yetkisinin bölünmesi, temsil yetkisinin ancak yönetim kurulu üyelerinden bir

50 **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 629. Nitekim öğretide *Pulaşlı* da tek kişilik yönetim kurulunda, temsil yetkisinin üçüncü kişiye devredilebileceğini ancak, tek kişilik yönetim kurulunda temsil yetkisinin devredilerek, ilgili üyenin TTK m. 370/2.c.2 hükmü nedeniyle, icra yetkisi olmayan üye konumuna düşürülmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. **Pulaşlı**, Şerh- Cilt II, s. 1472; **Pulaşlı**, Genel Esaslar, s. 420.

51 Bkz. **Kuru**, s. 400.

52 eTTK döneminde *Arslanlı*, temsil yetkisinin merkezin veya şubenin işlerine özgü olduğuna ilişkin öngörülen sınırlamaların esas sözleşmede yer alması gerektiğini, esas sözleşmede bu yönde bir belirleme yapılmamışsa yönetim kurulunun, üyelerin temsil yetkisini kendiliğinden merkez veya şube işlerine hasrederek sınırlandıramayacağını ifade etmiştir. Bkz. **Arslanlı**, s. 140. Ancak kanaatimizce yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkilerinin merkezin veya şubenin işlerine özgülenmesi için esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması zorunlu değildir. Yönetim kurulu, TTK m. 373/1 uyarınca temsile yetkili kişilerin temsil şekillerini de belirleyebilmelidir. Nitekim temsil şekilleri bakımından TTK'da sadece çift imza kuralının aksinin esas sözleşmeyle kararlaştırılması gerektiği ifade edilmiştir.

veya birkaçına devri suretiyle yönetim kurulu üyeleri arasında mümkündür. Keza temsil yetkisinin devrinde, merkez veya şube işleriyle sınırlandırma yapılmasında da bir anlamda yetkinin yer itibariyle bölünebilmesine imkân verilmektedir⁵³. Anılan bu durum dışında temsil yetkisinin kısmen devri mümkün olmadığından, birden çok kişiden oluşan yönetim kurulunda temsil yetkisi devredilmek suretiyle temsil yetkisi ellerinden alınan üye/üyeler, ortaklığın temsilinde yetkisiz hale gelirler. Dolayısıyla TTK m. 370/2.c.2’de öngörülen en az bir üyenin temsil yetkisine sahip olması koşulu nedeniyle, *de lege lata* tek kişilik yönetim kurulunda temsil yetkisinin devrine imkân verilmediği şeklinde bir yorum yapılabilir. Ancak uygulamada, tek kişilik yönetim kurulları bakımından da temsil yetkisinin devri kurumuna ihtiyaç duyulduğu bir gerçektir. Dolayısıyla her ne kadar TTK m. 370/2.c.2’nin lafzı, tek kişilik yönetim kurulunda temsil yetkisinin devrine imkân tanınmadığı şeklinde bir sonuca varmaya müsait ise de bu hususta genel geçer bir yasaklama yapmak yerine amaca uygun bir çözümün ortaya konulması gerekir. *De lege ferenda* tek kişilik yönetim kurulunda da temsil yetkisinin devrinin mümkün olduğunun kabulü makul olmalıdır. Buna göre, öğretide de belirtildiği üzere tek üye, temsil yetkisinin üçüncü kişiye devrini öngören yönetim kurulu kararında, kendisine açıkça böyle bir yetki tanımış olmasa bile TTK m. 370/2-c.2 uyarınca, temsile yetkili sayılmalıdır. Bu durumda tek kişilik yönetim kurulunda temsil yetkisinin devriyle birlikte, temsil yetkisini muhafaza eden tek yönetim kurulu üyesinin yanında -kanunda cevaz verilen yetki sınırlamaları saklı olmak üzere- şirketin temsili bakımından kendisi aynı yetkilere sahip üçüncü bir kişi konumlandırılmış olur.

Sonuç olarak tek kişilik yönetim kurulunda, tek kişi yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini muhafaza etmesi kaydıyla, temsil yetkisinin devri mümkündür. Temsil yetkisinin TTK m. 371/3 hükmü nedeniyle kısmen devri mümkün olmadığından, tek kişi yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisinin konu bakımından sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Keza tek kişilik yönetim kurulunda çift imza kuralı işin doğası gereği uygulanamayacağından, tek yönetim kurulu üyesi temsil yetkisi bakımından diğer murahhas müdürün/müdürlerin imzasına da ihtiyaç duymayacaktır.

53 Öğretide *Çamoğlu* temsil yetkisinin yer itibariyle (merkez veya şube işleriyle) sınırlandırılmasına (bölünmesine) cevaz verildiğini, temsil yetkisinin yer itibariyle sınırlandırılması halinde bu yetkinin kullanılmasından doğan sorumluluğun da bölündüğünü bir diğer ifadeyle, sorumluluğun anılan yetkiyi kullanan kişide kalmış olacağını ifade etmiştir. Bkz. **Çamoğlu**, s. 205.

IV. EN AZ BİR YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN TEMSİL YETKİSİNİ HAİZ OLMASI HÜKMÜNE AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

TTK m. 370/2.c.2’de düzenlenen “*En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.*” şeklindeki hükme aykırı hareket edilmek suretiyle temsil yetkisinin devredilmesi halinde, nasıl bir sonucun ortaya çıkacağı hususu üzerinde durulması gerekir. Konu, önemine binaen ayrı bir başlık altında değerlendirilmeyi gerekli kılmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartını öngören TTK m. 370/2.c.2 hükmü, lafzından da anlaşılacağı üzere emredici niteliktedir. Dolayısıyla mevcut durumda, yönetim kurulunun temsil yetkisinin devrine ilişkin kararında temsil yetkisi üçüncü kişi ya da kişilere devredilmekle birlikte, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini muhafaza etmemesi halinde, söz konusu yönetim kurulu kararının kanunun emredici hükümlerine aykırı olacağı açıktır. Ancak burada şöyle bir ayırım yapılabilir; tek kişiden oluşan yönetim kurulunda temsil yetkisinin devri halinde tek üyenin de özellikle belirtilmese de dahi temsil yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Ancak birden fazla kişiden oluşan yönetim kurulunda temsil yetkisinin üçüncü kişi veya kişilere devrinde, hangi üyenin temsil yetkisini haiz olduğunun açıkça belirtilmesi gerekir. Bilindiği üzere yönetim kurulu kararlarının butlanının düzenlendiği TTK m. 391/1’de sayılan butlan halleri sınırlı sayıda değildir. Özellikle TBK m. 27 hükmüne aykırı olan yönetim kurulu kararları da butlan yaptırımı ile karşı karşıya kalır. Buna göre TTK m. 370/2.c.2’deki emredici hükme aykırı olan yönetim kurulu kararı, kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle butlanla malul olur⁵⁴. Kanaatimizce aynı sonuç, yönetim kurulunun tek kişiden oluşmadığı ve şirketin temsilinde çift imza kuralının cari olduğu bir durumda, temsil yetkisinin tümüyle tek bir yönetim kurulu üyesine bırakılması halinde de gündeme gelir.

Temsil yetkisinin devrini öngören yönetim kurulu kararının, tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline sunulması halinde, söz konusu karar tescile yetkili personel tarafından incelemeye tabi tutulur. Zira gerek TTK m. 32/1’de yer alan “*Sicil müdürü tescil için aranan kanuni şartların var olup olmadığını incelemekle yükümlüdür.*” şeklindeki hüküm gerekse de “*Tes-*

⁵⁴ Öğretide *Kuru* ise, TTK m. 370/2.c.2’de yer alan şarta aykırı olarak gerçekleştirilen yetki devri kararının, TTK m. 391’e göre butlanının talep edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Kuru**, s. 399, dpn. 1369.

cil edilecek olgunun şirket sözleşmesine ve Kanunun emredici hükümlerine aykırı bulunup bulunmadığı, tescil edilecek olgu bir ticaret şirketinin organ kararına dayanmakta ise, kararın şirket sözleşmesine ve Kanunun emredici hükümlerine uygun alınıp alınmadığı.” hususunun incelenmesi gerektiğini öngören TSY m. 34/1-(ç) hükmü tescile yetkili personele söz konusu inceleme görevini açıkça yüklemektedir. Bu minvalde tescile yetkili personelin, TTK m. 370/2.c.2 düzenlemesine aykırı olan yönetim kurulu kararının tescilini TTK m. 32/1 ve TSY m. 34/1-(ç) hükümlerine dayanarak reddetmesi gerekir⁵⁵. Öğretide, her nasılsa tescilin gerçekleşmiş olması halinde, TTK m. 33 uyarınca “*tescile davet*” kurumunun işletilerek yönetim kurulu üyesine temsil yetkisinin verilmesinin sağlanması, aksi takdirde, tescile ilişkin davette gereğinin yapılmaması halinde temsile yetkili kişilere ilişkin sicil kayıtlarının silineceğinin ihtar edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶. Öte yandan her nasılsa söz konusu yönetim kurulu kararı bahsi geçen inceleme gözden kaçırılacak tescil ve ilân edilirse bu durumda TTK m. 373/2 hükmünün devreye gireceği de unutulmamalıdır. TTK m. 373/2’de temsil yetkisinin ticaret sicilinde tescilinden sonra, ilgili kişilerin seçimine veya atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlığın, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından bilindiğinin ispat edilmesi şartıyla ileri sürülebileceği belirtilmiştir. O halde şirketin sakatlığın üçüncü kişiler tarafından bilindiğini ispat etmesi hali saklı olmak üzere, temsil yetkisinin devri kararı ticaret siciline tescil ve ilan edildikten sonra, TTK m. 370/2.c.2’deki şartta uyulmadığı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir.

SONUÇ

Bu çalışmada anonim şirketlerde temsil yetkisinin devri hakkında kısaca bilgi verildikten sonra özellikle yönetim yetkisinin devrinden farklı olarak temsil yetkisinin devrine ilişkin TTK m. 370/2.c.2’de öngörülen “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” şartı üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda varılan tespit ve değerlendirmeler şu şekilde özetlenebilir;

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Hasan **Pulaşlı**, “Anonim Şirketlerde Temsil Şekli, Özel Temsil Halleri ve Temsil Yetkisinin Murahhaslara Devredilmesi”, BATİDER, C. XXXVI, S. 2, Y. 2020, s. 27; **Günay**, s. 86; **Kuru**, s. 399; **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 629.

⁵⁶ **Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat)**, s. 629. Aynı yönde bkz. **Pulaşlı**, “Temsil Şekli”, s. 27.

1. Yönetim kurulu, alacağı bir karar ile temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. Öğretide aksi yönde görüşler olmakla birlikte kanaatimizce bunun için yönetim yetkisinin devrinde olduğu gibi, “*esas sözleşmede hüküm bulunması*” ve bu yönde bir “*iç yönerge hazırlanması*” zorunlu değildir. Temsil yetkisinin devri, TTK m. 370/2 ve TTK 375/1-(d) uyarınca münhasıran yönetim kurulunun yetkisindedir. Keza TTK m. 373/1 hükmü de yönetim kuruluna bu yetkiyi vermektedir.
2. Yönetim yetkisinin devrinden farklı olarak, temsil yetkisinin devrinde TTK m. 370/2.c.2 hükmüne göre “*en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması*” şartı aranmaktadır. Bu şart, temsil yetkisinin yönetim kurulu üyesi olmayan “*üçüncü kişilere*” devredilmek istenmesi halinde uygulanır. TTK m. 370/2.c.2’de öngörülen bu hüküm, emredici niteliktedir ve dolayısıyla temsil yetkisinin devri halinde yönetim kurulunca dikkate alınması zorunludur.
3. İsvBK m. 718/1.c.2’den farklı olarak, TTK m. 370/1’de yönetim kurulu üyelerinin şirketi temsili bakımından “*çift imza kuralı*” öngörülmüştür. Yönetim kurulu üyelerinin temsil yetkisi bakımından öngörülen çift imza kuralı, temsil yetkisinin devredildiği murahhas üyeler ve murahhas müdürler için de geçerlidir. Dolayısıyla esas sözleşmeyle münferit imza kuralı benimsenmiş olmadıkça şirketin temsilinde en az iki murahhasın imzasına ihtiyaç vardır.
4. Esas sözleşmede aksi öngörülmüş olmadıkça, çift imza kuralı murahhas üyeler ve murahhas müdürler bakımından da geçerli olduğundan, temsil yetkisinin devredildiği bir veya birkaç üçüncü kişinin yanında, TTK m. 370/2.c.2 uyarınca temsil yetkisini haiz olan bir yönetim kurulu üyesinin münferiden temsile yetkili olduğunu söylemek, TTK m. 370/1 hükmünün dolanılması anlamına gelir. Daha açık bir ifadeyle, esas sözleşmede münferit imza kuralının benimsenmemiş ve temsil yetkisinin üçüncü kişi veya kişilere devredilmiş olması halinde, temsil yetkisini haiz olan bir yönetim kurulu üyesinin şirketi tek başına temsile yetkili olduğu söylenemez ve ilgili yönetim kurulu üyesi, murahhas müdürlerden birinin imzası ile birlikte şirketi temsile yetkili olur. Yine aynı gerekçeden hareketle, birden çok kişiden oluşan yönetim kuru-

lunda, esas sözleşmede münferit imza kuralı benimsenmiş olmadıkça, temsil yetkisinin tek bir yönetim kurulu üyesine devri de mümkün olmamalıdır.

5. TTK m. 370/1'de çift imza kuralı benimsenmişken, TTK m. 370/2.c.2'de en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartının aranması eleştiriye açık olup, hüküm kendi içerisinde belirsizliklere yol açmaktadır. Dolayısıyla TTK m. 370/2.c.2'de yer alan en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartının tümüyle madde metninden çıkarılması ve böylece yönetimde olduğu gibi temsil yetkisinin de tümüyle üçüncü kişilere devrine izin verilmesi isabetli olur.
6. TTK m. 370/2.c.2'de en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şartının aranması, *de lege lata* tek kişilik yönetim kurulunda temsil yetkisinin devredilemeyeceği şeklinde bir yoruma müsait olsa da, *de lege ferenda* farklı bir değerlendirme yapılmalı ve tek kişilik yönetim kurulunda da temsil yetkisinin devredilebilmesine imkân tanınmalıdır. Ancak bu durumda, tek yönetim kurulu üyesinin de temsile yetkili olduğunun açıkça belirtilmesi ve yönetim kurulu kararının bu haliyle ticaret tescil ve ilan ettirilmesi gerekir.
7. TTK m. 370/2.c.2 hükmü bir kanun değişikliği ile tümüyle madde metninden çıkarılmadıkça mevcut durumda, hükme aykırı bir yönetim kurulu kararı, kanunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil eder. Kanunun emredici hükümlerine aykırı olan yönetim kurulu kararı da butlan yaptırımı ile karşı karşıya kalır. Esasen böyle bir yönetim kurulu kararına ilişkin tescil talebinin, tescile yetkili personel tarafından TTK m. 32/1 ve TSY m. 34/1-(ç) hükümlerince reddedilmesi gerekir. Ancak her nasılsa söz konusu yönetim kurulu kararı, tescil ve ilan edilmişse bu durumda TTK m. 373/2 hükmü uyarınca, temsile yetkili kişilerin seçimine veya atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlık, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından bilindiğinin ispat edilmesi şartıyla ileri sürülebilir.

KAYNAKÇA

Akdağ Güney, Necla. Anonim Şirket Yönetim Kurulu. 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Arslanlı, Halil. Anonim Şirketler II - III Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller. Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.

Atay, Egemen. “Anonim Şirkette Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisi ve Temsil Yetkisinin Devri”. Terazi Hukuk Dergisi. C. 15, S. 164, s. 706-719.

Bahtiyar, Mehmet. Ortaklıklar Hukuku. 16. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2022.

Bozkurt, Tamer. Şirketler Hukuku. Güncellenmiş 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.

Böckli, Peter. Schweizer Aktienrecht: mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien - und Rechnungslegungsrechts. Vierte, vollständig neu überarbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2009.

Bühler, Christoph B. in ZK - Zürcher Kommentar, OR 716b. 3. neu bearbeitete Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2018 (*OR 716b*).

Bühler, Christoph B. in ZK - Zürcher Kommentar, OR 718. 3. neu bearbeitete Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2018 (*OR 718*).

Cenkci, Esra. Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri. Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Çamoğlu, Ersin. Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile). 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Demirel, Duygu. “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 7, S. 2, 2017, s. 211-250.

Doğan, Fatih Beşir. 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri. 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Domeniconi, Alex/von der Crone, Hans Caspar. “Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei der Delegation der Geschäftsführung Entscheid des

Schweizerischen Bundesgerichts 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008 i.S. E. (Beklagter und Beschwerdeführer) gegen B., C. und D. (Kläger und Beschwerdegegner)”. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts und Finanzmarktrecht. S. 512, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2008, s. 512-522.

Forstmoser, Peter. Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft - Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis. Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2011.

Forstmoser, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter. Schweizerisches Aktienrecht. Stämpfli Verlag AG, Bern 1996.

Glanzmann, Lukas. OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (OR 718). 3. überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.

Helvacı, Mehmet. “Yönetim Kurulunun Anonim Şirketi İdare ve Temsili, Özellikle Devredilemez Görev ve Yetkileri”. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 9, S. 117-118, Y. 2014, s. 119-132.

Karshoğlu, Hasan. “Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Yönetim Kurulunun Sorumluluğuna Etkisi”. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 8, S. 1, Ocak 2022, s. 37-53.

Kaya, Arslan. Notlu Türk Ticaret Kanunu – İlgili Ticari Mevzuat – Uygulama Örnekleri. 8. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2020.

Kendigelen, Abuzer. Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler. 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Kırca, İsmail/**Şehirali Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar. Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu Cilt 1. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2013.

Koç, Himmet. Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri. 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Kummer, Andreas. “Organisationsreglement in Der Aktiengesellschaft Entscheidendes Instrument Für Die Best Practice”. Der Schweizer Treuhänder. 12/06, s. 916-919.

Kuru, Özge. Anonim Şirketlerde Temsil ve Temsil Yetkisinin Devri. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.

Müller, Roland/**Lipp**, Lorenz/**Plüss**, Adrian. Der Verwaltungsrat - Band I. 5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2021.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin. Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku. 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010 (*Ortaklıklar 2010*).

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin. Ortaklıklar Hukuku I. 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021 (*Ortaklıklar I*).

Pulaşlı, Hasan. Şirketler Hukuku Şerhi-Cilt II. 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 (*Şerh- Cilt II*).

Pulaşlı, Hasan. Şirketler Hukuku Genel Esaslar. 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 (*Genel Esaslar*).

Pulaşlı, Hasan. “Anonim Şirketlerde Temsil Şekli, Özel Temsil Halleri ve Temsil Yetkisinin Murahhaslara Devredilmesi”. BATİDER. C. XXXVI, S. 2, Y. 2020, s. 5-39 (“*Temsil Şekli*”).

Roth Pellanda, Katja. Organisation des Verwaltungsrates. Dike Verlag AG, Zürich 2007.

Şener, Oruç Hami. Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku. 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Anlara 2022.

Tekinalp, Ünal. Tek Kişilik Ortaklık I – Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık. Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011 (*Tek Kişilik Ortaklık*).

Tekinalp, Ünal. Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku. 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020. (*Sermaye Ortaklıkları*).

Ünal, Mustafa. “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”. BATİDER. C. 11, S. 3, Y. 1982, s. 49-89.

Watter, Rolf. in Basler Kommentar Obligationenrecht II: İsvBK m. 718. Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012.

Watter, Rolf/ Roth Pellanda, Katja. in Basler Kommentar Obligationenrecht II: İsvBK m. 716-717. Ed. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Rolf Watter, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2012.



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 1 Haziran/June 2023

Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'in "Minimax" Kararında (C-40/01) Verdiği Görüşünün Bir Çevirisi

A Translation of the Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer's
Opinion on the "Minimax" Decision (C-40/01)

  Dr. Öğr. Üyesi Efe DÜNDAR*

ÖZET

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), her üye devletten bir hakimden oluşmakta olup 2022 yılı Ocak itibarıyla 27 yargıçtan ve 11 hukuk sözcüsünden oluşmaktadır. Hukuk sözcüsü, Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü Protokolü uyarınca katılımının gerekli olduğu davalarda, tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde hareket ederek, aleni oturumda gerekçeli görüşlerini sunmakla görevlidir. Hukuk sözcülerinin görüşleri şüphesiz divan için bağlayıcı değildir; ancak hukuk sözcüsü görüşleri divan tarafından verilecek olan kararların sonuç yolunu aydınlatan ve mevcut uyumsuzluk kapsamında yaratıcı, farklı hukuki bakış açıları sunan oldukça önemli bir unsur olup genellikle divan kararlarında hukuk sözcüsünün görüşlerine uyulduğu görülmektedir. ANSUL BV ve AJAX

* Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 04.05.2023 | **Kabul/Accepted:** 20.06.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Efe Dündar, "Hukuk Sözcüsü Ruiz-Jarabo Colomer'in "Minimax" Kararında (C-40/01) Verdiği Görüşünün Bir Çevirisi", EBYÜ-HFD, C. 27, S. 1, Haziran 2023, (147-166).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

BRANDBEVEİLİĞİNİ BV arasında gerçekleşen uyuşmazlık konusunda Ruiz-Jarabo Colomer hukuk sözcüsü olarak görev yapmış olup sözcünün sunmuş olduğu görüşler, markanın ticari kullanımı kapsamında ciddi kullanımın ölçütlerinin belirlenmesi, farklı sınıflarda kullanımın markanın ilk kullanıldığı ürünlere etkisi gibi oldukça önemli konular hakkında sunulmuştur. Bu görüşler, sonraki tarihli pek çok ABAD kararına da konu olmuş ve ilgili görüşlere kararlarda atıf yapılarak değerlendirilmeler yapılmıştır.

Anahtar kelimeler: ABAD, Hukuk Sözcüsü, Ciddi Kullanım, Marka, EUIPO.

ABSTRACT

The Court of Justice of the European Union (CJEU) consists of one judge from each member state, and as of January 2022, it consists of 27 judges and 11 general advocates. The general advocate is responsible for presenting reasoned opinions in public, acting with complete impartiality and independence, in cases where participation is required in accordance with the Statute of the CJEU. The opinions of the general advocates are not binding, but these opinions are important elements that illuminates the outcome of the Court's decisions and offers creative and different legal perspectives about the current dispute, and the opinions of the general advocates are generally followed in the Court's decisions. Ruiz-Jarabo Colomer served as the general advocate on the dispute between ANSUL BV and AJAX BRANDBEVEILIGING BV, and the views of the general advocate were presented on important issues such as determining the criteria for genuine use within the scope of commercial use of the brand, and the effect of use in different classes on the products for which the brand was first used. These opinions have been the subject of many subsequent CJEU decisions, and evaluations have been made by referring to the relevant opinions in these decisions.

Keywords: CJEU, Advocate General, Genuine Use, Trademark, EUIPO.

I. 2 TEMMUZ 2002 TARİHİNDE VERİLEN HUKUK SÖZCÜSÜ RUIZ-JARABO COLOMER GÖRÜŞÜ¹

DAVA C-40/01

Ansul BV

v

Ajax Brandbeveiliging BV

(Hoge Raad der Nederlanden'den (Hollanda) Ön karar için referans)

¹ Orijinal dil: İspanyolca.

(Ticari markalar - Kanunların yakınlaştırılması - 89/104/EEC sayılı Direktif - Madde 12(1) - Ticari markanın iptali - "ciddi kullanım" teriminin yorumlanması)

1. Hoge Raad der Nederlanden (Hollanda Yüksek Mahkemesi) (bundan böyle "Hoge Raad" olarak anılacaktır), Adalet Divanı'ndan, bu tür sınai mülkiyetin iptalini düzenleyen Birinci Ticari Marka Direktifinin (bundan böyle "Direktif" veya "Birinci Direktif" olarak anılacaktır)² 12(1) Maddesindeki ciddi kullanım kavramını yorumlamasını istemektedir.

1. Gerçekler ve Ana Davadaki İşlemler

2. Hoge Raad tarafından referans sırasına göre belirtilen aşağıdaki gerçekler olaylar, bu sorunun çözümü ile ilgilidir.
3. Ansul BV (bundan böyle "Ansul" olarak anılacaktır) ve Ajax Brandbeveiliging BV (bundan sonra "Ajax" olarak anılacaktır), yangından korunma pazarında faaliyet gösteren, Hollanda yasalarına göre kurulmuş tüzel kişilerdir. Ajax, Alman Minimax GmbH şirketinin bir yan kuruluşudur. (İştirak veya bağlı ortaklık veya yavru şirket de olabilir. Hukuki statüsü bize hangisi olduğunu gösterecektir.)
4. "Minimax" kelime markası ve ilgili haklar, İkinci Dünya Savaşı'na kadar Hollanda'da satış ofisi bulunan bir Alman şirketine aittir. Bu mal varlıkları savaştan sonra düşman malları olarak kamulaştırılmıştır. İşaretteki haklar böylece bölünmüştür. Hollanda'da Ansul'un selefi tarafından satın alınmış ve Almanya'da Minimax GmbH'ye geçmiştir.
5. 15 Eylül 1971'de Ansul, Minimax kelime markası için, markayı Uluslararası Ticari Marka Sınıflandırmasının³ 1, 6, 9, 12, 20 ve 25. sınıflarındaki mallar, özellikle yangın söndürücüler, için 052713 numarası ile tescil eden Benelüks ticari marka ofisine (Benelux Markenbureau) başvuruda bulunmuştur.

² Üye Devletler'in ticari markalarla ilgili kanunların yakınlaştırılması için 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104/EEC sayılı Birinci Konsey Direktifi (OJ 1989 L 40, s. 1).

³ 13 Mayıs 1977'de Cenevre'de tekrar düzenlendiği şekliyle, 15 Haziran 1957 tarihli Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması ile kurulmuştur.

6. Kendi adına Ajax, 16 Mart 1992'den beri, ana şirketi tarafından üretilen malları sattığı yer olan Hollanda'da Minimax birleşik markasının sahibidir. 517006 sayılı bu tescil, Sınıf 1 (söndürme maddeleri)⁴ ve 9'daki (yangın söndürücüler) mallar ve Sınıf 37'deki hizmetler (yangın söndürücülerin onarımı, montajı, bakımı ve yeniden doldurulması) içindir.
7. Ajax ve Minimax GmbH önceki markayı, tescil edildiği mal ve hizmetleri ayırt etmek amacıyla Benelüks ülkelerinde kullanmaya başlamıştır. Ansul, 19 Ocak 1994'te bu kullanıma itiraz etmiştir.
8. Akabinde, 13 Haziran 1994 tarihinde, Ansul, yangın söndürücülerin bakım ve onarımı da dâhil olmak üzere Sınıf 37, 39 ve 42'deki hizmetler için Minimax kelime markasının tescilini (no 549146 tescil numarasıyla) almıştır⁵.
9. 8 Şubat 1995'te, Ajax, Ansul aleyhine Arrondissementsrechtbank te Rotterdam'da (Bölge Mahkemesi), öncelikle 052713 nolu “mal” markasının ve 549146 nolu “hizmet” markasının iptali ve her iki tescilin de sicilden silinmesine karar verilmesi için dava açmıştır.
10. Ansul bu eylemlere itiraz etmiş ve markaları için talep edilen mal ve hizmetler için Ajax'ın Benelüks ülkelerinde Minimax adını kullanmasını yasaklayan ve işareti kullanmayı bırakmaması durumunda Ajax'ın ceza ödemesini öngören ihtiyati tedbir talebinde bulunmuştur.
11. 18 Nisan 1996 tarihli bir kararla Rechtbank de Rotterdam, Ajax'ın iddialarını reddetmiş ve Ansul'un iddialarını onamıştır.
12. Ajax, 5 Kasım 1998'de karar veren Lahey'deki Gerechtshof'a (Bölge Temyiz Mahkemesi) başvurmuştur. Bu mahkeme önceki mahkemenin kararını bozmuş, Ansul'un iddialarını reddetmiş,

⁴ Basınç altında yayılan ve alevleri boğan malzeme ve tedarikler güvenlik sektöründe söndürme maddeleri olarak bilinir.

⁵ Tekdüzen Benelüks Marka Yasası'nın orijinal versiyonu (Nederlands Traktatenblad 1962, No. 58, s. 10 - 76) hizmetler için marka işaretlerinin tescilini sağlamamıştır. Bu olasılık, ancak 39. maddenin 1 Ocak 1987 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra tasarlanmıştır. Bu değişiklik, 10 Kasım 1983'te Brüksel'de imzalanan hizmet markaları Protokolü'nün bir sonucuydu (Nederlands Traktatenblad 1983, No 187, s. 1-7).

Ajax'inkileri onaylamış ve Ansul'un 052713 tescil numaralı markadaki haklarını geçersiz ve 549146 tescil numaralı markadaki haklarını geçersiz ve hükümsüz ilan etmiş ve her iki tescilin de iptal edilmesine hükmetmiştir.

13. Ansul temyize gitmiştir. Hoge Raad'ın önündeki argüman, bir ticari markanın "ciddi kullanımı" terimine odaklanmış ve taraflar, başvuranın 2 Mayıs 1989'dan⁶ itibaren yangın söndürücüler sektöründeki faaliyetleri ve özellikle 1971'den beri sahibi olduğu markanın, Direktif'in 12(1) maddesinin amaçları doğrultusunda ciddi kullanım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda hemfikir olamamışlardır.

2. Ön Karar İçin Yöneltilen Sorular

14. Bu nedenle, itirazın çözümü için Hoge Raad'ın, Madde 12 (1) 'deki "ciddi kullanım" teriminin kapsamının ne olduğunu bilmesi gerekir. Bu nedenle, 26 Ocak 2001 tarihli bir kararla Hoge Raad yargı işlemlerini durdurmuş ve bir ön karar için Adalet Divanı'na iki soru yöneltilmiştir.

15. İlk soru şu şekilde ifade edilmiştir:

"89/104 sayılı Direktif'in 12(1) Maddesi'nde yer alan "ciddi kullanıma sunmak" ifadesi yukarıdaki 3.4. paragrafında belirtildiği gibi yorumlanmalı mıdır ve eğer cevap olumsuzsa, "ciddi kullanımın" anlamı hangi (diğer) kritere dayanarak tanımlanmalıdır?"

16. Atıfta bulunulan bilirkişi görevlendirme kararı aşağıdaki gibidir:

"...kullanım... satılan veya tedarik edilen belirli mallar veya kullanıcı tarafından sunulan hizmetlerle alakalı olmalıdır. Belirli bir kullanımın "ciddi kullanım" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu, yalnızca (i) söz konusu duruma özgü tüm gerçekler ve koşullar dikkate alınarak yanıtlanabilir; böylece (ii) buradaki belirleyici faktör - davaya özgü tüm gerçeklerin ve koşulların birbirleriyle bağlantılı olarak, ticaretin ilgili sektöründe olağan ve ticari olarak haklı görülenler bağlamında bakıldığında - kullanımın sadece ticari markanın kullanımını sürdürmek için değil, o ticari marka altında mal ve hizmetler için bir pazar bulmaya veya bu pazarı korumaya hizmet ettiği izlenimini yaratıp yaratmadığıdır. Bunun

⁶ Ansul, o tarihten bu yana "Minimax" markası adı altında herhangi bir yangın söndürücü satmamıştır. Bu tarihteki faaliyetlerle ilgili olarak, buradaki 18. paragrafa bakınız.

sonucunda, (iii) bu gerçekler ve koşullarla ilgili olarak, mal veya hizmetin türü ve işletmenin türü ve büyüklüğü ile bağlantılı olarak kullanımın türü, kapsamı, yoğunluğu, sürekliliği ve süresi genel olarak dikkate alınmalıdır.”

17. Hoge Raad'ın ön kararı için atıfta bulunulan ikinci soru şu şekildedir:

“Yukarıda belirtildiği gibi, ticari marka altında yeni malların işlem görmediği, fakat yukarıdaki 3.1. paragrafının (v) ve (vi) alt paragraflarında belirtildiği gibi, diğer faaliyetlerin bulunduğu durumlarda da “ciddi kullanımdan” bahsedilebilir mi?”

18. Bu faaliyetler aşağıdaki gibidir:

(1) Yangın söndürücülere yönelik bileşenlerin ve söndürme maddelerinin, Minimax markası adı altında, Minimax markasını taşımayan yangın söndürücülerini elinde bulunduran işletmelere satışı; Ansul bu işletmelerle olan ilişkilerinde markayı kullanmamıştır.

(2) Hem Ansul hem de anılan işletmeler için yangın söndürme ekipmanlarının bakımı, kontrolü, yeniden ayarlanması, onarımı ve tamiri ve bu amaçla ticari marka sahibinden gelen bileşen ve söndürme maddelerinin kullanılması.

(3) Ticari marka taşıyan etiketlerin ve “Gebruiksklaar Minimax” (Kullanıma hazır Minimax) ifadesini taşıyan şeritlerin bu işletmelerce kullanımı ve satışı.

3. Adalet Divanı Huzurundaki İşlemler

19. Ansul, Ajax, Hollanda Hükümeti ve Komisyon, AT Adalet Divanı Tüzüğü'nün 20. maddesi uyarınca davaya ilişkin yazılı görüşlerini sunmuştur.

20. Ansul ve Komisyon 4 Haziran 2002'de şifahi murafaa sunmak üzere duruşmaya çıktılar.

4. Maddi Hukuk Kapsamında Kullanılmayan Markaların İptali

A- Sınai Mülkiyet Konusunda Uluslararası Anlaşmalar

a- Paris Sözleşmesi

21. 20 Mart 1883 tarihinde imzalanan ve Avrupa Birliği'ne Üye tüm Devletlerin imzasını attığı Paris Sınai Mülkiyetin Korunması Sözleşmesi'nin⁷ orijinal metni, bir ticari markanın kullanılmaması nedeniyle haklarının iptal edilmesini hesaba katmamıştır.
22. 6 Kasım 1925 tarihli Lahey'de yapılan düzenlemede, Paris Sözleşmesi'ne ticari markaların kullanımına ilişkin 5C maddesi eklenmiştir ve bu madde aşağıdakileri beyan etmektedir:

“(1) Herhangi bir ülkede kayıtlı markanın kullanılması zorunlu ise, kayıt sadece makul bir süre sonra ve sadece ilgili kişinin eylemsizliğini haklı çıkarmadığı durumlarda iptal edilebilir.

(2) Bir markanın, Birlik ülkelerinden birinde tescil edildiği biçimdeki ayırt edici niteliğine etki etmeyen unsurlar bakımından farklılaşan bir biçimde hak sahibi tarafından kullanılması, tescilin feshini gerektirmez ve markaya tanınan korumada bir azalmaya neden olmaz.

(3) Koruma talep edilen ülkenin iç hukuk hükümleri göz önüne alındığında, markanın müşterek maliki sayılan sınai veya ticari kuruluşların aynı veya benzer mallar üzerinde aynı markayı aynı anda kullanmaları bu tür bir kullanımın kamuoyunu yanıltmaması ve kamu yararına aykırı olmaması şartıyla Birlik'in herhangi bir ülkesinde tescili engellemez veya markaya tanınan korumada azalmaya neden olmaz.”

b- Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması

23. Bu anlaşma, 15 Nisan 1994 tarihinde Marakeş'te imzalanan Dünya Ticaret Örgütü'nü kuran Anlaşmaya⁸ ilaveten, *diğerlerinin yanı sıra* ticari markalar açısından, örgüt üyelerinin Paris Sözleşmesi'nin 1 ila 12. ve 19. maddelerine (Madde 2 (1)) uymalarını temin etmektedir.⁹

⁷ Hollanda 7 Temmuz 1884'ten beri Sözleşmenin tarafıdır.

⁸ OJ 1994 L 336, s. 214 - 223.

⁹ Ayrıca 1994 tarihli Ticari Marka Hukuku Anlaşması, Paris Sözleşmesi'ne atıfta bulunmaktadır. Madde 15: “Her Sözleşme Tarafı, Paris Sözleşmesi'nin markaları ilgilendiren hükümlerine uyacaktır.”

24. “Kullanım Şartı” başlıklı 19. madde aşağıdaki gibidir:

“1. Bir tescilin sürdürülmesi için kullanımın gerekli olması halinde, söz konusu kullanımın önündeki engellerin varlığına dayanan geçerli nedenler marka sahibi tarafından gösterilmedikçe, tescil ancak en az üç yıllık kesintisiz bir kullanım dışı kalma süresinden sonra iptal edilebilir. Ticari marka tarafından korunan mal veya hizmetlere ilişkin ithalat kısıtlamaları veya diğer devlet gereklilikleri gibi ticari marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkan ve ticari markanın kullanımına engel teşkil eden durumlar, kullanılmama için geçerli nedenler olarak kabul edilecektir.

2. Marka sahibinin kontrolüne tabi olduğunda, bir markanın başka bir kişi tarafından kullanılması, tescilin sürdürülmesi amacıyla markanın kullanımını olarak kabul edilecektir.”

B- Topluluk Hukuku

a- İlk Direktif

25. Avrupa Parlamentosu, Direktifin önsözündeki sekizinci beyanında, “Topluluk'ta tescil edilen ve korunan toplam ticari marka sayısını ve dolayısıyla aralarında ortaya çıkan anlaşmazlıkların sayısını azaltmak için, tescilli ticari markaların fiilen kullanılması veya kullanılmadığı takdirde iptale tabi olması gerektiğini” ifade eder.

26. Bu ilkeye uygun olarak, Direktifin 10. maddesi ve devam eden maddeleri ticari markaların kullanımı ve kullanmama sonuçlarını ele alır.

27. Marka kullanımını düzenleyen 10. madde aşağıdaki gibidir:

“1. Tescil prosedürünün tamamlandığı tarihi takip eden beş yıllık bir süre içinde mal sahibi, Üye Devlette tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili olarak ticari markayı ciddi kullanıma sokmamışsa veya bu kullanım kesintisiz beş yıllık bir süre boyunca askıya alınmışsa ticari marka, kullanılmaması için uygun sebepler olmadığı sürece, bu Direktifte beyan edilen yaptırımlara tabi olacaktır.

2. Aşağıdakiler ayrıca paragraf 1'in anlamı dâhilinde kullanım teşkil edecektir:

(a) ticari markanın tescil edildiği formdaki ayırt edici niteliğini değiştirmeyen unsurlarda farklılık gösteren bir biçimde kullanılması;

(b) ticari markanın ilgili Üye Devletteki mallara veya ambalajlarına yalnızca ihracat amacıyla yapıştırılması¹⁰.

3. Ticari markanın, mal sahibinin rızasıyla veya ortak marka veya garanti veya onay damgası kullanma yetkisine sahip herhangi bir kişi tarafından kullanılması, mal sahibi tarafından kullanım olarak kabul edilir.

...”

28. Bir markanın kullanılmamasının sonuçları Madde 11'de ele alınmıştır. Madde 11 (3) ve (4) aşağıdaki gibidir:

“3. İptal için karşı talepte bulunulan herhangi bir Üye Devlet, 12. maddenin uygulanmasına halel getirmeksizin, 12. madde (1) mucibinde, bir ticari markanın itiraz sonucu hükümsüz kılınabileceği tespit edildiği takdirde, o ticari markanın ihlal davalarında başarılı bir şekilde kullanılmayacağı beyan eder.

4. Daha önceki ticari marka, kayıtlı olduğu mal veya hizmetlerin yalnızca bir kısmı ile ilgili olarak kullanılmışsa, paragraf 1, 2 ve 3'ü uygulamak amacıyla, mal veya hizmetlerin yalnızca bu kısmı ile ilgili olarak kayıtlı sayılır.”

29. Direktifin 12 (1) maddesinde ele alınan iptal durumları aşağıdaki gibidir:

“1. Bir ticari marka, beş yıllık kesintisiz bir süre içinde tescil edildiği mal veya hizmetlerle bağlantılı olarak Üye Devlet'te ciddi kullanıma tabii tutulmamış ve kullanılmama için geçerli bir neden yoksa iptal edilebilir; ancak beş yıllık sürenin sona ermesi ile iptal başvurusunun yapılması arasındaki süre içinde, markanın ciddi kullanımına başlanmış veya yeniden başlatılmışsa, hiç kimse bir marka sahibinin haklarının geri alınması gerektiğini iddia edemez¹¹; bununla birlikte, en erken beş yıllık sürekli kullanılmama süresinin sona ermesiyle başlayan iptal başvurusunun yapılmasından önceki üç aylık bir süre içinde kullanımın başlatılması veya sürdürülmesi, mal sahibinin bunları yalnızca iptal başvurusunun yapılabileceğini öğrendikten sonra gerçekleştirmesi durumunda dikkate alınmayacaktır.”

¹⁰ İspanyolca versiyonu, “Topluluk ticari markasına” sahip olan tek versiyondur. Direktif, Topluluk ticari markasıyla ilgili olmadığı için, bunun bir hata olduğu açıktır.

¹¹ Direktifin İspanyolca versiyonunda İngilizce versiyonuna etki etmeyen bir yazım hatası vardır.

b- Topluluk Ticari Marka Tüzüğü

30. 20 Kasım 1993 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi, 20 Aralık 1993 tarih ve 40/94 sayılı Topluluk Ticari Markasına İlişkin Tüzük'ü (AT) kabul etmiştir¹². Tüzük, ticari markaların “ciddi kullanımı” ilkesine¹³ atıfta bulunur ve 15, 43, 50 ve 56. maddeler yukarıda aktardığım ilk Direktif ile aynı amacı güder.

c- Benelüks Kanunu

31. 31 Ocak 2002'de *Koninklijke KPN Nederland (C-363/99)* davasına ilişkin olarak henüz karara varılmamış olan Görüş'ümde, mevcut Görüş'ün beşinci dipnotunda belirtilen ticari markalara ilişkin Tekdüzen Benelüks Kanunu'nun kökenini ve oluşumunu ortaya koydum.

32. Kanun'un 5(3) maddesinin orijinal versiyonu, marka hakkının sona erdirilmesini öngörür:

“Benelüks topraklarında markanın, dosyalamayı takip eden üç yıl içinde veya kesintisiz beş yıllık bir süre boyunca normal bir şekilde kullanılmamasının iyi bir nedeni olmadığı sürece; yargılama durumunda mahkeme, ticari marka sahibine kullanımın kanıtlanması yükünün tamamını veya bir kısmını tahsis edebilir; ancak, eylemden önce altı yıldan fazla bir süre kullanılmaması, bu tür bir kullanımın olmadığını iddia eden kişi tarafından kanıtlanmalıdır.”¹⁴

33. Yasaya eşlik eden açıklayıcı bildiriye 5. maddeye yapılan yorumda, zorunlu kullanımın, bir markanın kullanılıp kullanılmadığını belirlemek için davanın tüm koşullarını dikkate alarak normal yararlanmayı gerektirmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁵

34. Yasanın Birinci Direktife uyarlanması ve Topluluk ticari markasına ilişkin ilgili hükümlerin eklenmesi için 2 Aralık 1992'de Belçika, Lüksemburg ve Hollanda, Tekdüzen Kanunu'nda yapılan değişikliklerle birlikte 8. madde uyarınca 1 Ocak 1996'da yürürlüğe giren bir Protokol¹⁶ imzalandılar.

¹² OJ 1994 L 11, s. 1.

¹³ Önsöz'deki dokuzuncu beyana bakınız.

¹⁴ *Bulletin Benelux*, 1962-2, p. 59.

¹⁵ *Bulletin Benelux*, 1962-2, pp. 31 and 32.

¹⁶ *Nederlands Patenblad 1993*, Sayı 12, s. 1'den 12'ye.

35. Madde 5 ile ilgili değişikliklerden biri. Madde 5 (2) ve (3) şimdi aşağıdaki gibidir:

“2. Ticari marka hakkı, Madde 14 C¹⁷'de belirtilen sınırlar dâhilinde sona ermiş ilan edilir:

(a) Benelüks topraklarında, ticari markanın kesintisiz beş yıl süreyle tescil edildiği mallar için iyi bir neden olmaksızın markanın normal kullanımı olmadığı sürece; yargılama halinde mahkeme, kullanım kanıtı yükünün tamamını veya bir kısmını ticari marka sahibine tahsis edebilir;

...

3. Madde 5 (2) (a) ticari markanın kullanımı amaçları doğrultusunda aşağıdakileri içerecektir:

(a) ticari markanın tescil edildiği formdaki ayırt edici niteliğini değiştirmeyen unsurlarda farklılık gösteren bir biçimde kullanılması;

(b) ticari markanın yalnızca ihracat amacıyla mallara veya ambalajlarına yapıştırılması;

(c) ticari markanın sahibinin rızası ile üçüncü bir tarafça kullanılması”¹⁸.

36. Kanununun 39'uncu maddesi uyarınca hizmet markaları için de feragat etme hükümleri uygulanır.

¹⁷ Bu hükmün 5(1)'inci maddesi, “5(2)'inci maddede açıklanan koşullarda ilgili herhangi bir tarafın, ticari markadaki hakların sona erdiğini iddia edebileceğini taahhüt etmektedir. Bahsi geçen beş yıllık sürenin bitiminden itibaren ve iptal başvurusunun yapıldığı aralıkta, markanın normal kullanımına başlanmış veya kullanımı sürdürülmüş ise, marka Madde 5(2)(a) uyarınca kullanımının iptal edildiği söylenemez. Ne var ki, iptal başvurusunun yapılmasından önceki üç aylık bir süre içinde kullanıma başlanması veya kullanımın sürdürülmesi, sadece mal sahibi iptal başvurusunun yapılabileceğinin farkına vardıkdan sonra kullanımına veya kullanımın sürdürülmesi hazırlıklarına başladığı durumlarda göz ardı edilir.”

¹⁸ Tekdüzen Benelüks Ticari Markalar Yasası'nın yukarıdaki hükümlerinin çevirisi resmi değildir.

5. Ön Karar İçin Yöneltilen Soruların Analizi

A- Giriş

37. Şu ana kadar, Adalet Divanı'nın Hoge Raad davasında verdiği kararda, bu tür ön yargılamalarda ortaya çıkan belirli zorlukları açıklığa kavuşturmak adına bana göre dikkate alması gereken çeşitli kural katmanlarını açıklamaya gayret ettim.
38. Ticari markalar üzerine Tekdüzen Benelüks Kanunu ve buradaki içtihatlar elbette bir dayanak noktasını temsil etmektedir, ancak hiçbir şekilde Adalet Divanı'nın ilgili mahkemenin sorularına vermesi gereken cevapların doğru bir yansıması olarak düşünülemez. Ticari marka sahiplerinin tüm Üye Devletler'de aynı düzeyde korumaya sahip olmaları amaçlandığından, cevabın Avrupa Birliği yasalarına göre çerçevelenmesi gerekmektedir.¹⁹
39. Yine de *Merz & Krell* (Case C-517/99)²⁰, davasında ve *Koninklijke KPN Nederland* davasında 18 Ocak 2001 tarihli görüşümde belirttiğim gibi, Topluluk Ticari Marka Kanunu çok özel olarak yapılandırıldığından, onu bütünleştirici bir tarzda yorumlamak için çaba gösterilmesi gerekir.
40. Direktif ve Üye Devletlerin mevzuatı, Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle Bağlantılı Yönleri Anlaşmasına ilham veren Paris Sözleşmesi²¹ ışığında yorumlanmalıdır²². Benelüks ülkeleri ise kendi hukuk sistemlerini sadece ticari markalar alanına entegre etmekle kalmamış, aynı zamanda Tekdüzen Yasasını Direktif'e uyarlayarak bunları Avrupa Topluluğu'nun diğer Üye Ülkeleri'ninkilerle uyumlu hale getirmiş ve bunu doğal olarak Paris Sözleşmesi'nin getirdiği yükümlülüklerle uygun bir şekilde yapmışlardır.²³

¹⁹ Direktif'in önsözündeki dokuzuncu beyana ve Birleştirilmiş Davalar C-414/99 ile C-416/99 *Zino Davidoff ve Diğerleri* [2001] ECR I-8691 paragraf 42'ye bakınız.

²⁰ Bu davaya ilişkin karar 4 Ekim 2001'de [2001] ECR I-6959 verilmiştir.

²¹ Direktif'e yapılan son beyanda, Direktif'in hükümlerinin "Paris Sözleşmesi'nin hükümleri ile tamamen tutarlı olması gerektiği" ifade edilir.

²² Özellikle Madde 2(1)'e bakınız.

²³ *Koninklijke KPN Nederland*'daki Görüşün 30. paragrafına bakınız.

B- Ticari markaların kullanımı

41. Buna göre, Hoge Raad'a verilecek cevaplar, ticari markalarla ilgili Topluluk hukuk düzenindeki tüm kuralları göz önünde bulundurarak, yardımcı olmalıdır. Bu nedenle, her şeyi kapsayan bir yaklaşım temelinde, çok açık olduğu için yapılan ilk gözlem, ticari markaların kullanılmak için var olduğudur²⁴, dolayısıyla ayırt edici işaretini kullanmayan hak sahibi, iptal sonucu haklarını kaybetme riskiyle karşı karşıya kalır.
42. Ticari marka sicilleri; içerisine gizlenmiş işaretler açısından, farkında olmayan bir tarafın onları kullanabileceği anı beklediği, ancak bu durumda da en iyi ihtimalle spekülâtif bir niyetle ortaya atılabilecek için bir depo görevi göremez. Bunun tam tersi doğrudur; piyasadaki işletmelerin mal ve hizmetlerini ayırt etmek için kullandıkları göstergelerin gerçekliğini dürüstçe yansıtmalıdır. Sadece ticari hayatta kullanılan markalar, sınai mülkiyet konularından sorumlu ofisler tarafından tescil edilmelidir. Komisyonun yazılı gözlemlerinde belirttiği gibi, "savunma amaçlı" ve "stratejik" kayıtlar reddedilmelidir.
43. Bir işaretin tescili, ticari marka sahibine tekel hakları tanıyarak, bu hakları tüm dünyada uygulama ve işaretin tüm kullanımını yasaklama yetkisi verir. Bununla birlikte, işaretin tescili, mal sahibinin, söz konusu işareti, bu ayrıcalığı haklı çıkaracak şekilde kullanmasını sağlar.
44. Bu nedenle, bir ticari marka sahibi, markayı, yasanın bu mülk parçasına atfettiği hedeflerle tutarlı bir şekilde kullanmalıdır²⁵. Bir ticari markanın, sahibine verdiği haklar ile markanın kendisi arasındaki ilişkinin, temel olduğunu tekrarlamak gerektiğini düşünüyorum. Bir markanın beraberinde getirdiği hukuki faydaların amacı, tüketicinin tanımlanan mal veya hizmeti ayırt edebilmesini sağlamak; böylece seçme özgürlüğünün bağlı olduğu ayrımcılık

²⁴ Sözleşmenin hazırlandığı 1925'te aynı şey geçerli olmasa da, bu ifade bugün tartışılmazdır.

²⁵ Diğer sınai ve fikri mülkiyet türlerinin tersine, ayırt edici işaretlerin (ticari markalar, ticari isimler, menşei işaretleri) korunması durumunda, korunmakta olan, sahibinin yaratıcı veya özgün faaliyeti değil, işletmelerin ticari faaliyeti ve bunun üzerinden ekonomik kamu politikasıdır.

yapma yeteneği, iç pazarda bir açık rekabet sisteminin kurulmasına yol açmaktır.²⁶

45. Özünde, bir mal sahibi, ticari markadaki haklarının iptal edilmesini istemiyorsa, bunu bir ticari marka olarak kullanmalıdır. Bu nedenle, 13 Haziran 2002'de fikrimi belirttiğim *Arsenal Futbol Kulübü* davasında (Case C-206/01) ortaya çıkan sorunla, farklı bir yoldan da olsa aynı konuya geliyorum. Bu durumda, üçüncü bir tarafın ayırt edici bir işareti ticari marka olarak kullandığı koşulları tespit etmek, marka sahibinin hangi durumlarda bu kullanımı yasaklayabileceğini belirlemek açısından gerekiyordu. Buradaki endişe, bu tür bir kullanımın olması için gerekli olan durumları belirlemektir, çünkü kullanım dışı kalma, yasaların belirlediği süre boyunca devam ederse, haklarının geri alınmasına neden olabilir.
46. Bana göre, “ticari marka olarak kullanım” kesin olmayan yasal kavramının her iki durumda da aynı anlama geldiğine şüphe yok. Buna göre, bu Görüş'te²⁷ belirtilen muhakeme ve değerlendirmelere atıfta bulunacağım ve burada kendimi bu durumda vardığım sonucu yeniden ifade etmekle sınırlayacağım.
47. Bir ticari markanın kullanımı, iki faktörle karakterize edilir. Birincisi, ticari kullanım olması gerektiğidir, yani bu piyasadaki mal veya hizmetlerin üretimi ve tedariki ile ilgili olması gerektiği anlamına gelir. Direktif'in 5. maddesi “ticari faaliyet esnasında” ifadesini içermektedir.²⁸
48. İkinci şart ise, söz konusu ticari kullanımın, mal veya hizmetlerin menşei veya kaynağı, kalitesi veya itibarı ile ayırt edilmesi amacıyla yapılmasıdır.

²⁶ *Merz & Krell'deki* (paragraf 31 ve 32) ve *Koninklijke KPN Nederland'daki* (paragraf 32 ve 33) Görüş'e bakınız.

²⁷ Özellikle 49, 50, 62, 64 ve 88. paragraflarına, 1. ve 4. alt paragraflara bakınız.

²⁸ Direktif'in Almanca versiyonu “*geschäftlichen Verkehr*”, Fransızca'sı “*vie des affaires*”, İngilizce'si “*course of trade*”, İtalyanca'sı “*nel commercio*” ve son olarak Hollanda versiyonu “*ekonomisch verkeer*” ifadesini kullanmaktadır. [Çevirmenin notu: İspanyolca “*en el tráfico económico*” kullanır].

C- "Ciddi Kullanım" Kavramı

49. Bir ticari markanın kullanılması, markanın ticaret sırasında yukarıda açıklanan iki faktörden biri göz önünde bulundurularak kullanılması, hak kazanmak için yeterli değildir. Kullanım ayrıca ciddi olmalı veya başka bir deyişle "simgesel" olmamalıdır.
50. Bu ifade, "ciddi kullanım"la ne kastedildiği konusunda bir başlangıç varsayımı önermeme yol açıyor. Kullanımın sahte, formalite icabı veya varsayıma dayalı olduğu, içeriğinin bulunmadığı ve yalnızca iptali önlemeye yönelik olduğu ve ilgili olduğu mal ve hizmetler için piyasada bir açıklık oluşturmaya hizmet etmediği durumlarda, bu kullanım ciddi kullanım değildir.
51. Ciddi kullanım teşkil etmeyen durumlar için kurallar oldukça fazla. Ne var ki ciddi kullanım olarak nitelendirilen durumların belirlenmesi daha zordur.
52. Direktif'in²⁹ çeşitli dillerdeki versiyonlarının incelenmesi, beni Topluluk yasama organı tarafından amaçlanan kullanım türünün, bir ticari marka tarafından gerçekleştirilen işlemlerle ilgili olarak "yeterli" olarak tanımlanabileceği sonucuna varmamı sağlıyor. Bu durumda Direktifin çeşitli versiyonlarına dayanarak gözlemler sunan taraflar "normal", "ciddi", "hakiki" ve "etkili" kullanımdan bahsederler, ancak etkinliği tanımla aynı terimlerle tanımlayan sıfatlar bu duruma hiçbir şey eklemeler: bunlar totolojiktirler.
53. Yine bir ticari markanın yerine getirdiği işleve atıfta bulunarak, amaca yönelik bir yorum yapmak ve serbest, açık ve adil rekabet yoluyla bir çıkış noktası oluşturmak için, mal sahibinin kullanımının, mallarını veya hizmetlerini pazarda ayırt etmeye yönelik olup olmadığına bakmak gerekir. Benim görüşüme göre, Direktifin ve özellikle Madde 12 (1)'in gerektirdiği kullanım türü, bu amaçla "yeterli kullanım" veya "uygun kullanımdır" (*geschikt gebruik; adequate use; usage approprié; geeignete Benutzung; uso atto*).
54. Bir ticari markanın kullanımının bu şekilde nitelendirilebilmesi ve dolayısıyla ciddi sayılabilmesi için öncelikle *işaretin kayıtlı ol-*

²⁹ Hollanda "normal" terimini kullanır. Fransızca "usage sérieux", Portekizce "uso sério", İngilizce "genuine use" ve Almanca "ernsthafte Benutzung" ifadelerini kullanır. İtalyanca, İspanyolca ile aynı sıfatı kullanır: "effettivo".

duğu mal ve hizmetlerle ilgili olarak kullanılmasını sağlaması gerekir. Tüketicilerin zihninde kendine yer edindikten sonra, ticari marka, marka ile mal veya hizmet arasındaki bağlantıyı oluşturur³⁰, böylece markayı oluşturan unsurların başka mal veya hizmetler için kullanılması markanın kullanımını anlamına gelmez.

55. Aynı nedenle “ciddi kullanım” kavramı, istisnai olarak herhangi bir farklılığın markanın tescil edildiği biçimdeki ayırt edici karakterini değiştirmeyen unsurları etkilediği durumlar dışında, *işaretin aynen verildiği ve tüm bileşenleriyle birlikte tescil edildiği şekliyle kullanılmasını gerektirir.*³¹
56. Ayrıca, bir ticari markanın tanımı ve yerine getirdiği işlevler göz önüne alındığında, *kullanımının dış dünyaya yönelik, kamuya açık ve harici* olması da gereklidir. Bu marka, kullanımı ile temsil ettiği mal veya hizmetler için piyasada bulunmalıdır. Buna göre, yalnızca malların satıldığı veya hizmetlerin sağlandığı yerde değil, aynı zamanda ticari markanın piyasaya sürülen mal veya hizmetlerin reklamını yapmak için kullanıldığı durumlarda da ciddi bir kullanım olacaktır.³²
57. Öte yandan, *mal sahibinin işletmesinin iç sınırlarını aşmayan özel kullanım, pazarda bir yer sağlamaya yönelik olmadığından ciddi kullanım olarak kabul edilmez.* Bu nedenle, mal veya hizmetlerin pazarlanmasına yönelik hazırlıklar, “uygun” veya “etkin” kullanım oluşturmadağı gibi, bunların mağazaya hazır hale getirilmesi veya işletmenin binasından çıkmadıkları bir yerde depolanması da uygun veya etkin kullanım sayılamaz.³³ Markanın ihracat amacıyla mallara veya ambalajlarına iliştirilmesinden oluşan kullanım, yalnızca istisnai durumlarda geçerlidir.³⁴ Bunun nedeni, ana faaliyeti ihracat olan ve aksi takdirde bunları iç piyasada kullanıma sunmadıkları için kullanılmama nedeniyle markalarını kaybetme riski taşıyan işletmeleri koruma gereğidir.

³⁰ Bkz. C. **Fernández-Novoa**, Fundamentos de derecho de marcas, pub. Montecorvo. S. A. Madrid, 1984, s. 23.

³¹ Direktifin 10 (2) (a) maddesi ve ayrıca Paris Sözleşmesi'nin 5 (2) maddesine bakınız.
³² Henüz hüküm verilmemiş *Sieckmann* davasında (C-273/00) verdiğim görüşte, reklamcılığın bir ticari markanın işlevlerinden biri olduğunu vurguladım (paragraf 19).

³³ Bkz. C. **Fernández-Novoa**, Derecho de marcas, pub. Montecorvo. S. A. Madrid, 1990, s. 253 ve 254. Bu yazar, markayı taşıyan malların işletmenin mağazalarında çalışanlara münhasır satışını kurum içi kullanım olarak ekler.

³⁴ Direktifin 10(2)(b) maddesine bakınız.

58. Özetle, *ticari markanın kullanıldığı yerlerde, tanımladığı mal ve hizmetler için piyasada bir çıkış noktası oluşturmak üzere, sadece kayıtlı olduğu biçimde, kamuya açık ve dış dünyada "ciddi anlamda" kullanılabilir.*
59. O zaman bile, daha önce de belirttiğim gibi, markanın kullanımı, yasanın ticari markalara atfettiği amaçlara uygun olmazsa, bu koşulların yerine getirilmesi hala yeterli değildir. Biraz önce, bir mal sahibinin markayı iptal etmeyi önlemek amacıyla kullandığı durumlarda, bu kullanımın ciddi kullanım olarak sınıflandırılmayacağını söyledim. Bu yaklaşımı tamamen subjektifliğin ötesine taşıyarak, bu amaca uymamakla birlikte, yasanın kendisine atfettiği işlevleri yerine getirmek için - en azından asgari ölçüde uygun olmayan bir markanın - "uygun" kullanımının olmayacağını da ekleyebilirim.
60. Bu tür bir "nesnel uygunluk", yalnızca değerlendirmesi ulusal mahkemenin meselesi olan her bir davadaki koşullara atıfta bulunularak belirlenebilir.³⁵ Yine de, bu değerlendirmeyi yapmak için rehberlik yoluyla bazı kriterler önerebilirim.
61. Mal veya hizmet piyasaya sürülecekse, "ciddi kullanım" paradigması, bunların ticari marka altında satışı veya tedarikidir. Markanın ticari kullanımının ötesinde "uygun" ve "ciddi" kabul edilebileceği nokta, doğrudan *mal türü veya hizmet kategorisi* ile ilgilidir. Komisyon'un yazılı gözlemlerinde de belirttiği gibi, sınırlı dağılıma sahip lüks mallar ile ilgili olarak istihdam edilen bir markanın gerektirdiği kullanım derecesi, toplu tüketim malları ile ilgili olarak istihdam edilen bir marka ile aynı olamaz.
62. Her halükarda, marka altında gerçekleştirilen işlemlerin hacmine veya sıklıklarına bakılmaksızın, *kullanım tutarlı olmalı* ve münferit veya ara sıra olmamalıdır.

³⁵ Bir ticari markanın kullanılıp kullanılmadığı, ispat kurallarına göre belirlenmesi gereken bir gerçek sorunsalıdır. Bu hususta, Topluluk ticari markasıyla alakalı Konsey Tüzüğü (AT) 40/94'ü uygulayan 13 Aralık 1995 tarih ve (AT) 2868/95 sayılı Komisyon Tüzüğü'nün 22(2) Kuralı (OJ 1995 L 303, s. 1) "muhalif markanın tescil edildiği mal ve hizmetlere ilişkin kullanım yeri, zamanı, kapsamı ve niteliğine ilişkin göstergelerden" oluştuğunu beyan eder ve 22(3) sayılı kural kanıtın prensip olarak "paketler, etiketler, fiyat listeleri, kataloglar, faturalar, fotoğraflar, gazete ilanları ve yazılı bildirimler gibi destekleyici belgeler ve maddeleri de" içinde bulundurduğunu ekler.

63. Mal veya hizmetin niteliği nasıl konuyla alakalı ise, *ilgili pazarın yapısı ve sınırları ile ortalama tüketicinin söz konusu ürün veya hizmete ilişkin algısı* da öyledir.
64. Daha önce de gözlemediğim gibi, mal sahibi için marka, marka ile mal veya hizmet arasındaki bağlantıyı teşkil eder ve tüketiciler tarafından algılanma biçiminin ve bunun neticesinde mal veya hizmetlerle arasındaki ilişkinin bir sonucu olarak, mal sahibinin kendisini pazara yerleştirdiği aracı temsil eder. Bu nedenle, diğer şeylerin yanı sıra, ürünün niteliğine ve dağıtım kanallarına bağlı olan pazar yapısı, bir ticari markanın gerçekten kullanılıp kullanılmadığını belirlemede çok önemlidir. Şüphesiz, örneğin, yenilebilir konserveler için bir ticari marka kullanmak, elektronik bilgisayar bileşenleri için kullanmaktan tamamen farklıdır. Tüketicilerin bu ürünlerle ilgili algı güçleri arasında da bir karşılaştırma yapılamaz. İşaretin işlevini yerine getirebilmesi için kullanım türleri aralığı her durumda çok farklıdır.
65. Bununla birlikte, bir ticari markanın kullanımının hangi noktadan itibaren ciddi olarak sınıflandırılabilceğini belirlenmesi açısından, bir mal sahibinin işletmesinin büyüklüğü önemsizdir. Ayırt edici işaretlerin, işletmenin geri kalan varlıklarından ayrı bağımsız bir ömrü olmadığı ancak bu varlıklarla birlikte devredilebildiği geçmişte bir etkeni. Artık durum böyle değil³⁶; bir dereceye kadar, ticari marka, onu doğrudan kullanabilecek sahibinden ayrı olarak “kendine ait bir hayat” edinir; ancak üçüncü bir şahsın, sahibinin rızasıyla markayı kullanmasını engelleyecek hiçbir durum yoktur.³⁷
66. Eğer kullanımın ciddi olması için, markanın tanımladığı mal veya hizmetler için piyasada bir açıklık oluşturmaya yönelik olması gerekiyorsa, kullanım yoğunluğu, daha önce de söylediğim gibi, markayı kullansa da kullanmasa da işletmenin büyüklüğüne bağlı

³⁶ Örnek olarak, Topluluk Ticari Marka Tüzüğü'nün 17. Maddesi, bir ticari markanın, işletmenin diğer varlıklarının satışından bağımsız olarak devredilmesine müsaade etmektedir.

³⁷ Direktif'in 10(3) maddesine bakınız. Bu ilke, bu koşulun kapsamını açıkça belirtmez. Bir lisans sahibi tarafından nerede kullanıldığı açık bir şekilde ifade edilmeli mi yoksa sadece hoşgörü göstermek yeterli midir? Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşmasının 19(2) maddesi, “sahibinin kontrolüne bağlı” kullanımından bahseder.

değil, mal veya hizmetin niteliğine ve ilgili pazarın yapısına ve büyüklüğüne bağlı olacaktır.

67. Küçük bir işletme, yaygın olarak dağıtılan kitlesel tüketim malları için bir ticari markaya sahip olabilir ve markanın kullanma hakkını, daha fazla kaynağa sahip bir işletmeye, devretmeyi gerekli bulabilir. Tam tersine, büyük bir şirket, küçük bir niş pazarda bir ticari markaya sahip olabilir ve bu markanın kullanma hakkını, bu sektörde faaliyet gösteren küçük bir kuruluşa bırakabilir. Bu nedenle, bu kullanımın "ciddi" olarak kabul edilebilmesinde, markanın sahibi olan işletmenin büyüklüğü ile markayı kullanımının uygunluğu arasında bir bağlantı yoktur.
68. Yukarıdaki açıklamalara dayanarak, Adalet Divanı'nın Hoge Raad'ın bahsettiği ilk soruyu aşağıdaki şekilde yanıtlamasını öneriyorum. Yalnızca ticari markanın tescil edildiği biçimde (veya ayırt edici niteliğini değiştirmeyen değişikliklerle) sadece markayı sürdürmek amacıyla değil, markanın tescil edildiği mal ve hizmetler için pazarda bir çıkış noktası oluşturmak amacıyla tutarlı bir şekilde, aleni olarak ve dış dünyada kullanıldığı durumlarda ciddi kullanım söz konusu olabilir. Her bir davanın koşullarını ve özellikle mal veya hizmetin niteliğini, ilgili pazarın yapısını ve sınırlarını ve söz konusu mal veya hizmetin ortalama tüketicisi tarafından markanın algısını dikkate alarak, ticari marka sahibi tarafından yapılan kullanımın bu amacın gerçekleştirilmesine en azından asgari düzeyde uygun olup olmadığını belirlemek ulusal mahkemenin görevidir.

D- "Minimax" Ticari Markasının Kullanımı

69. İkinci sorusuyla Hoge Raad, 2 Mayıs 1989'dan itibaren yangın söndürücüleri ayırt etmek için Ansul'un 052713 sayılı ticari markasını koyduğu kullanımın ciddi kullanım olup olmadığı konusunda rehberlik istiyor. Yukarıdaki 18. paragrafta belirtilen faaliyetlere atıfta bulunuyorum.
70. Bu ikinci sorunun cevabına, ilk soruya önerdiğim cevapta değiniyor. Hoge Raad, Adalet Divanı tarafından kendisine verilen kriterleri uygulayarak, elindeki tüm olayların ışığında ve duruşmada taraflarca sonuç getirmese bile iddia edilenlerle birlikte gereğince karar vermekle görevlidir.

71. Bununla birlikte, bir ticari markanın “ciddi kullanımı” kavramının, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılması gerektiği unutulmamalıdır.

6. Sonuç

Yukarıdaki hususlar göz önüne alındığında, Mahkeme'nin Hoge Raad tarafından yöneltilen soruları aşağıdaki gibi yanıtlamasını öneriyorum:

Sadece, ticari markanın tescil edildiği biçimde (veya ayırt edici niteliğini değiştirmeyen değişikliklerle), yalnızca markayı korumak amacıyla değil, tanımladığı mal ve hizmetler için pazarda bir çıkış noktası oluşturmak için tutarlı bir şekilde, halka açık ve dış dünyada kullanıldığı durumlarla ilgili Üye Devletlerin yasalarını yakınlaştıran İlk Direktif olan 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104/EEC sayılı Konsey Direktifi'nin 12(1) Maddesi anlamında “ciddi kullanım” olabilir.

Ticari marka sahibi tarafından yapılan kullanımın bu amacın gerçekleştirilmesine en azından asgari düzeyde uygun olup olmadığını, her bir davanın koşullarını ve özellikle mal veya hizmetin niteliğini, ilgili pazarın yapısını ve sınırlarını ve söz konusu mal veya hizmetin ortalama tüketicisi tarafından marka algısını dikkate alarak belirlemek görevi ulusal mahkemeye düşer.