



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ

ISSN: 2146-1082 e-ISSN: 2667-5714

Ocak - Haziran 2024 Cilt:15 Sayı:1 / January-June 2024 Vol:15 No:1



Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD

Inonu University Law Review
InULR

Cilt: 15 – Sayı: 1
Ocak – Haziran 2024

Vol: 15 – No: 1
January – June 2024



2010 Yılından itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren HEINONLINE tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren EBSCOhost tarafından taranan dergiler arasındadır.

2018 yılından geçerli olmak üzere INDEX COPERNICUS tarafından taranan dergiler arasındadır.

2017 yılından geçerli olmak üzere INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2019 yılından geçerli olmak üzere DOAJ tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren Cardiff Index to Legal Abbreviations tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ERIHPLUS tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere WorldCat tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile Scilit tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile Google Scholar tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere EuroPub tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren Directory of Research Journals Indexing tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere Crossref tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere Sobiad tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD)

Tüm hakları saklıdır. İnÜHFD hakemli uluslararası bir dergidir. İnÜHFD'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Inonu University Law Review (InULR)

All rights reserved. InULR is a refereed international journal. No parts of the Inonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Inonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Inonu University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Doç. Dr. Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Azim ÖNCÜ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aynaz UĞUR

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Seda BAŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Azer Ebru MUTLU

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Abdulkaki GİYİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDIN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil Editörleri – Foreign Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih ÖZTÜRK

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN

Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN POLAT

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Dr. Arş. Gör. Hilal ALBAL ULAŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rümeyza SAVRAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Ülkü Sümeyye USLU

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Yunus YAVUZ

İnönü Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat BÜYÜKAY

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. İbrahim Numan ERDOĞAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Uzman Erol ŞAHİNGİL

İnönü Üniversitesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın Gülan

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tamer Budak

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Prof. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz S. AYDOS	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Metin Ceylan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Aslıhan KAYIK AYDINALP	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ	Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERDİNÇ TAVİL	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç bir ay öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayımlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:




Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

DIJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN SUNULMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERDE GÜNCELLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ <i>UPDATE OBLIGATION UNDER CONTRACTS FOR SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND SERVICES</i> Işık Aslı HAN	1-14
ADİ ORTAKLIĞIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİNDE ORTAKLIĞIN TEMSİLİ VE ARABULUCULUĞA BAŞVURU <i>REPRESENTATION OF THE ORDINARY PARTNERSHIP IN ITS RELATIONSHIP WITH THIRD PARTIES AND APPLICATION TO MEDIATION</i> Ekrem SOLAK - Aytuğ Ceyhun ÇAKIR	15-28
GENEL SAĞLIK SİGORTASINDA YERSİZ ÖDEMELERİN İADESİ <i>RECALLING OF INAPPROPRIATE PAYMENTS IN GENERAL HEALTH INSURANCE</i> Şükriye Esra BAŞKAN	29-41
SİYASİ İDEOLOJİLERİN HÜRRİYETE KARŞI SUÇLARA ETKİSİ <i>THE EFFECT OF POLITICAL IDEOLOGIES ON CRIMES AGAINST FREEDOM</i> Alaaddin EGEMENOĞLU	42-53
2010 TARİHLİ TEHLİKELİ VE ZARARLI MADDELERİN DENİZ YOLUYLA TAŞINMASINA İLİŞKİN ZARARLARIN SORUMLULUĞU VE TAZMİNİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME (2010 HNS) ÜZERİNE BİR İNCELEME <i>AN OVERVIEW OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON LIABILITY AND COMPENSATION FOR DAMAGE IN CONNECTION WITH THE CARRIAGE OF HAZARDOUS AND NOXIOUS SUBSTANCES BY SEA, 2010</i> İzel VARAN SAMUT	54-68
VERGİ MÜKELLEFİNİN İTİBARININ UNUTULMA HAKKI KAPSAMINDA KORUNMASI <i>EXAMINING THE REPUTATION OF THE TAXPAYER WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN</i> Arzu KALYON	69-80
BORÇLANMAYA DAYALI KİTLE FONLAMASININ FİNANSMAN HUKUKU VE MALİ HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>REVIEW ON LENDING BASED CROWDFUNDING FROM THE PERSPECTIVE OF FINANCE LAW AND FISCAL LAW</i> Zeynep MÜFTÜOĞLU	81-100
2024 YILI ARABULUCULUK ASGARİ ÜCRET TARİFESİNİN BERABERİNDE GETİRDİĞİ YENİLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>EVALUATION OF THE NEW REGULATIONS BROUGHT BY THE 2024 MEDIATION MINIMUM WAGE TARIFF</i> Abdülhamit YILMAZ	101-115
UMUMİ HAYATA MÜESSİR HEYELAN RİSKİ NEDENİYLE AFETE MARUZ BÖLGE UYGULAMASI BAKIMINDAN İDARİ KOLLUK FAALİYETLERİ VE İDARENİN HİZMET KUSURU <i>ADMINISTRATIVE LAW ENFORCEMENT ACTIVITIES AND SERVICE DEFECT OF THE ADMINISTRATION IN TERMS OF AREA APPLICATION EXPOSED TO DISASTER DUE TO LANDSLIDE RISK AFFECTING PUBLIC LIFE</i> Gonca KOZANOĞLU	116-130
ORGANİZE SANAYİ BÖLGESİNDE BORÇLUYA AİT OLAN ARSA TAHSİS HAKKININ HACZİ VE PARAYA ÇEVRİLMESİ <i>SEQUESTRATION AND MONETISATION OF THE LAND ALLOCATION RIGHT BELONGING TO THE DEBTOR IN THE ORGANISED INDUSTRIAL ZONE</i> Süleyman TOPAK	131-144
ARABULUCU SÖZLEŞMELERİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ NİTELİĞİNDE OLUP OLAMAYACAĞI SORUNU <i>THE QUESTION OF WHETHER MEDIATOR AGREEMENTS CAN BE CONSIDERED AS CONSUMER TRANSACTIONS</i> H. Kübra Ercoşkun Şenol	145-158

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARI VERİLMESİNİN ŞARTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE KARARIN UYGULANMASINA İLİŞKİN REFORM ÖNERİLERİ <i>EVALUATION OF THE CONDITIONS FOR THE DECISION TO SUSPENSION THE EXECUTION AND REFORM PROPOSALS RELATED TO THE IMPLEMENTATION OF THE DECISION</i> Elif BAYDEMİR	159-173
KIYMETLİ EVRAKTA İŞ ve TATİL GÜNLERİ <i>BUSINESS DAY AND HOLIDAYS IN NEGOTIABLE INSTRUMENTS LAW</i> Ozan CAN - Ayşe ÇAKIR	174-183
SİYASİ PARTİLERE DEVLET YARDIMI: TÜRKİYE ÖRNEĞİ <i>STATE AID TO POLITICAL PARTIES: THE CASE OF TURKEY</i> Şahap KAYMAK - Ömer KESKİNSOY	184-200
YÜKSEK ENFLASYON DÖNEMİNDE İŞÇİ ALACAKLARI VE AŞKIN (MUNZAM) ZARAR <i>EMPLOYEE RECEIVABLES AND COLLATERAL (FURTHER) DAMAGES IN HIGH INFLATION PERIODS</i> Göksun Çağlar ÇOPUROĞLU	201-213
FELSEFİ ANLATILARIN HUKUK EĞİTİMİNDEKİ YERİ - PLATON'UN MAĞARA ALEGORİSİ ÖRNEĞİ <i>PHILOSOPHICAL NARRATIVES IN LEGAL EDUCATION - EXAMPLE OF PLATO'S ALLEGORY OF THE CAVE</i> Zeynep İSPİR	214-226
ORTAK VASİYETNAMENİN GEÇERLİLİĞİ <i>VALIDITY OF A JOINT WILL</i> Yasemin DURAK	227-237
FIRSATÇI DAVRANIŞLARA KONU OLAN UYARLAMA KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ <i>OPPORTUNISTIC BEHAVIOR IN ADJUSTMENT CLAUSES</i> Hale ŞAHİN	238-252
İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA KÜÇÜK ÇOCUKLARIN İRTİDADI <i>APOSTASY OF YOUNG CHILDREN IN ISLAMIC-OTTOMAN LAW</i> Abdussamed ATASOY	253-266
YARGI KARARLARI IŞIĞINDA MARKANIN CİDDİ KULLANIMI <i>GENUINE USE OF TRADEMARK IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS</i> Gül BÜYÜKKILIÇ	267-277

**DİJİTAL İÇERİK VE HİZMETLERİN SUNULMASINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERDE
GÜNCELLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ****UPDATE OBLIGATION UNDER CONTRACTS FOR SUPPLY OF DIGITAL CONTENT AND
SERVICES**Işık Aslı HAN*  10.21492/inuhfd.1345337 **Makale Bilgi**Gönderi: 17/08/2023
Kabul : 14/11/2023**Anahtar Kelimeler***Dijital İçerik ve Hizmetler,
Güncelleme Yükümlülüğü,
Sözleşmeye Uygunluk,
Satıcının Rücu İmkani.***Özet**

Gelişen teknoloji ve pazardaki yoğun rekabetin etkisiyle dijital ürünler hızla güncelliğini ve kullanım yararını kaybetmektedir. Üstelik tüketiciler temin ettikleri dijital ürünün gelecekte kullanım beklentilerini karşılayıp karşılayamayacağı noktasında sözleşme kurulduğu anda bilinçli bir tercih yapamazken, sektörel rekabetin düzeyi ve teknolojinin gelecek yıllardaki görünümünü hakkında bilgiye dayalı tahminlerde bulunabilen üreticiler kâr payını arttırmak pahasına güncelleme desteğini -en iyi ihtimalle- kademeli olarak azaltarak ürünün kullanım yararının zedelenmesine neden olmaktadır. Bu nedenle dijital ürünlerin bir yandan zaman içinde teknolojik gelişmelere uyum sağlayabilmesi ve tüketicinin makul beklentilerinin korunabilmesi diğer yandan ise güvenlik açıklarına karşı tüketicilerin verilerinin korunabilmesi için öngörülen güncelleme yükümlülüğü, yeni Avrupa Birliği tüketici hukuku mevzuatında 2019/770 ve 2019/771 sayılı Direktiflerin hukuk çevresi açısından nötr kelime seçimiyle sözleşmeye uygunluk (*conformity*), yani Romanogermanik hukuk terminolojisiyle ayıba karşı tekeffül (*Mängelgewährleistung*) sorumluluğu kapsamında düzenlenmiştir. Bu kapsamda sözleşme tarafı girişimci, dijital içerik veya hizmeti geliştiren üretici olsun veya olmasın, dijital ürün üzerinde gerekli güncellemelerin yapılmamasından sorumlu tutulmuştur. Çalışmada güncelleme yükümlülüğünün tüketici ve dijital ürün pazarının diğer aktörleri arasındaki bilgi ve güç asimetrisini giderme fonksiyonu, taraflar arasındaki menfaat dengesi ışığında güncelleme yükümlülüğünün kapsamı ve ihlalin sonuçları önce yeni Avrupa Birliği mevzuatı ışığında incelenecektir. Bunu takiben, dijital ürünlerin sunulmasına ilişkin özel hükümlerin bulunmadığı Türk hukukunda, güncelleme yükümlülüğünün tüketicilere sağladığı hukuki korumanın, açık bir düzenleme ile öngörülene dek başka hangi hukuki dayanaklarla sağlanabileceği ve buna bağlı olarak ihlalin sonuçları, Avrupa Birliği mevzuatında ilgili hükümlere getirilen eleştiriler (özellikle güncelleme yükümlülüğünün esas muhatabı ve sorumlunun farklı kişiler olduğu hallerde tüketicinin sahip olduğu hukuki imkanlar ve tedarik zinciri içindeki rücu mekanizmasının işlevsel olup olmadığı noktalarında) ışığında incelenecektir.

Article InfoReceived: 17/08/2023
Accepted: 14/11/2023**Keywords***Digital Content and Services,
Update Obligation,
Conformity to Contract,
Seller's Redress.***Abstract**

Along with the developing technology and immense competition in the market, digital products are rapidly losing their currency and usefulness. Moreover, while consumers cannot make a conscious choice at the time of the conclusion of the contract as to whether the digital product will meet their expectations for future use, producers, who can make informed predictions about the level of sectoral competition and the outlook of technology in the coming years, gradually reduce the update support to incite consumers to buy new version of the product. Therefore, the obligation to update is regulated in the new European Union consumer law legislation, to adapt to technological developments, protect the reasonable expectations of the consumer and the data of consumers against security vulnerabilities within requirement of the conformity to contract under the Directives 2019/770 and 2019/771. In this vein, the contracting party is held responsible for the failure to update the digital product, regardless of whether the producer is a third party. In this study, the function and the extent of the update obligation as well as the consequences of its breach will be examined in the light of the new EU Directives. Subsequently, it will be perused whether the legal protection provided to consumers by the update obligation can be achieved in Turkish law with the existing legal rules and concepts until a law amendment. In this regard, the critics of the relevant provisions in the European Union legislation, in particular the remedies of the consumer in cases where the main addressee of the update obligation and the responsible contracting party are different legal persons and whether the recourse mechanism within the supply chain is functional, will also be addressed and efforts will be made to overcome those.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör., Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** HAN, Işık Aslı, "Dijital İçerik ve Hizmetlerin Sunulmasına İlişkin Sözleşmelerde Güncelleme Yükümlülüğü", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.1-14. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

When purchasing a digital product, consumers think that they make a decision in accordance with their needs and expectations, considering state-of-the-art technology. However, only the producer of the digital product knows whether the technology of the product will be able to meet the needs of the consumer in the coming years. Although producers provided update support to digital products before the entry into force of the Directives, the underlying reason for this is not the interest of the consumer's use; but to prevent possible losses that may arise due to the filing of lawsuits, especially in cases such as security vulnerabilities. Aiming to make consumer law digital proof, Directives 2019/770 and 2019/771 have introduced a new warranty liability regime including liability in case of non-supplying adequate updates to keep the digital product useable and safe for an adequate time after the initial supply. Eventually, update obligation introduced by Directive 2019/770 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services and Directive 2019/771 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods has brought a strict liability regime affecting the entire digital product market, including manufacturers, distributors and independent entrepreneurs, in order to protect the consumer's legitimate expectations from the contract.

While Directive 2019/770 regulates contracts for the provision of digital content and services, Directive 2019/771 contains new provisions on the sale of movable goods with digital elements. The Directives introduce regulations on many issues including the rights and obligations of the contracting parties, the objective and subjective conformity of the digital product to the contract and the rights of the consumer in case of non-conformity with the contract, consumer's provision of her personal data instead of paying a sum of money as a counter performance under, and the trader's right of redress against the producer. However, the most innovative regulation of the Directives is the obligation to update digital products, which is essentially imposed on the producer, yet also holds the trader responsible where the digital product is supplied by an entrepreneur other than the manufacturer. Therefore, in the first step, the trader offering the digital product directly within his own commercial organisation is held liable and in the second step, she is entitled to pursue remedies against the person in her own chain of contract(s).

As is known, there are no special provisions in Turkish Law regulating contracts for the provision of digital content and services. In this regard, a dispute that may arise could be resolved through general provisions or special provisions to be applied by analogy. Comparing with German law prior to the transposition of the Directive into the BGB, legal practice used to recourse to an "end-user license agreement" (*Endnutzertizenzvertrag* or *EULA* for short), which is formed on the basis of the transfer of use of copyright right to the end-user for a period of time or indefinitely, and it was accepted that in the absence of a special provision, the regulations regarding the sales contract would be applied by analogy, especially in the context of defect (*Rechtsmängel*). Thereby, the regulations on the sales contract may be considered to be applicable by analogy in Turkish law as well. However, in cases where a contracting party undertakes the realization of a result (*obligation de resultat*), the existence of the defect is evaluated based on the moment of transfer of risk (*Gefahrübergang*). If the digital product is supplied for a certain time, it is argued that there is a continuous performance, and the provisions regarding the defective lease after the delivery of the leased property in the lease agreement may apply.

In the light of these explanations, our study evaluates whether the update obligation can be legally recognized on another theoretical basis in Turkish law in terms of contracts in which digital products are offered, and how the consumer protection provided by the update obligation can be effectively operated until our consumer law is harmonized with the digital age. Regardless of the type of contract, contracts for the supply of digital products, are contracts whose subject matter is a digital product. Therefore, as a rule, the provisions on liability for defects, which are regulated for the type of contract with the certain contract types and which are the equivalent of the Directives' concept of 'compliance with the contract' in the Romanogermanic systems, apply. However, two problems may arise in this regard.

First, the existence of the defect and the legal remedies provided thereby may not be suitable for the nature of digital products. Second, the defect provisions may not be foreseen for that type of contract or its conditions may not be realized. This problem arises especially in cases where the performance is owed as a result of the performance (*obligation de resultat*), since existence of the defect is determined according to the moment of transfer of risk (*Gefahrübergang*). In such contracts, it should be examined which regulations of the breach of obligation system may be applicable. In this regard, it is perused whether the update obligation can be recognized as a continuing ancillary obligation (*nachwirkende Nebenpflicht*) arising from the principle of good faith and liability regime for defect could be applied by analogy. The main legal issue hereby addressed is whether the contracting parties have obligations towards each other after the performance of primary obligations arising from the contract. In our opinion, the update obligation is an ancillary obligation (*Nebenpflicht*) (*devo accessoire*) that protects the purpose of the contract and the consumer's reasonable expectations from the digital product. On the other hand, update obligation is an obligation whose effect continues after the performance of the contract (*nachwirkende Pflicht*). The legitimate and reasonable expectation of consumer, that she will be able to use the digital product supplied by the entrepreneur for a reasonable period of time in the future without compromising its performance and intended use, is worthy of legal protection.

In the light of the above explanations, a positive breach of contract (*positive Vertragsverletzung*) arises in the event of a breach of the update obligation. However, it is controversial whether Art. 112 of the Turkish Code of Obligations will be applied directly or by analogy in the event of a positive breach of obligation. Considering that the positive breach of contract is a broad group that covers a wide range of breaches of obligation and that there is essentially a legal gap in the Code, we suggest that Art. 112 ff as well as the special provisions of the TCO may apply by analogy. Therefore, the legal remedies for the liability for defective performance and particularly Art. 305 of the TCO on the subsequent defect of the leased thing can be applied in the case of digital products offered to the use of the consumer for an indefinite or a certain period of time. However, fault of the breaching party may still be required, since the strict liability is exceptional in liability law.

If the digital product or movable with digital element is offered by an entrepreneur other than the producer of the digital product, the person to provide updates is not the contracting party. However, the consumer may apply to the producer under the user account agreement that has been opened by the consumer to use the digital product.

I. GİRİŞ

Günümüzde fiziksel nesnelerin ortak bir sanal ağ üzerinden birbirine bağlandığı nesnelerin internetine (*internet of things*) konseptine dayalı mal ve hizmetler, günümüzün ekonomik ilişkilerini ve sosyal alışkanlıklarını yoğun olarak etkilemekte ve reel sektörlerin gelişimine yön vermektedir. Dijital ürünler ve dijital unsur sayesinde istifade edilen fiziki ürünler; gündelik hayatımızda tüketicilere sunulan, kullanıcı dostu ve günlük hayat deneyimlerini iyileştirici mal ve hizmetler olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüketici, dijital ürünü¹ veya dijital unsur içeren ürünü satın aldığı anda o dönemki teknolojik koşullar ışığında ihtiyaçlarına ve beklentilerine uygun bir karar vererek tercih yaptığını düşünür². Oysa ürünün teknolojisinin ileriki yıllarda tüketicinin ihtiyaçlarını ve güvenlik gereksinimlerini karşılayıp karşılayamayacağını öngörebilecek, buna yönelik makul tahminlerde bulunabilecek ve teknik iyileştirmeleri ve planlı güncellemeleri geliştirebilecek konumda olan sadece dijital ürünün üreticisidir. Bu nedenle burada, sözleşme kurulduğu anda potansiyel olarak var olan ancak etkisini sözleşmenin ifasını takiben gösteren bir bilgi asimetrisi bulunur³. Davranışsal ekonomiyle sıkı ilişki içinde olan bir kavram olarak bilgi asimetrisinin sözleşme hukukuna etkisi ise şu noktada kendisini gösterir: Kişilerin sınırlı farkındalık seviyesi, kısa dönemi düşünerek karar vermesi, optimist yanılgılara kapılması gibi nedenler bilinçli bir iradeyle işlem yapabilmeye yeteneklerini zedelemektedir⁴. İradeyi ve karar verme yeteneğini etkileyen bu zayıflık, özellikle uzmanlık ve pazar bilgisinin doğrudan veya dolaylı olarak önem arz ettiği sözleşme ilişkilerinde taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin de etkisiyle sözleşmeyi mevcut şartlarda yapma kararını önemli ölçüde etkilemektedir.

Diğer yandan, üreticiler açısından, uzun vadede karlılık sağlanmasında tüketicileri yeniden tüketim yöneltmek ve yeni ürünlerin geliştirilmesine yoğunlaşmak, hâlihazırda tüketicilere sunulmuş ürünlerin güncel teknolojik gelişmelere cevap verip vermediğine yeterli önemi vermeye nazaran daha makul bir ticari tercihtir. Ancak, örneğin tüketiciye sunulan bir akıllı cihazın işletim sistemi yazılımı üzerinde bir süre sonra güncelleme desteği sunulmasına son verilmesi, pratikte bu ürünün kullanılabilirliğini önemli ölçüde azaltmakta, özellikle güvenlik açıklarının giderilmemesi ise kullanıcının kişisel verilerinin güvenliğini tehlikeye atmaktadır. Sektörel rekabetin düzeyi ve sektörün gelecek yıllardaki görünümü hakkında bilgiye dayalı tahminlerde bulunabilen üretici, güncelleme ve güvenlik desteğini, -en iyi ihtimalle- kademeli olarak azaltarak tüketicinin üründen doğan beklentilerinin zedelenmesine neden olmaktadır. Bu nedenle, fiziki varlığı olmasa da dijital içerik ve hizmetlerin sunulması açısından da kullanım verimliliğini veya süresini azaltan, planlı eskitme⁵ teşkil eden bir durum söz konusudur. Bu konuda yakın geçmişte en çok ses getiren olaylardan biri teknoloji firması Apple'ın bir akıllı telefon modelini ilgilendiren bir teknolojik skandaldır. 2016-2017 yıllarında Apple'ın iPhone 6 ve 7 serilerinde işlemcileri ve dolayısıyla cihaz performansını yavaşlatmasının⁶, planlı eskitme olduğu iddia edilmiş ve Apple'a karşı art arda topluluk davaları açılmıştır⁷.

Hukuk düzeni ise ekseriyetle tüketici işlemleri bağlamında bu güç dengesizliğini giderecek veya etkisini azaltacak hukuki mekanizmalar öngörmektedir. Bunlardan en önemlileri ise güçlü konumdaki sözleşen açısından yasal bilgilendirme yükümlülükleri ile yasal garanti sorumluluklarının öngörülmesidir⁸. Direktifler öncesi dönemde de üreticiler dijital ürünlere fiilen ve düzensiz de olsa güncelleme desteği sunmaktaydı. Ancak bunun arkasında yatan sebep, tüketicinin kullanım yararı değil; özellikle güvenlik açıkları gibi hallerde üreticiye karşı tazminat davaları açılması nedeniyle doğabilecek olası kayıpların önlenmesiydi⁹. Bu kapsamda tüketici hukukunu dijital çağa ayak uydurmak için kabul edilen 2019/770 ve 2019/771 sayılı Direktifler ile gerçek anlamıyla yeni bir yasal garanti sorumluluğu rejimi getirilmiştir. 2019/770 sayılı Direktif ile dijital içerik ve hizmetlerin sunulmasına ilişkin sözleşmeler ve 2019/771 sayılı Direktif ile dijital unsur içeren taşınır konuları konu alan satım sözleşmelerinde gündeme gelen güncelleme yükümlülüğü, sözleşmeye uygunluk (*conformity*) çatısı altında bilgi asimetrisi ve güç dengesizliği

¹ Çalışmada “dijital içerik ve hizmet” söz öbeğini ifade etmek yerine, Alman kanun koyucunun BGB §§ 327-327s hükümlerinde kullandığı gibi, kısaca “dijital ürün” ifadesi kullanılmıştır.

² EGGEN, Mirjam: “Digitale Inhalte und Dienstleistungen”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 4, 2021, s.480.

³ Specht-Riemenschneider/Mehnert de dijital içerik ve hizmetler bağlamında güncelleme yükümlülüğünün, kamu hukuku bağlamında sürdürülebilirlik politikaları, özel hukuk bağlamında ise kullanıcının rasyonel karar alamaması ve bilgi asimetrisi bağlamında ele almaktadır, bkz. SPECHT-RİEMENSCHNEIDER, Louisa/MEHNERT, Victor: “Updates und das „Recht auf Reparatur“, zum Zusammenspiel vertragsrechtlicher Aktualisierungspflichten und der Ökodesign-Richtlinie”, ZfDR, 4, 2022, s.326.

⁴ JOLLS, Christine/SUNSTEIN Cass R./THALER, Richard: “A Behavioral Approach to Law and Economics”, Stanford Law Review, 50, 1998, s.1476-1479.

⁵ teknolojik eskitme, ürünün “kullanım değerini etkileyerek temel değerini azaltmaya yönelik yönlendirme” olarak tanımlanmaktadır, bkz. ŞİT İMAMOĞLU, Başak: Planlı eskitme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2020, s.25.

⁶ <https://www.theguardian.com/technology/2017/dec/19/apple-iphone-reduce-speed-old-batteries>

⁷ California Eyaletinde açılan davada Apple her kullanıcıya en az 25 Amerikan Doları olmak üzere 500 milyon Amerikan Doları tutarında tazminat ödemeye ödemek üzere sulh yoluna gitmiştir, bkz. <https://www.theverge.com/2020/3/2/21161271/apple-settlement-500-million-throttling-batterygate-class-action-lawsuit> Ayrıca tüketicinin planlı eskitmeye karşı özel yasal düzenlemeler ile korunduğu Fransa’da ise 25 milyon Avro tutarında idari para cezası kesilmiştir, bkz. <https://www.cnet.com/tech/mobile/france-hits-apple-with-27m-fine-for-slowing-down-old-iphones/>

⁸ Krş. FLEISCHER, Holger: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Rechtswerte und Grezen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten, Verlag C.H. Beck, München 2001, s.131.

⁹ Aynı doğrultuda COLOMBI CIACCHI, Aurelia/VAN SCHAGEN, Esther: “Conformity under the Draft Digital Content Directive”, in Schulze, Reiner/Staudenmeyer, Dirk/Lohsse, Sebastian (ed.), Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II, Nomos, Baden-Baden 2017, s.108.

giderilerek tüketicinin sözleşmeden beklentisi ve ürünün kullanım yararının korunabilmesi için üretici, dağıtıcı ve bağımsız girişimciler dahil bütün dijital ürün pazarını etkileyen bir garanti sorumluluğunu tesis etmeyi amaçlamıştır. Diğer yandan, özel hukuk ve tüketicinin korunması bakımından doğrudan etkili olmamakla beraber 2023 yılı içinde yürürlüğe giren Dijital Hizmetler Yasası (Digital Services Act) ve Dijital Pazarlar Yasası (Digital Markets Act) da dijital ürünlerin sunulduğu piyasaların regüle edilerek Avrupa Ortak Pazarında inovasyon, rekabet ve şeffaflığın sağlanmasını hedeflemektedir.

II. Direktiflerin Sunduğu Bölünmüş Yapının Genel Açıklaması

Dijital ürünlerin arz ettiği kendilerine özgü özellikler nedeniyle mevcut tüketici mevzuatının, tüketiciyi yeteri kadar koruyamaması karşısında, Avrupa Birliği Parlamentosunda kabul edilen 20 Mayıs 2019 tarihli ve 2019/770 sayılı Dijital İçerik ve Hizmetlerin Sağlanmasına Yönelik Sözleşmelere İlişkin Bazı Hususlar Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi¹⁰ ve 20 Mayıs 2019 tarihli ve 2019/771 sayılı Taşınırların Satımına İlişkin Sözleşmelere İlişkin Bazı Hususlar Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi¹¹ ile kabul edilmiştir. 2019/771 sayılı Direktif m.3(3) uyarınca bir taşınır malın bir dijital içerik veya dijital hizmet içermesi ya da bunlarla birleştirilmesi halinde, dijital içerik veya hizmetin sağlayıcısı bir üçüncü kişi olsa dahi 2019/771 sayılı Direktif uygulanır. Avrupa Birliği mevzuatının kodifikasyonuna ilişkin genel bir özellik olarak tüketici hukukunu modernize etmeyi hedefleyen bu iki Direktif, ilk bakışta bölünmüş bir yapı sunmaktadır. Güncelleme yükümlülüğünün her iki Direktif'te de düzenlenmiş olması itibarıyla Direktiflerin genel özellikleri ve konu bakımından uygulama alanları hakkında kısa bir açıklama yapılmasını elzem görmekteyiz.

2019/771 sayılı Direktifte satış sözleşmesi düzenlenmiş olsa da 2019/770 sayılı Direktif uygulama alanı itibarıyla sözleşme türü bakımından bir sınırlama getirmemektedir. Anılan son Direktif, asli edimleri ve karakteristik unsurlarıyla öngörülen isimli sözleşme niteliğinde değildir; konusu dijital içerik ve hizmetler olan bütün sözleşme tipleri bakımından, özellikle anılan karakteristik edimin ifası açısından özel düzenlemeler içermektedir.¹² İkinci olarak, 2019/770 sayılı Direktif, sözleşme hukukundaki klasik taşınır mal (*Waren*) ve iş görme edimi (*Leistung*) ayrımına¹³ ya da dijital içerik ve ürünün kesin surette bir seferliğine mi sürekli edim mi olduğuna dayalı bir sistemi esas almamış¹⁴; sözleşme konusu bakımından tüketici mevzuatına benzer bir kapsam belirlemiştir.

Direktiflerin konu bakımından uygulama alanlarının sınırlanması, oldukça hassas bir nokta teşkil etmektedir. Direktiflerin konu bakımından kapsamının kesiştiği nokta ise kısaca şu şekilde açıklanabilir: 2019/770 sayılı Direktif dijital içerik ve hizmetlerin sunulduğu sözleşmeleri düzenlerken, 2019/771 sayılı Direktifin dijital unsur ihtiva eden taşınır malların (*goods with digital elements*) satımına ilişkin yeni düzenlemeler içerir.¹⁵

Direktiflerin yürürlüğe girmesinin ardından üye ülkelere tanınan süre içinde, Avrupa Birliği üyesi birçok ülkede direktiflerin getirdiği yeni düzenlemeler, tüketici kanunları ya da borçlar kanunlarına entegre edilerek iç hukuk kapsamına alınmıştır. Örneğin; 2019/770 sayılı Direktifin Fransız Hukukuna iktibası, 2021-1247 sayılı Karar ile Fransız Tüketici Kanununa eklenerek 1 Ocak 2022 tarihinde yürürlüğe giren L224-25-12 ve L224-25-32 arasındaki düzenlemelerle gerçekleşmiştir. Almanya Federal Cumhuriyetinde ise yine 1 Ocak 2022'de yürürlüğe giren BGB § 327 vd. hükümleriyle Alman Medeni Kanununa eklenmiştir.

Direktifler; sözleşme konusunun bir tür dijital içerik ya da hizmet olduğu hallerde sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleri, dijital ürünün objektif ve sübjektif olarak sözleşmeye uygunluğu ve sözleşmeye uygun olmaması halinde tüketicinin sahip olduğu haklar, sözleşme kapsamında tüketicinin karşı edim olarak bir miktar para ödemek yerine kişisel verilerini sunması, dijital içerik ya da hizmeti sunan tarafın

¹⁰ Dijital içerik, dijital olarak üretilen ve sunulan veriler (Direktif m.2/1); dijital hizmet ise tüketiciye dijital olarak veri üretilmesi, işlenmesi, depolanması ya da erişim sağlanmasına imkân sağlayan hizmetler ile verilerin tüketici ya da hizmetin diğer kullanıcıları tarafından dijital olarak yüklenmesi veya üretilmesi paylaşılması veya diğer şekillerde etkileşimini sağlayan hizmetler (Direktif m.2/2) olarak tanımlanmaktadır. Dijital içeriklere örnek olarak bilgisayar programları, akıllı cihaz uygulamaları, video dosyaları, ses kaydı dosyaları, müzik dosyaları, dijital oyunlar, elektronik kitaplar ve elektronik yayımlar; dijital hizmetlere ise görüntü ve ses paylaşımı veya bulut bilişim üzerinden yazı işleme ya da oyun hizmeti sunan yazılımları, sosyal medya hizmetleri sayılmıştır (Direktif p. 19). Bu tanımlardan dijital içerik ve dijital hizmetler arasında kesin bir ayrım getirilmediği; dijital hizmetlerin daha kapsayıcı bir şekilde tüketicilere sunulmuş, dijital olarak üretilen ve işlenen verileri kapsamına alan geniş bir ifadeyle tanımlandığı belirtilmektedir, bkz. EGGEN, s.477.

¹¹ 2019/771 sayılı Direktif m.2(5) uyarınca Direktif'in konu bakımından uygulama alanına girecek taşınır satıları, (a) bendine göre sınırlı hacimde ve sayıda satıma sunuldukları ölçüde su, doğal gaz, elektrik de dahil olmak üzere bütün taşınır eşyalar ve (b) bendine göre bir dijital içerik veya hizmet olmaksızın fonksiyon gösteremeyecek şekilde dijital içerik veya hizmet ihtiva eden ya da bağlantılı halde sunulan bütün taşınır mallara uygulanır.

¹² METZGER, Axel: BGB § 327, Münchener Kommentar zum BGB, Band 3 (MüKoBGB/Metzger BGB § 327), 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2022, n.2.

¹³ EGGEN, s.478.

¹⁴ METZGER, Axel: "Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?", Juristen Zeitung, 74, 2019, s.577.

¹⁵ 2019/770 sayılı Direktif, Dibace para. 21. Konu hakkında ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. KURTULAN GÜNER, Gökçe/ATAMER, Yeşim: "Avrupa Birliği Tüketici Hukukunda Yeni Bir Ayrım: Dijital İçerik ve Hizmetler ile Dijital Unsurlu Mallar", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXXVIII(4), 2022, s.641-649. Bu noktada, her iki Direktifi eş zamanlı olarak hazırlayan Avrupa Birliği kanun koyucusu, dijital unsurlu taşınır malı konu alan bir sözleşmenin tespiti açısından fonksiyonel ve sözleşmesel kriteri esas almıştır. Bu kapsamda satılan taşınırın, dijital unsur olmadan işlev gösterip göstermediği ve dijital unsurlu satış sözleşmesine konu olan taşınır ile aynı sözleşmenin konusu olup olmadığı olguları esas alınır, bkz. bkz. MARTENS, Sebastian A. E.: Schuldrechtsdigitalisierung, Einführung in die Änderungen des Kauf- und Verbraucherrechts, insbesondere in die Regelungen der Verträge über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB), C. H. Beck, München 2022, n.212.

üreticiye karşı sahip olduğu rücu hakkı gibi birçok konuda yeni düzenlemeler getirmektedir. Ancak Direktiflerin en yenilikçi düzenlemesi, yukarıda açıklanan soruna bir çözüm getirmeyi amaçlayarak esasen üreticiye yüklenen ancak dijital ürünün üretici dışında bir girişimciden tedarik edilmesi halinde bu girişimcinin de sorumlu olduğu dijital ürünleri güncelleme yükümlülüğüdür¹⁶. Dijital ürünün günün teknolojik gereksinimlerine uyması ve güvenlik açıklarının giderilmesi için gerekli güncellemelerin yapılması ödevi¹⁷, bilgi asimetrisinin ve taraflar arasındaki güç dengesizliğinin etkisini gidermeye yönelik bir imkân olarak garanti sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda ise ilk adımda dijital ürünü doğrudan sunan (üretici ve üreticinin ürünlerini kendi ticari organizasyonu dahilinde sunan) girişimciye, ikinci adımda ise girişimcinin rücu hakkı üzerine üreticiye olumlu bir davranışta bulunma yükümlülüğü yüklenerek daha etkin bir koruma sağlanması amaçlanmıştır; güncellemeyi yükleyip yüklememe konusundaki tercih ise güncellenmenin amacı ve niteliği hakkında yeterli açıklıkta bilgilendirilmiş tüketiciye tanınmıştır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yakın gelecekte dijital içerik ve hizmetler ile dijital unsurlu taşınırlar açısından uygulanabilecek yegane yasal kurallar bahsi geçen iki Direktif ile sınırlı olmayacaktır. Ürün Sorumluluğu Direktifini dijital çağa adapte etmeyi amaçlayan yeni AB Ürün Sorumluluğu Direktif Tasarısı'nın (*Proposal for a Directive Of the European Parliament and of the Council on Liability for Defective Products*) Tanımlar başlıklı 4. maddesi ile dijital olarak üretilmiş dosyalar ve yazılımlar ürün tanımı (m.4(1)), hizmet sunucular (m.4(16)) ve dijital platformlar (m.4(17)) ile sorumluluğu doğan kişiler çerçevesine alınmıştır.

III. SÖZLEŞMEYE UYGUNLUK KAVRAMI KAPSAMINDA GÜNCELLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Güncelleme Yükümlülüğünün Konusu

Dijital içerik ve hizmetin güncellenmesi, teknik terimlerle açıklanabilecek bir olgu olduğundan kesin ve sınırlayıcı bir tanım vermek güçtür. Ancak güncellenmenin sözleşme konusu dijital ürüne etkisini odağa alarak tanımlamak gerekirse, dijital içerik veya hizmetin sözleşmede kararlaştırılan özellikler (sübjektif uygunluk) ile makul ve objektif olarak beklenen kullanım amacına (objektif uygunluk) uygun şekilde kullanılabilmesi için gerekli iyileştirmeler, düzeltmeler ve bu kapsamda özellikle dijital içerik veya hizmetin dijital dünyanın gereklerine uyması ve güvenlik açıklarının giderilmesi için yapılan ya da yapılması gereken gerekli değişiklikler olarak açıklanabilir¹⁸.

Güncelleme (*update*) kavramına benzer diğer bir kavram ise 2019/770 sayılı Direktif m.19 kapsamında sürekli edim olarak sunulmuş dijital içerik ve hizmette değişiklik (*modification*) yapılmasıdır. Üreticiler kimi zaman farklı zamanlarda dijital ürünü tedarik etmiş tüketicilere farklı sürümler sunmak yerine aynı dijital ürünü sunabilmek için üründe değişiklik yapma yoluna gidebilirler¹⁹. Güncelleme, teknik hataları veya güvenlik açıklarını giderme ya da kullanıcı deneyimini iyileştirmesi amacı taşırken; değişiklik, kural olarak güncellemede gözetilen gereklilik şartını aşacak düzeyde (m.19/1 uyarınca) yeni fonksiyonlar getirerek erişimi ve kullanımı etkilemesi olarak açıklanabilir²⁰. 2019/770 sayılı Direktif m.19(1) uyarınca, sözleşmede buna imkân tanıyan bir gerekçe olması halinde tüketici nezdinde ek bir masrafa sebep olmadan ve tüketicinin açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmesi halinde dijital içerik ve hizmette değişiklik yapılabilir. Aradaki farkın somut kriterlerle ortaya konması güç olsa da güncelleme ve değişiklik arasındaki ayrımın, temelde yapılan değişikliğin etkisine göre yapıldığı söylenebilir. Hukuki açıdan ise, değişiklik, üreticinin tek taraflı iradesiyle sözleşme konusu üzerinde yaptığı teknik değişiklik olup üreticiye bir yükümlülük olarak yüklenmemiştir. Aksine, bazı hallerde tüketici değişiklikten hoşnutsuz olabilir. Örneğin; yeni versiyonun kullanılması akıllı cihazda daha fazla işlemci gücü kullanımı ya da depolama kapasitesi

¹⁶ Aynı doğrultuda bkz. STAUDİNGER, Ansgar/ARZT, Markus: Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, C.H. Beck, München 2022, n.415; WENDEHORST, Christiane: “The Update Obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer” (Update Obligation), in Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmayer, Direk (ed.), Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI, Nomos, Baden-Baden 2022, s.63; WENDEHORST, Christiane: “Die Regelungen des VGG zu digitalen Leistungen unter besonderer Berücksichtigung der Aktualisierungspflichten (Aktualisierungspflicht)”, Das neue Gewährleistungsrecht – und einige weitere Novitäten des GRUG, hrsg. Peter Bydlinski, Verlag Österreich, Wien 2022, s.49; JANSSEN, André: “The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update”, in Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmayer, Direk (ed.), Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI, Nomos, Baden-Baden 2022, s.94.

¹⁷ Güncellemelerin kapsamı ve gerekliliği, temin edile dijital ürünün ileride makul bir süre veya sürekli edim niteliğindeyse kullanım süresi boyunca dijital çevreye ve güvenlik gereksinimlerine uyum göstermesi kriteri ışığında belirlenir, krş. WENDEHORST, Aktualisierungspflicht, s.49; CHEVALLEY, Cyrill A. H./STÖCKLİN, Fabia: “Neue europäische Rechtentwicklungen bei Online-Verbraucherverträgen”, AJP, 7, 2022, s.1072.

¹⁸ SPINDLER, Gerard/ SEIN, Karin: “Die Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte”, MMR 2019, s.489; AXEL METZGER: BGB § 327f (BGB § 327f), Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2022, n.3 ve 5; Güncellemelerin ücret karşılığında sunulabileceği görüşünün Direktif ile çeliştiği hakkında bkz. JANSSEN, s.96; CHEVALLEY/STÖCKLİN, s.1072.

¹⁹ SEIN, Karin: “Modifications of Digital Content or Services and of Digital Elements in Smart Products”, in Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmayer, Direk (ed.), Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI, Nomos, Baden-Baden 2022, s.112; WENDEHORST, Update Obligation, s.69.

²⁰ Krş. HESSEL, Stefan/POTEL, Karin: “Update qua Gesetz – Aktualisierungspflicht nach § 327 f BGB in der Praxis”, RDİ, 1, 2022, s.25-31, s.28.

gerektirebilir²¹. Bu nedenle Direktif, kullanıcıya birtakım imkanlar tanımıştır²². Değişikliğin tüketicinin dijital içerik ve hizmete erişimini veya kullanımını engellemesi halinde bu engelin önemsiz (*minor*) olmaması şartıyla tüketici sözleşmeyi sona erdirebilir (m.19/2).

Bazı hallerde ise üretici, ürünün birden çok versiyonunda güncellemeler yapmak yerine doğrudan ürünün yeni bir versiyonunu bütün kullanıcıların kullanımına sunabilir. Güncellenmiş bir versiyon sunulması ve yeni bir ürün sunulması arasındaki ayırım da bazı hallerde oldukça güç olabilir. Güncellenmenin aksine yeni bir ürün sunulması halinde, münferit yeni özellikler ve geliştirilmelerin güncelleme düzeyini aşar, kullanımı ve yararlanımı önemli ölçüde etkileyen yeniliklerin eklenir²³. Güncelleme ve değişiklikleri aşan nitelikte gelişmeler yapılarak yeni bir ürün sunulması, Direktifte düzenlenmemiş olduğundan konu bakımından uygulama alanının dışındadır²⁴.

B. Güncellemelerin Sunulacağı Süre

Bu kapsamda 2019/770 sayılı Direktif m.7(d)'de ve 2019/771 sayılı Direktif m.6(d)'de subjektif uygunluk kapsamında sözleşmede öngörülen güncellemelerin yapılmasını, 2019/770 sayılı Direktif m.8(2)'de ve 2019/771 sayılı Direktif m.7(3)'de ise objektif uygunluk kapsamında güvenlik güncellemeleri dahil makul surette beklenebilecek ve gerekli bütün güncellemelerin sunulması düzenlenmektedir.

Objektif uygunluk kapsamında yapılan güncellemeler açısından Direktifler, tüketicinin makul kullanım beklentisi ve girişimciler ile üreticilerin pazardaki faaliyet özgürlüğünü²⁵ dengelemek amacıyla güncellemelere ilişkin yükümlülükler açısından bir süre sınırı getirmektedir. Bu kapsamda dijital içerik veya hizmetin belirli bir süre boyunca sunulması kararlaştırılmışsa bu süre boyunca; bir defa veya art arda birden fazla defa dijital içerik veya hizmet sunulmuşsa (Romanogermanik hukuk sistemlerinin terminolojisiyle anı edimli sözleşme veya edimleri art arda ifa edilen bir sözleşme varsa) içerik veya hizmetin türü ve niteliğine göre tüketicinin makul surette bekleyebileceği kullanım süresi boyunca güncellemeler sağlanmalıdır.

Makul süre ifadesinin anlamı, her somut olay bakımından sözleşme konusu dijital ürün ya da dijital unsurlu ürünün objektif kullanım beklentilerine göre tespit edilmelidir. Bu sürenin asgari sınırının en az garanti süresi olması gerektiği²⁶ belirtilmekle beraber, makul süre kavramı bununla sınırlı değildir²⁷. Güncelleme yükümlülüğünün bulunduğu makul süre; her dijital ürün için özel olarak belirlenmesi gereken, bir yandan tüketici açısından kullanım yararını gözetirken diğer yandan hem üreticinin ticari organizasyonuna ölçsüz bir yük yüklemeyen bir zaman dilimi olarak anlaşılmalıdır. Bazı üreticilerin, bu makul süreye tekabül etmek üzere güncelleme desteğine ilişkin taahhütlerde bulunduğu görülmektedir. Örneğin; Apple, internet sitesinin destek bölümünde, üretimden kalkmış (obsolete) ürünler için garanti süresi dolduktan sonra donanım desteği devam etmese de, işletim sistemi (OS) güncellemelerinin devam edeceğini belirtmektedir²⁸. Bu taahhüt, girişimcinin Direktiflerden doğan yükümlülüklerine uygun niteliktedir.

C. Güncelleme Yükümlülüğünün İhlali

1. Sorumluluğu Doğan Girişimciler

Ekonomik faaliyeti gereği dijital ürünleri ve dijital unsurlu taşınırları sunan girişimciler, doğrudan bunları üreten kişiler veya tedarik zinciri içinde üreticiden bunları temin ederek kendi iş organizasyonu dâhilinde tüketicilere sunan girişimciler olabilir²⁹. Diğer bir ihtimal olarak, bu son gruba giren girişimciler, ayrı bir tüzel kişiliği bulunmakla beraber, üretici ile aynı şirketler grubunda olan veya hukuken başka şekilde bağlantılı bir girişimci de olabilir. Bu girişimciler, güncellemeleri bizzat sunmakla değil; tedarikçinin güncellemeleri sunmasından sorumludur. Zira teknik güncellemeleri sunabilmeleri çoğu zaman fiilen imkansızdır. Bu takdirde Direktiflere göre sorumlu olan kişi, dijital ürünü sunma ve sözleşmeye uygun olmasını sağlama yükümlülüğü bulunan girişimciden farklı bir kişidir. Üretici olmayan girişimcinin sorumluluğu, yasa gereği üçüncü kişinin fiilini taahhüde dayanır³⁰.

Direktifler, bir hukuk politikası tercihi olarak pazar dinamikleri içinde tüketicinin zayıf konumu nedeniyle riskin, tüketicinin üzerinden alınıp ilk aşamada dijital ürünü sunana ve takiben rücu hükümleriyle dijital ürünü üretene geçirilmesi meşru kabul etmiştir. Bu yaklaşım arkasındaki nedenlerden biri de girişimcilerin üreticiler, dağıtımçılar ve yazılım üreticileri gibi diğer piyasa aktörleri üzerinde baskı uygulayarak gerekli güncellemelerin sunulmasını sağlayabilecekleri düşüncesi olabilir. Ancak özellikle küçük ve orta ölçekli girişimcilerin, pazar üzerindeki etkisi oldukça sınırlıdır. Bu nedenle sözleşmeye uygunluktan kaynaklanan garanti sorumluluğunun yükünün bu tür girişimcilere yüklenmesi onları pazar

²¹ WENDEHORST, Update Obligation, s.69.

²² METZGER, Axel: BGB § 327 (MüKoBGB/Metzger BGB § 327), Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2022, n.1.

²³ SPINDLER/SEIN, s.489.

²⁴ 2019/770 sayılı Direktif Dıbase p. 75 c. son.

²⁵ Nitekim Almanya Federal Cumhuriyetinin yaptığı bir araştırmaya göre, güncellemelerin üreticilere yıllık maliyeti toplam 29 Milyon avro olarak hesaplanmıştır. Araştırma hakkında bkz. HESSEL/POTEL, s.25.

²⁶ BİTTNER, Lydia: "Verträge über digitale Produkte – der Beginn des digitalen Zeitalters im BGB", VuR, 1, 2022, s.14, s.12; KUMKAR, Lea Katharina: "Herausforderungen eines Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter", ZfPW, 1, 2020, s.316.

²⁷ HESSEL/POTEL, s.26; 2019/771 sayılı Direktif için aynı görüş için bkz. JANSSEN, s.100.

²⁸ <https://support.apple.com/en-gb/HT201624>

²⁹ WENDEHORST, Update Obligation, s.83.

³⁰ MüKoBGB/Metzger BGB § 327f Rn.7. Wendehorst ise Direktif'in öngördüğü bu sistemi *nitelikli garanti modeli (qualified warranty model)* olarak adlandırmaktadır, bkz. WENDEHORST, Update Obligation, s.86.

dışına itebilir³¹. Nitekim bu nedenle öğretide, etki alanı dışındaki bir riskin girişimciye geçirilmesini eleştirmekte ve güncellemelerin yapılması bağlamında doğrudan üreticiye başvurulmasına yönelik bir düzenleme önerilmektedir³².

Açıklanan duruma istinaden Direktif riskin üretici olmayan girişimciden üreticiye geçirilebilmesi için bir yasal rücu mekanizması öngörmüştür. Bu kapsamda girişimci ilk aşamada sorumlu tutulmuşsa da m.20'ye³³ göre rücu imkânı sayesinde girişimcinin üreticiye başvurusu mümkündür. Ancak rücu prosedüründe çoğu zaman masrafların ve nihai yükün artması nedeniyle üreticinin üzerinde kalan yük, tüketici doğrudan üreticiye başvurabilseydi kalacak yükten daha fazla olacaktır. Ayrıca riskin ilk aşamada girişimciye yüklenmiş olması, girişimcinin dijital ürünlerin fiyatını yükselterek ticari riskini dolaylı olarak tüketiciye aktarması ya da 2019/770 sayılı Direktif m.8(5) ve 2019/771 sayılı Direktif m.7(5) uyarınca objektif uygunluk bakımından sorumsuzluk klozlarına yönelmesi gibi sonuçlar doğurabilir.³⁴

Diğer yandan, tüketici açısından bakıldığında da üretici olmayan girişimciye garanti sorumluluğu yüklenmesi ve rücu mekanizması öngörülmesi, aynen ifa yani güncellenenin gerçekleştirilmesi imkanına başvurulması bakımından makul bir koruma getirmez. İhlal halinde tüketicinin güncelleme sunulmasını talep etme imkânı, üçüncü kişi sağlayıcı güncellemeyi bizzat geliştiremeyeceği için yalnızca üreticiye karşı ileri sürüldüğünde anlam kazanır.

Bu nedenlerle, tüketicinin doğrudan üreticiye başvuru imkânı sağlanarak Direktif'in etkin olarak uygulanması için Direktiflerin sunduğu ve yukarıda açıklanan çerçevede, tüketici ve üretici arasındaki hesap açma sözleşmesi aracılığıyla bir çözüm aranması gerektiği kanaatindeyiz. Tüketici dijital ürünü üreticiden başka bir girişimciden tedarik etse de neredeyse her zaman üreticinin sunduğu sistem üzerinde bir hesap açması gerekir. Bir kullanıcı hesabının açılmasıyla tüketici ve üretici arasında, 2019/770 sayılı Direktif kapsamına giren bir sözleşme kurulduğu takdirde, gerekli güncellemelerin sunulmaması halinde doğrudan üreticiye başvuru imkânı doğar³⁵.

2. İhlalin Sonuçları

Güncellemelerin sunulması yanında, güncellemeler hakkında tüketicinin bilgilendirilmesi de objektif uygunluk (m.8) kapsamındadır. Gerek subjektif gerekse objektif uygunluk çerçevesinde sözleşmeye uygunluğun sağlanmamasının (*lack of conformity*) sonuçları 2019/770 sayılı Direktif³⁶ m.14'te öngörülmüştür³⁷. Sözleşmeye uygunluğun sağlanmaması halinde m.14 uyarınca tüketici; (i) imkânsız olmaması ve maliyeti itibarıyla girişimciye aşırı güçlük yaratmaması koşuluyla sözleşmeye uygunluğun sağlanmasını³⁸ veya (ii) sözleşme bedelinin uygun bir oranda indirilmesini talep edebileceği gibi, (iii) dijital içerik veya hizmetin bedel karşılığı sunulması ve sözleşmeye aykırılığın önemsiz düzeyde (*minor*) olmaması halinde sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir. Dijital unsurlu taşınırлар açısından ise m.14'e paralel hukuki imkânlar, 2019/771 sayılı Direktif m.13'te düzenlenmiştir.

Başta belirtildiği gibi güncellenenin sunulmaması ve güncellenenin tüketici tarafından yüklenebilmesi için gerekli bilgilendirmenin yapılmaması, Direktif altında girişimcinin sorumluluğunu doğurur. Buna karşılık, tüketici, yeterli ve açık bilgilendirme eşliğinde kendisine sunulan güncellemeyi yüklemek zorunda değildir. Güncellenenin sağlanması, tüketicinin bir ek ücret ödemesi veya kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermesi şartına bağlı tutulamaz; aksi takdirde tüketici, güncellemeyi yüklememe hakkına sahiptir³⁹. Nitekim m.8(3), bazı hallerde girişimcinin sorumluluktan olmayacağını düzenlemektedir. Tüketicinin makul süre içinde güncellemeyi yüklememesi (i) girişimcinin (veya çoğu zaman onun yerine güncellemeyi sunanın) güncellenenin sunulduğu ve yüklenmemesinin sonuçları hakkında tüketiciyi bilgilendirmesi⁴⁰ ve (ii) tüketicinin güncellemeyi hiç ya da doğru şekilde yükleyememesinin tüketiciye sunulan talimatlardan kaynaklanmaması halinde, girişimci sorumlu olmaz. Tüketicinin bilgilendirilmesine ilişkin yükümlülük kapsamında öncelikle tüketiciye, güncellemeye erişim

³¹ SCHULTE-NÖLKE, Hans: “Digital Obligations of Sellers of Smart Devices under the Sale of Goods Directive 771/2019”, in Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmayer, Direk (ed.), Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI, Baden-Baden 2022, s.59.

³² WENDEHORST, Update Obligation, s.88-89; JANSSEN, s.97; SCHULTE-NÖLKE, s.60.

³³ “Where the trader is liable to the consumer because of any failure to supply the digital content or digital service, or because of a lack of conformity resulting from an act or omission by a person in previous links of the chain of transactions, the trader shall be entitled to pursue remedies against the person or persons liable in the chain of commercial transactions. The person against whom the trader may pursue remedies, and the relevant actions and conditions of exercise, shall be determined by national law.”

³⁴ JANSSEN, s.97.

³⁵ Aynı görüşte SCHULTE-NÖLKE, 56-57. Yazar ayrıca, ise tüketicinin girişimciye doğrudan başvurabilmesi imanına pozitif dayanak yaratabilmek için dijital unsurlu taşınırлар ve dijital ürünler ile makul süre boyunca bunlara ilişkin güncellemelerin sunulmasının, genele yapılmış öneri olarak değerlendirilebileceği savunmaktadır, bkz. SCHULTE-NÖLKE, s.61.

³⁶ 2019/770 sayılı Direktif, iki temel borca aykırılık hali olarak (i) dijital içerik veya hizmetin sunulmamasının (*failure to supply*) ve (ii) sözleşmeye uygunluğun sağlanmamasının (*lack of conformity*) sonuçlarını, sırayla m.13 ve m.14'te düzenlemektedir.

³⁷ Dijital unsurlu taşınırлар açısından ise 2019/771 sayılı Direktif m.13 uygulanır.

³⁸ Direktif'in Alman hukukuna transplantasyonu bağlamında, tüketicinin güncellenenin sunulmasına yönelik bir asli talep (*Primäranspruch*) imkânı bulunmadığı, niteliği bakımından aynen ifa (*Nacherfüllung*) kapsamında tali bir taleple ileri sürüldüğü belirtilmektedir, bkz. STAUDINGER, Ansgar/ARZT, Markus: Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, C.H. Beck, München 2022, n.417.

³⁹ MüKoBGB/Metzger BGB § 327f, n.8.

⁴⁰ Bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği noktasında tereddüt halinde, güncellemelere ilişkin talimatlarını, dijital içerik ve hizmetler hakkında deneyimi olmayan kullanıcılar tarafından anlaşılacak şekilde hazırlanıp hazırlanmadığı dikkate alınır, krş. STAUDINGER/ARZT, n.433. Aksi takdirde talimatların yeterli derece açık ve anlaşılır olmaması halinde girişimci sorumludur, bkz. MARTENS, s.277.

konusunda açık ve yeterli talimat sağlanmış olmalıdır⁴¹. Bu bağlamda, özellikle güvenlik güncellemeleri başta olmak üzere dijital içerik ve hizmetin altyapısını oluşturan teknolojinin zaman içinde aksaklığa uğramadan kullanılabilmesi noktasında tüketiciye de bir ödev yüklenmiştir. Bu ödev, ağırlıklı savunulan görüşe göre külfet (*Obliegenheit*) niteliğindedir⁴². Kanımızca tüketicinin makul süre içinde güncellemeyi yüklemesi, güncellenin yeterli koruma sunmaması halinde sözleşmeye aykırılıktan doğan hukuki imkanlarını kullanması için bir ön şart niteliğinde olduğu için külfet olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, tüketici bu ödevi yerine getirmemiş olsa bile Direktif'in sunduğu bir tür aynen ifa talebi olan 'yeterli ve uygun bir güncelleme sunulmasını talep etme hakkı'nı kullanabilmeli; tazminat talebi ve sözleşmeden dönme gibi sözleşmesel yaptırımlar için ise öngörülen külfeti yerine getirmiş olması beklenmelidir.

IV. ÜRÜN SORUMLULUĞU DİREKTİFİ TASARISI BAĞLAMINDA GEREKLİ GÜNCELLEMELERİN YAPILMAMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK

Ürün Sorumluluğu Direktifi Tasarısı⁴³, mevcut Ürün Sorumluluğu Direktifi (*Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products*) gibi kusura dayanmayan bir haksız fiil sorumluluğu rejimi öngörmektedir. Tasarı ile dijital ürünler de ürün sorumluluğunun kapsamına alınmış, özellikle dijital ürünlerin pazara sunulmasından sonra ortaya çıkacak ve güncelleme ile giderilebilecek zararlardan dolayı sorumluluk mümkün olacaktır⁴⁴.

Tasarıya göre sorumluluğu doğan kişiler üretici; üreticinin AB dışında kurulu olması halinde ithalatçı ve yetkili temsilci (m.7(2)), ithalatçı ve yetkili temsilcinin tespit edilemediği hallerde ise dağıtıcı (7(5)) veya mevcut olması halinde mesafeli sözleşme kurulmasına aracılık eden dijital platform (7(6)); üretici, ithalatçı ve yetkili temsilcinin AB dışında kurulu olması halinde yardımcı hizmet sağlayıcı (fulfilment service provider) (m.7(3)), pazara sunulan ürün üzerinde ürün güvenliği mevzuatına göre esaslı bir değişiklik yapılması ve bu değişikliğin üreticinin kontrolü dışında olması halinde değişiklik yapan (m.7(4)) gerçek kişilerin ürün nedeniyle uğradığı zarardan sorumlu tutulmuştur. Tasarı, sorumlu tutulan kişileri genel olarak iktisadi işletici (economic operator) olarak tanımlamıştır (m.7(16)).

Güncelleme yükümlülüğü bakımından Çalışma için önem arz eden düzenleme ise Sorumluluktan Kurtulma başlıklı m.10'da yer almaktadır. Şöyle ki, m.10(1)'in (c) paragrafına göre ürünlerdeki ayıbm, ürünün pazara sunulduğu zaman bulunmadığı veya pazara sunulduktan sonra meydana geldiğinin kanıtlanması halinde iktisadi işletici sorumluluktan kurtulur. Tasarı m.10(2) ise bu paragrafta dijital ürünler açısından bir istisna getirerek ayıbm (b) bir yazılım veya bir yazılım güncellemesine ya da (c) yazılım güncellemesi (update) veya geliştirilmesinin (upgrade) yapılmamasına bağlı olması halinde ekonomik işletici sorumluluktan kurtulamayacağı düzenlemiştir.

V. TÜRK HUKUKUNDA YASAL BOŞLUK NASIL GİDERİLEBİLİR?

A. Türk Hukuku Açısından Sorunun Ortaya Konması

Güncelleme yükümlülüğü, AB'nin yeni tüketici mevzuatı içinde belki de en yenilikçi düzenlemeyi oluşturmaktadır⁴⁵. Dijital içerik ve hizmetin sunulması, objektif ve sübjektif yönden sözleşmeye uygunluk, sözleşmeye aykırılık halinde tüketicinin sahip olduğu imkanlar, girişimcinin tedarik zinciri içinde rücu hakkı esasen Romanogermanik hukuk sistemlerinde var olan imkanların; dijital içerik ve hizmetlerin sunulmasına ilişkin sözleşmelere uyarlanmış birer görünümüdür. Güncelleme yükümlülüğü ise Direktifler öncesi dönemde, yalnızca hukuk sistemleri bu yönde düzenleme içeren Üye Devletlerde veya garanti kapsamında buna imkân sunan sistemlerde tüketiciye tanınmış bir korumaydı⁴⁶.

Türk hukukunda dijital çağda tüketicinin etkin olarak bir koruma sağlanabilmesi için tüketici mevzuatının güncel gelişmelere uyum sağlamasına yönelik yasal değişikliklerin yapılması gerekir. Ancak yasama faaliyetleri, komisyon çalışmalarından kanunlaştırma sürecine de geçen süre nedeniyle yıllar almaktadır. Bu süreçte tüketici mevzuatında gerçekleştirilebilecek olası bir yasa değişikliğine kadar başvurulabilecek başka sözleşme hukuku mekanizmalarının düşünülmesi, hem güncelleme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin tespiti hem de geçiş döneminde tüketicilerin etkin şekilde korunabilmesi için elzemdir.

Diğer yandan, Direktiflerin çizdiği sorumluluk çerçevesi de mevcut haliyle kusursuz bir özel hukuk adaleti sunmaz. Zira tüketicinin dijital ürün veya dijital unsurlu taşınır temin ettiği girişimcinin üreticiden farklı bir kişi olması halinde güncelleme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı doğan garanti sorumluluğu kapsamında tüketicinin haklarını (özellikle aynen ifa kapsamında güncellemelerin yapılması talebini) ileri sürebileceği kişi, esasen dijital ürün ve güncellemeler üzerinde etki sahibi olmayan girişimcidir. Girişimciye yüklenen riskin rücu imkânı ile üreticiye aktarılması öngörülmüşse de bunun etkin ve adil bir risk dağılımı sağlayıp sağlamadığı da kuşkuludur. Zira tüketici kendisi için en makul olan tercihin güncellenin geliştirilmesi olduğu hallerde bunu fiilen girişimciden talep edemez.

Bu açıklamalar ışığında Çalışmada, Türk hukukunda dijital ürünlerin sunulduğu sözleşmeler

⁴¹ MARTENS, s.261.

⁴² MARTENS, n.275; JANSSEN, s.103. Buna karşılık, bunun, bir iş birliği yükümlülüğü (*Mitwirkungspflicht*) niteliğinde olduğu da savunulmaktadır, bkz. KUMKAR, s.316.

⁴³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0495>

⁴⁴ BERNHARD A. KOCH/PASCAL PICHONNAZ: "Der Entwurf einer neuen EU-Produkthaftungsrichtlinie aus schweizerischer Sicht", SJZ, 119, 2023, s.630.

⁴⁵ Aynı doğrultuda bkz. STAUDINGER/ARZT, n.415; WENDEHORST, Update Obligation, s.63; JANSSEN, s.94.

⁴⁶ WENDEHORST, Update Obligation, s.63.

bakımından güncelleme yükümlülüğünün başka bir teorik temele dayandırılarak tüketiciler açısından AB mevzuatıyla eşdeğer bir koruma sağlanıp sağlanamayacağı ve güncelleme yükümlülüğünün tüketiciye sağladığı korumanın etkin şekilde nasıl işletilebileceği incelenecektir. Sunulacak çözümler bağlamında ayıp sorumluluğunun kıyasen uygulanma imkânının var olup olmadığı ve bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde şartları incelenecek; daha sonra dürüstlük kuralından doğan ve etkisi devam eden (*nachwirkend*) bir yan yükümlülük olarak sözleşmenin amacını ve tüketicinin sözleşmeye yönelik beklentisinin korunması yükümlülüğü (*Treuepflicht*) kapsamında bir çözüme varılıp varılamayacağı ve sözleşmenin tamamlayıcı yoruma tabi tutulması imkânı değerlendirilecektir.

B. Sorumluluğun Hukuki Temelinin Kurulması

Güncelleme yükümlülüğüne ilişkin subjektif uygunluk probleminin çözülmesi nispeten kolaydır. Güncellemelerin türleri ve kapsamının sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde girişimcinin, Türk hukukunda da genel hükümlere tabi bir garanti sorumluluğu gündeme gelir. Ancak bu halde dahi tüketici açısından iki olası sorun göze çarpar. İlk olarak bu tür sözleşmelerde çoğu zaman girişimcinin tek taraflı olarak sunduğu genel işlem koşulları söz konusudur⁴⁷. Bu nedenle özellikle tüketicinin gelecekte makul ve haklı ihtiyaçlarını karşılayacak güncellemeler sınırlı kapsamda belirtilebilir. İkinci olarak ise tarafların öngöremediği ve kapsamını sözleşmede çizmediği güncellemelere ihtiyaç duyulabilir. Bu son neden, objektif uygunluk kavramının gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Objektif uygunluk kapsamında makul ve güvenli kullanımı sağlayacak güncellemelerin eksikliğinden doğabilecek uyumsuzluklar, genel hükümler veya niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmak üzere özel hükümler vasıtasıyla çözülür. Alman hukukuyla karşılaştırma yapmak gerekirse, Direktif'in BGB'ye aktarılmasından önceki dönemde hukuk uygulamasında, özellikle dijital içerik ve hizmet üzerindeki kullanım hakkının "son kullanıcı lisans sözleşmesi"nin (*Endnutzerlizenzvertrag* ya da kısaca *EULA*) çerçevesinde süreli ya da süresiz olarak son kullanıcıya devredildiğini ve özel düzenleme bulunmaması halinde özellikle ayıp hükümleri bağlamında satış sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanacağı kabul edilmekteydi⁴⁸. İsviçre hukukunda dijital ürünlerin sunulmasına ilişkin sözleşmelerde, somut olaydaki sözleşme tipine göre satış, kira, eser ve vekalet gibi birçok isimli sözleşme bağlamında konunun ele alınmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁴⁹. Örneğin; İsviçre Federal Mahkemesi, bir bilgisayar yazılımının kullanımının kesin ve süresiz devri, satış hükümlerine ilişkin ayıp sorumluluğu çerçevesinde ele almaktadır⁵⁰. Bu bağlamda, Türk hukukunda da "sözleşmeye uygunluk" ya da Kıta Avrupası hukuku terminolojisiyle "ayıba karşı tekeffül sorumluluğu" açısından, TBK'nın Özel Borç İlişkileri kısmında yer alan düzenlemelerin uygulanabileceği söylenebilir.

Ancak bu çözüm, iki gerekçeyle bazı durumlar için uygun bir sonuç vermeyebilir. İlk olarak bir dijital içerik veya hizmetin sunulduğu sözleşmenin tipi, kanunda ayıba karşı sorumluluk rejimi öngörülme bir sözleşme ise bu takdirde gerekli güncellemelerin sunulmaması, TBK m.112'ye göre kusura dayanan sorumluluk rejimi çerçevesinde değerlendirilir. İkinci olarak, ayıba karşı sorumluluk rejimi öngörülen satım veya kira gibi bir sözleşme tipi olduğu tespit ediliyorsa bile ayıp hükümlerine göre ayıbın varlığı, tespiti ve tanıdığı hukuki imkanlar dijital ürünlerin niteliğine uygun düşmeyebilir. Bu sorun temelde ayıp kavramının tanımını ilgilendirir. Zira edim sonucunun borçlanıldığı hallerde ayıbın varlığı hasarın geçtiği ana göre değerlendirilirken, güncellemeler, esasen sözleşme konusu dijital ürün açısından yarar ve hasarın tüketiciye geçtiği andan sonraki bir anda ihtiyaç duyulan teknik değişikliklerdir⁵¹. Bu nedenle dijital içerik veya hizmetin süresiz olarak sunulduğu haller ile 2019/771 sayılı Direktif kapsamında bir dijital unsurlu taşınır sunulduğu hallerde satış sözleşmenin ayıp hükümleri uygun bir koruma sağlamaz⁵². Dijital ürünün süresiz veya belirli bir süre boyunca sunulması halinde sürekli edim bulunduğu savıyla kira sözleşmesinde kiralananın teslimden sonra ayıplı hale gelmesine ilişkin hükümlerin ve TBK m.305'in kıyasen uygulanması akla gelebilir. Ancak bu takdirde de, dijital ürünlerin belirli bir süre boyunca sunulmasının kira sözleşmesi konusu olup olamayacağı tartışma konusu olabilir. Nitekim Direktifler öncesi dönemde güncelleme yükümlülüğünün ancak mevzuatında özel hüküm bulunan Üye Devletlerde tüketicilere sağlanan bir koruma olduğu belirtilmektedir⁵³. Bu nedenle ayıp sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması, Direktiflerin öngördüğü güncelleme yükümlülüğü açısından her somut uyumsuzluğa uygulanabilir nitelikte bir teorik temel sağlamaz⁵⁴.

Bu noktada gerekli güncellemelerin sunulmamasını genel hükümler kapsamında çözülebilmesi için cevaplanması gereken soru, bir sözleşmenin ifayla sona ermesinden sonra, tarafların birbirlerine karşı, ifa edilen asli edim yükümlülüğünden bağımsız veya ona doğrudan bağlı olan başka bir yükümlülüklerinin

⁴⁷ Esasen bu risk, Direktif'in uygulandığı sözleşmeler bakımından da mevcuttur, bkz. COLOMBI CİACCHI/VAN SCHAGEN, s.110.

⁴⁸ METZGER, s.578; BİTTNER, s.13.

⁴⁹ EGGEN, s.480.

⁵⁰ BGE 124 III 456.

⁵¹ Aynı doğrultuda bkz. KUMKAR, s.315; EGGEN, s.479; CHEVALLEY/STÖCKLİN, s.1073. Kumkar bunu genelleyici bir ifadeyle belirtse de kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesine istinaden bu ifadeyi edim sonucunun taahhüt edildiği sözleşmelere özgülemekte fayda görüyoruz.

⁵² Eggen da yalnızca dijital ürünler açısından konuyu ele aldığı çalışmasında aynı tespittedir, bkz. EGGEN, s.480.

⁵³ Direktif'in yürürlüğe girmesinden önce güncelleme yükümlülüğü, bütün Üye Devletlerin hukuk sistemlerinde var olmayan, istisnai bir koruma imkânı olarak ele alınmaktaydı, bkz. WENDEHORST, Update Obligation, s.63.

⁵⁴ Nitekim Direktif'in yürürlüğe girmesinden önce güncelleme yükümlülüğü, bütün Üye Devletlerin hukuk sistemlerinde var olmayan, istisnai bir koruma imkânı olarak ele alınmaktaydı, bkz. WENDEHORST, Update Obligation, s.63.

bulunup bulunmadığıdır. Bu sorun, sözleşmenin sona ermesinden sonra etkisi devam yükümlülükler (*nachwirkende Pflichten*)⁵⁵ kavramıyla aşılabilir.

Etkisi devam eden yükümlülük, sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri sona erdikten sonra varlığını sürdüren, nispeten bağımsız nitelikteki sözleşmesel yükümlülüklerdir⁵⁶. Güncelleme yükümlülüğü de kanımızca sözleşmenin amacını ve tüketicinin dijital üründen beklediği kullanım yararını koruyan bir yan yükümlülük⁵⁷ niteliğindedir⁵⁸. Tüketicinin girişimciden tedarik ettiği süreli veya kullanımı süreye yayılan bir dijital ürünü, gelecekte makul bir süre zarfı boyunca performansını ve kullanım amacından ödün vermeden kullanabileceği yönündeki haklı beklentisi korunmaya değerdir. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış bile olsa, sözleşme amacı ile kullanım yararını korunması konusundaki makul ve haklı beklentinin sözleşme hukukundaki karşılığı ise, kaynağı dürüstlük kuralı olan ve kronolojik olarak sözleşmenin olağan surette karşılıklı ifayla sona ermesinden sonra ortaya çıkan bir yan yükümlülüğün bulunduğu kabul edilmesi olarak karşımıza çıkar. Nitekim Direktif ile bağlantı kurulacak olursa, bir görüşe göre sözleşme konusunun ayıpsız olarak ifa edilmesi de bir yan yükümlülüktür⁵⁹.

Bu gerekçelerle, dijital ürünün ani edimli sözleşme ile sunulduğu hallerde güncelleme yükümlülüğü, bir etkisi devam yükümlülüktür. Güncelleme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin etkisi devam eden bir yükümlülük olduğu yönündeki görüşümüze benzer olarak, Middendorf da yedek parça sunulması, tamir ve teknik destek sağlanması gibi sözleşme konusunu kullanım amacını destekleyen yükümlülükleri, etkisi devam eden yükümlülüklerin bir alt grubu olarak ele almaktadır⁶⁰. Ayrıca 2019/771 sayılı Direktif bağlamında güncelleme yükümlülüğünü ele alan bir görüş, güncelleme yükümlülüğünü, akıllı ürünün sunulması yükümlülüğü sona erdikten sonra devam eden bir yükümlülük (*latent continuing obligation*) olarak nitelemektedir⁶¹.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, güncelleme yükümlülüğünün ihlali halinde yasanın öngörmediği bir ifa engeli⁶² bulunduğu ve asli edim yükümlülüğünün imkansızlığa uğraması – asli edim yükümlülüğünün ifasında sözleşmenin müspet ihlali gündeme gelir. Sözleşmenin müspet ihlali halinde, borca aykırılığa ilişkin TBK m.112'nin doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu tür borca aykırılık halleri TBK m.112'de düzenlenen 'gereği gibi ifa etmeme' çerçevesinde değerlendirildiğinden genel borca aykırılık normu olarak anılan hüküm uygulama alanı bulur⁶³. Kanımızca bu takdirde, sözleşmenin müspet ihlalinin çok çeşitli borca aykırılık olgularını kapsamına alan geniş bir grup olduğu, kanun koyucu tarafından kanunun hazırlandığı dönemde öngörülmeden borca aykırılık hallerini içerdiği ve esasen burada bir örtülü boşluk olduğu dikkate alındığında TBK m.112 vd. hükümler ile borca aykırılığa ilişkin düzenlenen özel hükümlerin kıyasen uygulanacağı kanaatindeyiz⁶⁴. Bu nedenle ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin

⁵⁵ Kullanım amacını destekleyen yükümlülüklerin asli edim yükümlülüğünden bağımsız olduğu ve kullanım yararını ve sözleşme amacını destekledikleri ya da güvence altına aldıkları hakkında bkz. Middendorf, *Nachwirkende Vertragspflichten*, Universitätsverlag Freiburg, 2002, n.243.

⁵⁶ MIDDENDORF, n.6.

⁵⁷ Yan yükümlülükler, sözleşmeden doğan ve edim yükümlülükleri dışında kalan bütün yükümlülükler olarak tanımlanabilir. Edim yükümlülüğünün gereği gibi ifasını destekleyen veya güvence altına alan ifaya bağlı yan yükümlülükler ve tarafların sözleşmeyle karşı tarafın etkisine açtıkları bütünlük menfaatlerini koruyan koruma yükümlülükleri olarak iki ana grupta incelenir. Kavram hakkında bkz. HUGUENİN, Claire: *Obligationenrecht - Allgemeiner Teil und Besonderer Teil*, Aktualisiert und teilweise neu bearbeitet von Eva Maissen, Barbara Meise, Tina Huber-Purtschert, Schulthess Juristische Medien, Zürich/Basel/Genf 2019, s.28-29 n.99-104; ÇETİNER, Bilgehan/FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s.25 n.63.*

⁵⁸ BACHMANN, Gregor: *BGB § 241, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, München 2022, n.123.* Bachmann, yazılım gibi gayri maddi ürünler açısından güncelleme yükümlülüğünü BGB § 241 Abs.2'den doğan bir yan yükümlülük (*Nebenpflicht*) olarak belirtmekle beraber, dijital ürünlerin sunulmasını konu alan tüketici sözleşmeleri bakımından bunun bir asli edim yükümlülüğü (*Hauptleistungspflicht*) olduğunu belirtmektedir, bkz. MüKoBGB/Bachmann BGB § 241 Rn.123. Dürüstlük kuralı veya BGB § 241 gibi genel bir hüküm dışında kanundan doğan yan yükümlülükler de söz konusu olabileceği için Yazarın görüşünün ikinci bölümüne katılmıyoruz. Ayrıca güncelleme yükümlülüğünün ayıp sorumluluğu kapsamında düzenlenmesi olması da bunu desteklemektedir. Zira edim yükümlülüğünün ayıplı olarak ifası geçerli bir ifa olup edim yükümlülüğünün ayıpsız olarak ifası bir yan yükümlülüktür. Satım sözleşmesi bakımından ifanın ayıpsız olmasının bir yan yükümlülük olduğu hakkında bkz. YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I Giriş – Geçirim (Temlik) Borcu Doğuran Sözleşmeler – Kullanma ve Yararlanma Hakkı Veren Sözleşmeler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul 2022, s.139; KAPANCI, Kadir Berk: *Satış Hukukunda Ayrıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.6-7.**

⁵⁹ YAVUZ, Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta, İstanbul 1989, s.32; KAPANCI, s.6-7. Öz ve Özdemir ise ayıpsız olarak ifa etme yükümlülüğünü, 'yan edim yükümlülüğü' olarak nitelendirmekle beraber asli edim yükümlülüğünün tamamlayıcısı olarak görmektedir, bkz. ÖZ, Turgut: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi – Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleriyle Birlikte, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989, s.90; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: *Türk Borçlar Kanununa Göre ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.71, s.71.* Kocayusufpaşaoğlu ise malın ayıpsız teslimini asli edim yükümlülüğünün içinde görmektedir, bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul 1968, s.68.**

⁶⁰ Kavram hakkında bkz. MIDDENDORF, n.239.

⁶¹ JANSSEN, s.94.

⁶² Zira burada borçlunun temerrüde düşmesi, özel hüküm olarak öngörülen ayıp sorumluluğu ve diğer kusura dayanmayan sözleşmesel sorumluluk hallerinden biri bulunmamaktadır.

⁶³ THÉVENOZ, Luc: *Art. 97, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2021, s.846-847 n.19; EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III m.83 – 206, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.2246 n.40; ÇETİNER/FURRER/MÜLLER-CHEN, n.1560.**

⁶⁴ Aynı görüşte RONA SEROZAN: *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022, s.341-342 n.6.* Thévenoz ise gereği gibi ifa etmeme hali için OR 97'ye anmakla beraber bu hüküm doğrudan veya

özel düzenlemeler kıyasen uygulanabilir. Bu bağlamda bir seferde süresiz olarak sunulan dijital ürünler için satışa ilişkin ayıp hükümleri, belirli bir süreliğine sunulan dijital ürünler için ise kira sözleşmesinde sonradan ortaya çıkan ayıba ilişkin hükümler uygulanmalıdır⁶⁵. Nitekim 2019/770 sayılı Direktif, bir sözleşme tipini değil; sözleşme konusu temel alan düzenlemeler getirmiştir. Buna karşılık güncelleme yükümlülüğünün atipik yapısı gereği ayıp hükümlerine doğrudan başvurulmadığı hallerde (yani edim sonucunun taahhüt edildiği satış ve eserde), İsviçre ve Türk sorumluluk hukukunda kusura dayanmayan sorumluluğun istisnai olması karşısında üreticinin kusuru bulunmadığı hallerde sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmaya açıktır. Bu nedenle, Türk hukukundaki mevcut tablo itibarıyla ayıba karşı sorumluluğun tanıdığı imkanlara ilişkin düzenlemeler kıyasen uygulanabilse de girişimcinin sorumluluğunun kusura dayanması gerekir. Bu nedenle tüketicinin azami ölçüde korunabilmesi için *lex feranda* olarak kabul edilmesi gereken çözüm, güncelleme yükümlülüğünün sözleşme tipi ayrımı yapılmaksızın kusura dayanmayan sözleşmesel sorumluluk rejimi olarak düzenlenmesidir.

Son olarak, Türk hukukunda, dijital ürün veya dijital unsurlu taşınırın, dijital ürün ya da unsuru üreten başka bir girişimci tarafından sunulması halinde tüketici, tedarik eden girişimcinin sorumluluğuna başvurabileceği gibi doğrudan güncellemeyi sunabilecek konumdaki üreticinin sorumluluğuna da başvurabilir. Ancak yukarıda değinildiği gibi güncellemeleri sağlaması beklenen kişi, sözleşme tarafı değildir. Bu durumda tüketici güncellenmenin yapılmasını istiyorsa, dijital ürün üzerinde etki sahibi olan üreticiye başvurabilmelidir. Bu başvurunun dayanağı ise, Direktif bağlamında yaptığımız açıklamalara paralel olarak, tüketici ve üretici arasında yapılan kullanıcı hesabı sözleşmesidir.

VI. SONUÇ

Avrupa Birliği tüketici hukukunu dijital çağa ayak uydurmak için kabul edilen, dijital içerik ve hizmetlerin sunulmasına ilişkin sözleşmeler için 2019/770 sayılı Direktif ve sayılı Direktif ile dijital unsur içeren taşınırları konu alan satım sözleşmeler için 2019/771 sayılı Direktifler ile yeni bir garanti sorumluluğu rejimi getirilmiştir. Direktifler; sözleşme konusunun bir tür dijital içerik ya da hizmet olduğu hallerde sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleri, dijital ürünün objektif ve sübjektif olarak sözleşmeye uygunluğu ve sözleşmeye uygun olmaması halinde tüketicinin sahip olduğu haklar, sözleşme kapsamında tüketicinin karşı edim olarak bir miktar para ödemek yerine kişisel verilerini sunması, dijital içerik ya da hizmeti sunan tarafın üreticiye karşı sahip olduğu rücu hakkı gibi birçok konuda yeni düzenlemeler getirmektedir. Ancak Direktiflerin en yenilikçi düzenlemesi, yukarıda açıklanan soruna istinaden bir çözüm getirerek esasen üreticiye yüklenen, ancak dijital ürünün üretici dışında bir girişimciden tedarik edilmesi halinde bu girişimcinin de sorumlu olduğu dijital ürünleri güncelleme yükümlülüğüdür. Güncelleme yükümlülüğü sözleşmeye uygunluk (*conformity*) çatısı altında tüketicinin sözleşmeden beklentisi ve ürünün kullanım yararının korunabilmesi için üretici, dağıtıcı ve bağımsız girişimciler dahil bütün dijital ürün pazarını etkileyen bir garanti sorumluluğunu beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda ise ilk adımda dijital ürünü doğrudan sunan (üretici ve üreticinin ürünlerini kendi ticari organizasyonu dahilinde sunan) girişimciye, ikinci adımda ise girişimcinin rücu hakkı üzerine üreticiye olumlu bir davranışta bulunma yükümlülüğü yüklenmiş; güncellemeyi yükleyip yüklememe konusundaki tercih ise güncellenmenin amacı ve niteliği hakkında yeterli açıklıkta bilgilendirilmiş tüketiciye tanınmıştır.

Bilindiği üzere Türk hukukunda dijital içerik ve hizmetlerin sunulmasına yönelik sözleşmeleri düzenleyen özel hükümler bulunmamaktadır. Bu nedenle Çalışmada Türk hukukunda dijital ürünlerin sunulduğu sözleşmeler bakımından güncelleme yükümlülüğünün başka bir teorik temele dayandırılarak tüketiciler açısından AB mevzuatıyla eşdeğer bir koruma sağlanıp sağlanamayacağı ve tüketici hukukumuz dijital çağa uyumlu hale getirilinceye kadar güncelleme yükümlülüğünün tüketiciye sağladığı korumanın etkin şekilde nasıl işletilebileceği değerlendirilmiştir. Bu durumda doğabilecek uyumsuzluk, genel hükümler veya niteliğine uygun düşüğü ölçüde kıyasen uygulanmak üzere özel hükümler vasıtasıyla çözümler. Dijital ürünlerin sunumuna ilişkin sözleşmeler, sözleşme tipi fark etmeksizin konusunu dijital ürünün oluşturduğu sözleşmelerdir. Buna nedenle kural olarak ilgili isimli sözleşme türü için düzenlenen ve Direktiflerin ‘sözleşmeye uygunluk’ kavramının Romanogermetik sistemlerdeki karşılığı olan ayıba karşı sorumluluk hükümleri uygulanır. Alman hukukuyla karşılaştırma yapmak gerekirse, Direktif’in BGB’te aktarılmasından önceki dönemde hukuk uygulaması, özellikle dijital içerik ve hizmet üzerindeki fikri hakkı dikkate alan ve kullanım hakkının süreli ya da süresiz olarak son kullanıcıya devredildiği bir ‘‘son kullanıcı lisans sözleşmesi’’nin (*Endnutzerlizenzvertrag* ya da kısaca *EULA*) varlığını ve özel düzenleme bulunmaması halinde özellikle ayıp hükümleri bağlamında satış sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin kıyasen uygulanacağı kabul edilmekteydi. Bu bağlamda Türk hukukunda da ‘‘sözleşmeye uygunluk’’ ya da Kıta Avrupası hukuku terminolojisiyle ‘‘ayıba karşı tekeffül sorumluluğu’’ açısından satış sözleşmesine ilişkin düzenlemeler kıyasen uygulanabilir nitelikte görülebilir. Ancak ayıp sorumluluğunda edim sonucunun borçlanıldığı hallerde ayıbın varlığı hasarın geçtiği ana göre değerlendirilirken; güncellemeler, esasen sözleşme konusu dijital ürün açısından yarar ve hasarın tüketiciye geçtiği andan sonraki bir anda ihtiyaç duyulan teknik değişikliklerdir. Dijital ürünün belirli bir zaman boyunca sunulması halinde sürekli edim bulunduğu savıyla kira sözleşmesinde kiralananın teslimden sonra ayıplı hale gelmesine ilişkin hükümlerin uygulanması akla

kıyasen uygulanmasından ziyade, yan yükümlülüklerin ihlali halinde borca aykırılığın niteliğine göre yan yükümlülüğün ifasının imkansızlığa uğraması, temerrüt ve kötü ifa hallerinin gündeme geleceğini belirterek bu hallere ilişkin genel hükümlere işaret etmektedir, krş. THÉVENOZ, s.849 n.25.

⁶⁵ Eggen de 2019/770 sayılı Direktifin uygulanmadığı İsviçre hukuku bakımından dijital ürün sunan sözleşme tarafını aynı dijital ürünlerin satıcısı veya kiralayanı ifadelerini kullanmaktadır, bkz. EGGEN, s.479.

gelebilir. Ancak kusura dayanmayan bir yasal garanti sorumluluğu olarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kıyasen uygulanması, kusura dayanmayan sorumluluğun istisnai nitelikte olduğu dikkate alındığında uygun görülmebilir. Nitekim Direktifler öncesi dönemde güncelleme yükümlülüğünün ancak mevzuatında özel hüküm bulunan Üye Devletlerde tüketicilere sağlanan bir koruma olduğu belirtilmektedir.

Ayrıca her halükarda, ayıba karşı sorumluluk hükümlerinin uygulanması noktasında iki sorun doğabilir. İlk olarak ayıp hükümlerine göre ayıbın varlığı, tespiti ve tanıdığı hukuki imkanlar dijital ürünlerin niteliğine uygun düşmeyebilir. İkinci olarak ise o sözleşme türü için ayıp hükümleri öngörülmemiş veya şartları gerçekleşmemiş olabilir. Bu tür sözleşmelerde borca aykırılık sisteminin hangi düzenlemelerinin uygulama alanı bulabileceği incelenmelidir. Konu bağlamında temel hukuki sorun, bir sözleşmenin ifasından sonra tarafların birbirlerine karşı, ifa edilen asli edim yükümlülüğünün ifasından başka bir yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığıdır. Kanaatimizce güncelleme yükümlülüğü, sözleşmenin amacını ve tüketicinin dijital üründen beklediği kullanım yararını koruyan bir yan yükümlülük (*Nebenpflicht*) (*devoir accessoire*), etki anına göre ise bir etkisi devam yükümlülüğüdür (*nachwirkende Pflicht*). Nitekim 2019/771 sayılı Direktif bağlamında güncelleme yükümlülüğünü ele alan bir görüş, güncelleme yükümlülüğünü, akıllı ürünün sunulması yükümlülüğü sona erdikten sonra devam eden bir yükümlülük (*latent continuing obligation*) olarak nitelemektedir. Tüketicinin girişimciden tedarik ettiği süreli veya kullanımı süreye yayılan bir dijital ürünü, gelecekte makul bir süre zarfı boyunca performansını ve kullanım amacından ödün vermeden kullanabileceği yönündeki haklı beklentisi korunmaya değerdir. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış bile olsa, sözleşme amacı ile kullanım yararını korunması konusundaki makul ve haklı beklentinin sözleşme hukukundaki karşılığı ise kaynağı dürüstlük kuralın olan ve kronolojik olarak sözleşmenin olağan surette karşılıklı ifayla sona ermesinden sonra ortaya bir yan yükümlülüğün bulunduğu kabulüdür. Nitekim Direktif üzerinde oluşturulmuş literatürle bağlantı kurulacak olursa, bir görüşe göre sözleşme konusunun ayıpsız olarak ifa edilmesi de bir yan yükümlülüğüdür. Bu açıklamalar ışığında, güncelleme yükümlülüğünün ihlali halinde yasanın öngörmediği bir ifa engeli bulunduğu bir borca aykırılık olgusu bulunduğu için sözleşmenin müspet ihlali gündeme gelir. Sözleşmenin müspet ihlali halinde, borca aykırılığa ilişkin TBK m.112'nin doğrudan mı kıyasen mi uygulanacağı tartışmalıdır. Kanımızca bu takdirde, sözleşmenin müspet ihlalinin çok çeşitli borca aykırılık olgularını kapsamına alan geniş bir grup olduğu, kanun koyucu tarafından kanunun hazırlandığı dönemde öngörülmemen borca aykırılık hallerini içerdiği ve esasen burada bir örtülü boşluk olduğu dikkate alındığında TBK m.112 vd. hükümler ile borca aykırılığa ilişkin düzenlenen özel hükümlerin kıyasen uygulanacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelerin ve özellikle süresiz veya belirli bir süre boyunca tüketicinin kullanımına sunulan dijital ürünlerde, kira sözleşmesinde kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesine ilişkin TBK m.305 hükmünde öngörülen imkanların kıyasen uygulanabilir. Ancak bu halde dahi sorumluluk hukukumuzda kusura dayanmayan sorumluluk hallerinin istisnai olması karşısında ayıp sorumluluğuna ilişkin hükümlerin sunduğu hukuki imkanlardan faydalanılabilsen dahi sorumluluğun kurulması için sözleşme tarafının güncellemelerin sunulmamasında ya da güncellemelerin yeterli olmamasında kusurunun bulunması gerektiği sonucuna varılabilir.

Dijital ürün veya dijital unsurlu taşımının, dijital ürün ya da unsuru üretenden başka bir girişimci tarafından sunulması halinde, yukarıda değinildiği gibi güncellemeleri sağlaması beklenen kişi, bu sözleşmenin tarafı değildir. Ancak bu durumda güncelleme yükümlülüğünün asıl muhatabı olan dijital ürün üzerinde etki sahibi olan üreticiye karşı sözleşme kapsamında başvurulabilmesi için, tüketici, dijital ürünü kullanmak için açtığı kullanıcı hesabı sözleşmesi kapsamında üreticiye başvurabilir.

Son olarak, Direktiflerin çizdiği sorumluluk çerçevesi de mevcut haliyle kusursuz bir özel hukuk adaleti sunmaz. Zira tüketicinin dijital ürün veya dijital unsurlu taşımını temin ettiği girişimcinin üreticiden farklı bir kişi olması halinde, güncelleme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı doğan garanti sorumluluğu kapsamında tüketicinin haklarını (özellikle aynen ifa kapsamında güncellemelerin yapılması talebini) ileri sürmek isteyeceği kişi, esasen dijital ürün ve güncellemeler üzerinde etki sahibi olmayan girişimcidir. Girişimciye yüklenen riskin rücu imkânı (*seller's redress*) ile üreticiye aktarılması öngörülmüşse de, Çalışmada açıklanan gerekçeler ışığında bunun etkin ve adil bir risk dağılımı sağlayıp sağlamadığı da kuşkuludur.

KAYNAKÇA

- BACHMANN, Gregor: BGB § 241, Münchener Kommentar zum BGB, Band II, 9. Auflage, Verlag C.H.BECK, München 2022.
- BİTTNER, Lydia: “Verträge über digitale Produkte – der Beginn des digitalen Zeitalters im BGB”, VuR, 1, 2022, s.9-14.
- CHEVALLEY, Cyrill A. H./STÖCKLİN Fabia: “Neue europäische Rechtsentwicklungen bei Online-Verbraucherverträgen”, AJP, 7, 2022, s.1061-1077.
- COLOMBI CIACCHİ, Aurelia/VAN SCHAGEN, Esther: “Conformity under the Draft Digital Content Directive”, Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy II, ed. Reiner Schulze/Dirk Staudenmeyer/Sebastian Lohsse, Nomos, Baden-Baden 2017.
- ÇETİNER, Bilgehan/FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Güncellenip Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.
- EGGEN, Mirjam: “Digitale Inhalte und Dienstleistungen”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 4, 2021, s.470-484.
- EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III m.83 – 206, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- FLEİSCHER, Holger: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Rechtweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, Verlag C.H. Beck, München 2001.
- HESSEL, Stefan/POTEL, Karin: “Update qua Gesetz – Aktualisierungspflicht nach § 327 f BGB in der Praxis”, RDİ, 1, 2022, s.25-31.
- HUGUENİN, Claire: Obligationenrecht - Allgemeiner Teil und Besonderer Teil, Aktualisiert und teilweise neu bearbeitet von Eva Maissen, Barbara Meise, Tina Huber-Purtschert, Schulthess Juristische Medien, Zürich/Basel/Genf 2019.
- JANSSEN, André: “The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update”, in Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner /Staudenmeyer, Direk (ed.), Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI, Nomos, Baden-Baden 2022.
- JOLLS, Christine/SUNSTEİN, Cass R./THALER, Richard: “A Behavioral Approach to Law and Economics”, Stanford Law Review, 50(1471), 1998, s.1471-1550.
- KAPANCI, Kadir Berk: Satış Hukukunda Ayrıtan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, Garanti Matbaası, İstanbul 1968,
- KOCH, Bernhard A./PİCHONNAZ Pascal: “Der Entwurf einer neuen EU-Produkthaftungsrichtlinie aus schweizerischer Sicht”, SJZ, 119, 2023, s.627-642.
- KUMKAR, Lea Katharina : “Herausforderungen eines Gewährleistungsrechts im digitalen Zeitalter”, ZfPW, 3, 2020, s.306-332.
- KURTULAN GÜNER, Gökçe/ATAMER, Yeşim: “Avrupa Birliği Tüketici Hukukunda Yeni Bir Ayrım: Dijital İçerik ve Hizmetler ile Dijital Unsurlu Mallar”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXXVIII(4), 2022, s.617-653.
- MARTENS, Sebastian A. E.: Schuldrechtsdigitalisierung, Einführung in die Änderungen des Kauf- und Verbraucherrechts, insbesondere in die Regelungen der Verträge über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB), C. H. Beck, München 2022.
- METZGER, Axel: “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?“, Juristen Zeitung, 74, 2019, s.577–586.
- METZGER, Axel: BGB § 327 (MüKoBGB/Metzger BGB § 327f), Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2022.
- METZGER, Axel: BGB § 327f (MüKoBGB/Metzger BGB § 327f), Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2022.
- MİDDENDORF, Patrick: Nachwirkende Vertragspflichten, Universitätsverlag Freiburg, 2002.
- ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi – Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleriyle Birlikte, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1989.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Türk Borçlar Kanununa Göre ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayrıtan Doğan Sorumluluğun Şartları, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans: “Digital Obligations of Sellers of Smart Devices under the Sale of Goods Directive 771/2019”, in Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner /Staudenmeyer, Direk (ed.), Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI, Nomos, Baden-Baden 2022.
- SEİN, Karin: “Modifications of Digital Content or Services and of Digital Elements in Smart Products”, in Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner /Staudenmeyer, Direk (ed.), Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI, Nomos, Baden-Bade, 2022.
- SEROZAN, Rona: Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2022.

- SPECHT-RİEMENSCHNEİDER, Louisa/MEHNERT, Victor: “Updates und das „Recht auf Reparatur“, zum Zusammenspiel vertragsrechtlicher Aktualisierungspflichten und der Ökodesign-Richtlinie”, ZfDR, 4, 2022, s.313-337.
- SPİNDLER, Gerard/SEİN, Karin: “Die Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte”, MMR, 8, 2019, s.488-493.
- STAUDİNGER, Ansgar/ARZT, Markus: Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte, C.H. Beck, München 2022.
- ŞİT İMAMOĞLU, Başak: Planlı Eskieme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2020.
- THÉVENOZ, Luc: Art. 97 (CR CO I-Thévenoz, Art. 97), Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-252 CO, 3. Édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2021.
- WENDEHORST, Christiane: “The Update Obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer”, in Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmeyer, Direk (ed.), Smart Products – Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI, Nomos, Baden-Baden 2022. (Update Obligation)
- WENDEHORST, Christiane: “Die Regelungen des VGG zu digitalen Leistungen unter besonderer Berücksichtigung der Aktualisierungspflichten” (Aktualisierungspflicht), Das neue Gewährleistungsrecht – und einige weitere Novitäten des GRUG, hrsg. Peter Bydlinski, Verlag Österreich, Wien 2022, s.49 – 96.
- YAVUZ, Cevdet: Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta, İstanbul 1989.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I Giriş – Geçirim (Temlik) Borcu Doğuran Sözleşmeler – Kullanma ve Yararlanma Hakkı Veren Sözleşmeler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul 2022.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Işık Aslı HAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Işık Aslı HAN, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

ADİ ORTAKLIĞIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERLE İLİŞKİSİNDE ORTAKLIĞIN TEMSİLİ VE ARABULUCULUĞA BAŞVURU

REPRESENTATION OF THE ORDINARY PARTNERSHIP IN ITS RELATIONSHIP WITH THIRD PARTIES AND APPLICATION TO MEDIATION

Ekrem SOLAK* & Aytuğ Ceyhun ÇAKIR**

Makale Bilgi

Gönderi: 14/10/2023
Kabul : 06/01/2024

Anahtar Kelimeler

Adi Ortaklık,
Alternatif
Uyuşmazlık Çözümü,
Arabuluculuk,
Hak Ehliyeti,
Temsil.

Article Info

Received: 14/10/2023
Accepted: 06/01/2024

Keywords

Ordinary Partnership,
Alternative Dispute
Resolution,
Mediation,
Capacity to Have
Rights,
Representation

Özet

Adi ortaklık, kuruluşunun basit ve hızlı olmasından dolayı uygulaması en fazla olan ortaklık türlerinden biridir. Ancak adi ortaklık, tüzel kişiliği haiz olmadığından, ortaklığın hak ehliyeti bulunmaması ve borçları ortaklar üzerinde doğmaktadır. Adi ortaklık, ortakların durumu, ortaklığın temsili, hak ve taraf ehliyeti bakımından diğer ortaklık türlerinden ayrılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Türk hukuk sisteminin bir parçası olmuştur. Esasen ihtiyari olan arabuluculuk, zaman içerisinde yapılan birtakım yasal değişiklikler ile bazı uyuşmazlıklar açısından zorunlu hale getirilmiştir. Öte yandan, karakteristik özelliklerinden dolayı adi ortaklığın arabuluculuk sürecinde nasıl temsil edilmesi gerektiği, uygulamada bazı tereddütler doğurmaktadır. Çalışmamızda, adi ortaklığın üçüncü kişilerle ilişkisinde ortaklığın temsili ve arabuluculuğa başvuru konusu ele alınmıştır. Bu kapsamda, Türk hukukunda arabuluculuğun uygulama alanının zamanla genişlemesinden bahsedilmiş ve bu doğrultuda dava şartı olarak düzenlenen zorunlu arabuluculuk hallerine değinilmiştir. Arabuluculuğun temel özelliklerine temas edilerek adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmamasının önemi ortaya konmuştur. Bu bağlamda, adi ortaklığın temsili ile ortaklığın üçüncü kişilerle ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar dolayısıyla arabuluculuğa başvuru, öğretide yer alan görüşler ve yargı kararlarıyla birlikte değerlendirilmiştir.

Abstract

The ordinary partnership is one of the most common types of partnership in practice because of its simple and quick establishment process. However, since the ordinary partnership does not have a legal entity, the partnership does not have the capacity to have rights and its debts arise on the partners. The ordinary partnership differs from other types of partnerships in terms of status of the partners, representation of the partnership, capacity to have rights and capacity to sue. Mediation, which is one of the alternative dispute resolution methods, became a part of Turkish law system with the Act on Mediation in Civil Disputes No. 6325. Mediation, which is essentially optional, has become compulsory in terms of some disputes with some legal changes made over time. On the other hand, representation of the ordinary partnership within the mediation process causes some concerns in practice because of its natural features. In this paper, the representation of the ordinary partnership and the application to mediation are discussed due to the relationship of the ordinary partnership with third parties. In this context, the expansion of the application area of mediation in Turkish law over time has been mentioned, and in this direction, compulsory mediation, which is regulated as a litigation condition, has been referred. By touching on the fundamental features of mediation, the importance of the lack of legal entity of an ordinary partnership has been revealed. Regarding this, representation of the ordinary partnership and the application to mediation due to the disputes arising from the relationship of the ordinary partnership with the third parties has been considered together with the opinions in the doctrine and the judicial decisions.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](#) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** Dr. Öğr. Üyesi, Balıkesir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** SOLAK, Ekrem/ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun, "Adi Ortaklığın Üçüncü Kişilerle İlişkisinde Ortaklığın Temsili Ve Arabuluculuğa Başvuru", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.15-28. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The increase in the workload in the courts both increases the pressure on the judiciary and causes complaints in the society due to the delay of the cases. In order to eliminate this negative situation, alternative dispute resolution methods are encouraged worldwide, and alternative dispute resolution methods are developed as judicial reform in most countries. In Turkish Law, the legislator realized the importance of alternative dispute resolution methods as well; and mediation, which is one of the most effective alternative dispute resolution methods, has been included in our legal system with the Mediation Code in Legal Disputes. Mediation, which is essentially optional, has become compulsory as a rule in terms of some disputes with some legal changes made over time. Thus, the application area of mediation has expanded considerably, and it has started to play an active role in the resolution of disputes as an alternative dispute resolution method.

The most important feature of an ordinary partnership in the mediation process is that it does not have a legal entity. The fact that an ordinary partnership does not have capacity to have rights as having a separate and independent legal entity from the partners brings some consequences with it. In an ordinary partnership, joint ownership is essentially accepted. The things, receivables and real rights acquired for the ordinary partnership or transferred to the partnership belong to all the partners jointly within the framework of the partnership agreement. On the other hand, the partners are directly responsible for the debts arising from the transactions to which the ordinary partnership is a party. Since an ordinary partnership does not have a legal entity, it does not have the capacity to sue. However, this does not mean that mediation cannot be used in a dispute to which the ordinary partnership is a party. Because mediation is not a judicial activity, it is an alternative dispute resolution method. In that case, if the disputes to which the ordinary partnership is a party are preferred to be resolved through mediation, it should be determined how the partnership and the partners can participate in the process. Since the ordinary partnership does not have a legal entity, the partners must, as a rule, put forward the claims regarding the partnership assets together. However, it is also possible to apply for mediation on behalf of the ordinary partnership through representation. At this point, the distinction between usual transaction and unusual transaction is important for the management of the ordinary partnership. As a rule, the managerial authority of managers covers only usual transactions. Unanimous consent of the partners is sought for unusual transactions. In this case, if the application to mediation is to be considered as a usual transaction, the ordinary partnership manager will be able to apply for mediation without the approval of all partners, otherwise he/she will have to get the approval of all partners.

In determining whether an ordinary partnership manager has the authority to apply for mediation, both the views accepted in the doctrine and the criteria applied by the supreme court about the representation of the ordinary partnership are not sufficient. At this point, it is necessary to make an evaluation by taking the characteristics of the mediation activity into account. As the term of usual transaction, it is necessary to understand the daily, normal, jobs seen in every workplace. Unlike judicial decisions based on justification, mediation has a feature where it can also approve agreements contrary to the interests of the parties. In addition to this, when an agreement is reached at the end of the mediation activity, the parties to the dispute cannot file a lawsuit on the matters agreed upon, and the agreement document may have the qualification of a verdict. Therefore, in our opinion, the fact that decisions can be taken that may change the fate of the partnership, especially affecting the assets, with an agreement reached at the end of the mediation activity, and that all partners are primarily, personally, unlimitedly, jointly and severally liable as a result of these decisions, it is necessary to consider the application to mediation as an unusual transaction.

As a result of the acceptance of the application to mediation as an unusual transaction, the unanimity of the partners will be sought for this process to be carried out. The authority to take action in unusual transactions belongs to the partners. Besides, the partners may authorize the manager to apply to a mediator with a unanimous decision of the partners. In accordance with the provision of Turkish Code of Obligations Art. 637/3, the manager has the authority to represent ordinary partnership as a legal presumption. In this respect, the manager, who has been given special authority, can apply for mediation in a way that binds all partners. The manager will be able to apply for mediation within the scope of the authority to be given to the manager by the decision of the partners. In this case, the manager can apply to mediation for any dispute which is eligible for mediation. Depending on the size of the ordinary partnership, it is possible for the partners to be uncomfortable with the fact that such a wide authority is given to the manager or because of the possibility of abuse of this authority by the manager. In this respect, the partners may limit the representation authority which they give to the manager in terms of subject, amount, time, and type of transaction. Since the ordinary partnership does not have the capacity to sue, the application on behalf of the ordinary partnership is actually made on behalf of each partner. Considering the application to mediation as an unusual transaction will also ensure transaction security in the mediation process. Because, at the beginning of the mediation activity, the mediator should check whether those who will participate in the mediation negotiations as a party have the authority and competence to participate in the process and reach an agreement.

Furthermore, in a dispute in which the ordinary partnership is a party, it is possible to apply to mediation by the third parties against the partnership. Within this scope, it is necessary to make a consideration according to whether the request made by the third parties to the partnership is an act that is possible to be fulfilled by one of the partners or not. In an application for mediation against an ordinary partnership, if the subject of the application is an action that one or more of the partners can fulfill, the application may be directed to one or more of the partners. On the other hand, if the subject of the application against the ordinary partnership is an action that must be fulfilled by all partners, the mediation request should be directed to all partners.

I. GİRİŞ

Mahkemelerin iş yükündeki öngörülemez artış¹ yargılama sürecini hem gereğinden fazla uzatmış hem de yargılamanın taraflara olan maliyetini artırmıştır². Bu durum ise son yirmi yıldır neredeyse tüm modern hukuk sistemlerini yargı faaliyetlerini hızlandırmak, etkin kılmak ve yargılama giderlerini azaltmak için reform yapmaya zorlamıştır³. Çoğu ülke, adalet sistemindeki aksaklıkları gidermek için bütçe artırma çabalarına rağmen yargılama sistemindeki sorunları çözememiştir⁴. Yargılamaların uzun sürmesi ve maliyetli olması, vatandaşların adalete erişimini de sınırlandırmaktadır. Tüm bunlara ek olarak, uyuşmazlıkların mahkemeler aracılığıyla çözümlenmesinde taraflar genellikle verilecek karar üzerinde kontrolünü yitirebilmektedir.

Mahkemelerdeki iş yükü artışı, hem yargı erki üzerindeki baskıyı artırmakta hem de toplumda davaların gecikmesi nedeniyle şikâyetlere neden olmaktadır. Bu menfi durumu ortadan kaldırmak için alternatif uyuşmazlık çözüm yolları dünya genelinde teşvik edilmekte⁵ ve çoğu ülkede yargı reformu olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları geliştirilmektedir⁶. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları taraflar arasındaki uyuşmazlıkları derinleşmeden, aleniyet kazandırmadan, ciddi zaman ve masraf kaybına sebebiyet vermeden ve tarafları sürece dahil ederek çözebilmektedir⁷.

Türk Hukukunda da kanun koyucu alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının önemini fark etmiş ve etkin alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuğun hukuk sistemimize dahil edilmesi için mevzuatta değişiklik yapmıştır. Ülkemizde mahkemelerin iş yükü dikkate alınarak, taraflara sadece dava yoluyla değil kendi iradeleri doğrultusunda uyuşmazlıkları çözebilmelerine imkân tanımak maksadıyla 6325 sayılı “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu” kabul edilmiştir⁸. Her ne kadar 6325 sayılı Kanun (HUAK) ihtiyari arabuluculuk esas alınarak düzenlenmiş olsa da sonrasında kabul edilen 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun⁹ “Dava şartı olarak arabuluculuk” kenar başlığını taşıyan 3. maddesiyle zorunlu arabuluculuk kavramı hukuk sistemimize girmiş bulunmaktadır. İş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğun kabulünden sonra 7155 sayılı Kanun’un¹⁰ 20. maddesiyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na¹¹ (TTK) 5/A¹² maddesi eklenmiş ve bu değişikliklerle beraber konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bakımından dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurmak zorunlu hale gelmiştir. Ardından, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a¹³ eklenen 73/A¹⁴ maddesiyle tüketici uyuşmazlıklarında da dava açılmadan önce arabulucuya başvurma şartı getirilmiştir¹⁵. Son olarak, 05.04.2023 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁶ kapsamında 01.09.2023 tarihinde yürürlüğe girmek üzere¹⁷ birtakım yasal değişiklikler yapılmış ve zorunlu arabuluculuğun uygulama alanı bir kez daha önemli ölçüde genişletilmiştir. Bu değişiklikler çerçevesinde 7445 sayılı Kanun’un 37. maddesiyle 6325 sayılı Kanun’a

¹ ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Alanında Hukuk Politikası Belgesi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), 2021, s.5.

² ESPLUGUES, Carlos: Introduction, New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives, (ed.) Carlos Esplugues/Louis Marquis, Springer, 2015, s.2.

³ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ): European judicial systems, Edition 2010 (data 2008), Efficiency and quality of justice, s.279. Adı geçen komisyon raporu için bkz. https://uihj.com/archive-iihj/en/ressources/21628/75/european_judicial_systems_-_2010.pdf (Erişim: 28.09.2023).

⁴ ESPLUGUES, s.2.

⁵ ESPLUGUES, s.2-3.

⁶ ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.557.

⁷ AKİL, Cenk: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.75; ŞANLI, s.557.

⁸ RG: 22.06.2012, 28331.

⁹ RG: 25.10.2017, 30221.

¹⁰ 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, RG: 19.12.2018, 30630.

¹¹ RG: 14.02.2011, 27846.

¹² “Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (f.1). Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir (f.2)”.

¹³ RG: 28.11.2013, 28835.

¹⁴ “Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz: a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın ayırından doğan uyuşmazlıklar (f.1). 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 18/A maddesinin onbirinci fıkrası tüketici aleyhine uygulanmaz (f.2). Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez (f.3). Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketici lehine sonuçlanması hâlinde arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilir (f.4)”.

¹⁵ Tüketici hukuku bağlamında arabuluculuk faaliyetine ilişkin olarak, bkz. ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun/SOLAK, Ekrem: “Tüketici Hukuku Bağlamında Arabuluculuk Faaliyetine Hakim Olan Temel İlkeler”, Regesta, 6(3), 2021, s.467-494.

¹⁶ RG: 05.04.2023, 32154.

¹⁷ 7445 sayılı Kanun’un 43. maddesi uyarınca, “Bu Kanunun; a) 31 inci, 34 üncü, 36 ncı, 37 nci, 38 inci ve 41 inci maddeleri 1/9/2023 tarihinde, b) Diğer maddeleri yayımı tarihinde, yürürlüğe girer.”

18/A maddesinden sonra gelmek üzere “Bazı uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk” kenar başlıklı 18/B maddesi eklenmiş; kiralanan taşınmazların 2004 sayılı Kanun’a göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, taşınır ve taşınmazların paylaşılması ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’ndan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar zorunlu arabuluculuğun kapsamına dahil edilmiştir. Yine, 7445 sayılı Kanun’un 31. maddesiyle TTK 5/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında” ibaresi “para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında,” şeklinde değiştirilmiş; 7445 sayılı Kanun’un 41. maddesiyle de 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrasına “Bu alacak ve tazminatla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları hakkında birinci cümle hükmü uygulanır.” cümlesi eklenmiştir. Böylelikle, TTK m.5/A kapsamında ve iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı / tazminatı ile ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları için de dava şartı olarak arabuluculuğa başvuru zorunlu hale gelmiştir. Dolayısıyla görülmektedir ki, arabuluculuk müessesesi Türk Hukuk sistemi içerisinde zamanla uygulama alanı genişleyen, uyuşmazlıkların çözümünde son derece önemli, kayda değer bir konuma sahiptir.

Dava şartı arabuluculuk dışında arabuluculuğa başvurmak ve arabuluculuğu kabul etmek ihtiyaridir. Bu genel ilkeler adi ortaklık bakımından da geçerlidir. Ancak adi ortaklığın tüzel kişiliği haiz olmaması uygulamada birtakım soru işaretlerine sebep olmaktadır. Bu itibarla, çalışmamızda genel olarak arabuluculuğa temas edildikten sonra adi ortaklığın tüzel kişiliği haiz olmamasının önemi, adi ortaklığın temsili ve esasen adi ortaklığın üçüncü kişilerle ilişkisinde arabuluculuğa başvuru konusu ele alınmıştır.

II. GENEL OLARAK ARABULUCULUK

Arabuluculuk, özü itibarıyla yargılama dışı bir alternatif çözüm yöntemi olup, yargılamaların uzun sürmesi, tarafların sınırlı katılımı gibi devlet yargılamasının olumsuz yönlerini bertaraf etmek amacıyla geliştirilen bir uyuşmazlık çözüm yoludur. HUAK m.2/1-b uyarınca arabuluculuk;

“Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini”

ifade etmektedir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere arabulucu aslında iletişim tekniklerini sistemik bir biçimde uygulayarak tarafların bir masa etrafında bir araya gelmelerini, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için uyuşmazlığı müzakere etmelerini ve aralarında bir diyalogun kurulmasını sağlamaktadır¹⁸. Başka bir ifadeyle arabuluculuk, tarafların sağlıklı bir iletişim ortamında müzakere etmesini sağlayarak onların kendi başlarına ulaşamadıkları anlaşma sonucuna ulaşmalarına yardımcı olmayı hedefleyen bir araçtır¹⁹. Dolayısıyla arabuluculuk, özü itibarıyla bir yargılama faaliyeti değildir. Zira arabuluculuk sürecinde arabulucu, uyuşmazlığı bir karar vererek değil; tarafların menfaatlerinin dengelenmesini amaçlayan bir anlaşma zemininin yaratılması ve bu süreç neticesinde her iki tarafın bir anlaşmaya ulaşması yoluyla çözümlenmektedir²⁰. Arabuluculuk sürecinin işleyişinde bir anlaşmaya varılması tamamen tarafların takdirindedir²¹. Bu sebeple arabulucu süreçte aktif değil, pasif konumdadır; onun temel işlevi taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözülmesinde taraflara yardımcı olmaktır²². Ancak şu hususu da vurgulamakta fayda bulunmaktadır: 7036 sayılı Kanun ile HUAK m.2/1-b’de yapılan değişikliklerle arabulucuya, tarafların çözüm üretmediği durumlarda bağlayıcı olmayacak şekilde çözüm önerebilme imkânı tanınmıştır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu her türlü uyuşmazlığın arabuluculuk kapsamında müzakere edilmesine müsaade etmemiştir. HUAK m.1/2 uyarınca, arabuluculuğa “yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi...” için başvurulabilmektedir²³. Buradan anlaşıldığı üzere taraflar her türlü uyuşmazlık için değil, sadece üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları için arabuluculuğa başvurabilecektir. Bu çerçevede, kamu hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklar açısından HUAK hükümlerine göre arabuluculuğa başvurmak mümkün değildir²⁴.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu kapsamında bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla sona erdirilebilmesi için, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir uyuşmazlık söz konusu olmalıdır (HUAK m.1/2). Ne var ki, anılan madde metninde tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıktan ne anlaşılması gerektiği düzenlenmemiştir. Bu konuda 6100 sayılı Hukuk

¹⁸ TANRIVER, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim-II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.184.

¹⁹ EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin: Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.29.

²⁰ SUBAŞI, İbrahim: “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s.760-761; ÖZBAY, İbrahim: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, EÜHFĐ Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan, X(3-4), 2006, s.465.

²¹ TANRIVER, Süha: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, Makalelerim-I, Ankara, 2007, s.67.

²² İLDIR, Gülğün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.100-105; KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.69.

²³ “Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir” (HUAK m.1/2, c.2).

²⁴ Aynı yönde, bkz. ARIKAN, Gökçe: “Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi İle Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXV(2), 2021, s.132, dn.8.

Muhakemeleri Kanunu²⁵ (HMK) m.313/2 yol gösterici olabilecektir. Zira HMK m.313/2’de “sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir” hükmü yer almaktadır.²⁶ O halde arabuluculuk, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri, yani “sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları” kapsamında uygulama alanı bulacaktır.²⁷ Bu çerçevede, başvuru konusu uyuşmazlık için varılan sonucun hukuk düzeninde mümkün olması ve tarafların bu sonucu yaratmaya yetkili olması gerekir.²⁸

Arabuluculuk faaliyetine hakim olan temel ilkelerden biri de iradiliktir.²⁹ HUAK m.3’te iradilik ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek ya da süreçten vazgeçmek konusunda tamamen serbesttir. Kural olarak tarafların arabulucuya başvurması tamamen iradidir. Bu kapsamda arabuluculuk süreci ancak taraflardan birinin arabuluculuğu diğerine teklif etmesi veya doğrudan arabulucuya başvurması ve diğer tarafın kabul etmesi halinde mümkün olacaktır. Öte yandan, dava şartı olarak kabul edilen zorunlu arabuluculuk hallerinde de iradilik ilkesinin esasen geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Zira bu ihtimalde, sadece arabuluculuk faaliyetinin başlatılması konusunda tarafların ortak bir iradesi bulunmaz. Dava açılmadan önce, uyuşmazlığın taraflarından birinin tek taraflı başvurusu ile arabuluculuk faaliyetinin başlatılabilmesine imkân tanınmıştır. Arabuluculuk süreci başladıktan sonra ise taraflar, yine süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak ya da uyuşmazlığı arabuluculuk yöntemiyle çözmekten vazgeçmek hususunda serbesttirler.³⁰

Bu itibarla, içinde bulunduğu bir hukuki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmek isteyen veya dava şartı arabuluculuk kapsamındaki bir uyuşmazlık için arabulucuya başvurmak zorunda olan veya kendisi aleyhine arabuluculuk başvurusunda bulunulan adi ortaklık için de yukarıdaki hususlar geçerlidir. Ancak gerçek veya tüzel kişiler bakımından kimlerin arabuluculuğa başvurabileceği ve bu süreçte kişiyi kimin temsil edeceği nispeten kolay tespit edilebilirken, adi ortaklığın tüzel kişiliği haiz olmamasından dolayı arabuluculuğa nasıl başvurabileceği ve kim tarafından temsil edilebileceği daha yakından incelenmelidir.

III. ADI ORTAKLIĞIN TÜZEL KİŞİLİĞİNİN BULUNMAMASININ ÖNEMİ VE ÖZELLİKLE ORTAKLIĞIN TEMSİLİ

A. Adi Ortaklığın Tüzel Kişiliğinin Bulunmamasının Önemi

Adi ortaklığın arabuluculuk sürecinde önem arz eden en önemli özelliği tüzel kişiliğinin olmamasıdır.³¹ Adi ortaklığın kurulmasıyla aslında bir “kişi birliği” kurulmuş olmaktadır.³² Dolayısıyla bu kişi birliği, kendisini oluşturan kişilerin dışında bağımsız bir hak süjesi teşkil etmemektedir. Zira hak sahipliği, hukuken kişi olmaya bağlanmıştır.³³ Bu bakımdan, adi ortaklık hak ehliyetine sahip değildir.³⁴

Adi ortaklığın bağımsız bir hak süjesi teşkil etmemesi, bazı sonuçları beraberinde getirmektedir. İlk olarak, adi ortaklık bir elbirliği ortaklığı olarak düzenlenmiştir. TBK m.638/1’e göre, “ortaklık için edinilen veya ortaklığa devredilen şeyler, alacaklar ve aynı haklar, ortaklık sözleşmesi çerçevesinde elbirliği hâlinde bütün ortaklara ait olur”. Ancak belirtilmelidir ki, madde metninde geçen “...ortaklık sözleşmesi çerçevesinde...” ifadesinden yola çıkılarak sözleşmede elbirliği ortaklığı ve dolayısıyla elbirliği mülkiyeti

²⁵ RG: 04.02.2011, 27836.

²⁶ Akyol Aslan, serbestçe tasarruf yetkisi dışında kalan hususları şu şekilde ifade etmiştir: “kamu düzenine ilişkin, kamu yararını ilgilendiren bir uyuşmazlığın söz konusu olduğu hallerde, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde etmelerinin mümkün olmadığı ya da istedikleri gibi mümkün olmadığı uyuşmazlıklarda, hâkimin tarafların istem sonucuyla bağlı olmayıp başka bir şeye karar verebileceği hallerde, hâkimin resen harekete geçtiği uyuşmazlıklar ile resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklarda, kanunun açıkça taraf iradelerinin etki (hüküm ve sonuç) doğurmayacağını hükme bağladığı hallerde (örneğin kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesinin yapılamamasında olduğu gibi), tasarruf yetkisinin şu ya da bu ölçüde kısıtlanmış olduğu söylenebilecek uyuşmazlıklar bakımından sulh sözleşmesi mümkün olmayabilecektir”. Bkz. AKYOL-ASLAN, Leyla: “Dava Konusu Dışında Kalan Hususların Sulhun Kapsamına Dâhil Edilmesi (HMK md. 313/3)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.176.

²⁷ HUAK madde gerekçeleri m.1; TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.51.

²⁸ EMİNOĞLU/ERDOĞAN, s.49.

²⁹ Bkz. ÇAKIR/SOLAK, s.472 vd.

³⁰ KOÇYİĞİT, İlker/YEŞİLKAYA, İzzet: Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.94; ÇAKIR/SOLAK, s.482; ABUGALI, Gulden: Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Türk ve Rus Hukukuna Göre Arabuluculukla Çözülmesi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.59.

³¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.853; BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.29; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, Cilt I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, N.74; ŞENER, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.154-155; KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku: Şirketler Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s.133; YALMAN, Macit/TAYLAN, Erbay: Adi Ortaklık, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1976, s.169; GİRGİN, Ömer Ali: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s.35; BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.79 vd. Bununla birlikte, Fransız hukukunda Kanun’la (Fransız Medeni Kanunu m.1842/1), Alman hukukunda mahkeme kararlarıyla (BGH 29.01.2001, NJW2001 1056) adi ortaklığa tüzel kişilik kazandırılmıştır. Bkz. EREN, Özel Hükümler, s.853 dn.38; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.74.

³² BARLAS, s.79.

³³ BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri – I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.154, 547.

³⁴ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s.1-2, 307; EREN, Özel Hükümler, s.853. Adi ortaklığın hak ehliyetine sahip olduğu yönündeki görüşü için, bkz. PEKSÖZ, Vildan: Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.162 vd.

yerine paylı mülkiyetin kararlaştırılabileceği kabul edilebilir. Böyle bir ihtimalde her ortağın, kendi payı üzerinde tasarrufta bulunma imkânı olur³⁵. Ne var ki, bu durum adi ortaklıktaki ortak amaç için birlikte çaba unsuru ve adi ortaklığın tabiatı açısından uygun değildir³⁶.

Adi ortaklığın bir elbirliği ortaklığı olması dolayısıyla, adi ortaklığın malvarlığı üzerinde tek bir mülkiyet vardır ve mülkiyet hakkı tüm ortaklara aittir. Dolayısıyla ortakların ortaklığın malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri payları mevcut olmayıp, ortakların elbirliği mülkiyetinin konusu olan mal üzerinde birlikte tasarruf etmeleri gerekir. Zira 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu³⁷ (TMK) m.701/2 hükmü uyarınca, “elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır”. Dolayısıyla, kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça gerek yönetim gerekse tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir (TMK m.702/2). Bunun tek istisnası, ortaklardan her birinin ortaklığa giren hakları korumasında görülür. Ancak bu durumda da korumadan tüm ortaklar yararlanır³⁸ (TMK m.702/4).

Adi ortaklık, hak süjesi teşkil etmediğinden ortaklığın taraf olduğu işlemlerden kaynaklanan borçlardan doğrudan doğruya ortaklar sorumludur³⁹. Kanun koyucu, müteselsilen sorumluluk esasını benimsemiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁴⁰ (TBK) m.638/3'e göre, “ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar”. Bu itibarla, adi ortaklığı bağlayıcı bir şekilde hukuki işlemin tarafı olarak bizzat veya temsilci aracılığıyla yer alan ortaklar, alacaklıya karşı müteselsilen sorumludurlar. Ortakların sorumluluğu, birinci derecede, şahsen, sınırsız ve müteselsilendir⁴¹.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı için adli işlemlerde (dava açma, icra) aktif ve pasif taraf olma yeteneği; taraf ehliyeti bulunmamaktadır⁴². Bu itibarla, adi ortaklığın aktif dava ehliyeti bulunmadığı gibi, adi ortaklığa bir husumet yöneltilmesi suretiyle dava açılması da mümkün gözükmemektedir⁴³. Adi ortaklıkta, ortakların kural olarak ortaklık malvarlığına ilişkin talepleri birlikte ileri sürmeleri gerekir. Buna karşın, ortaklara karşı dava açılırken ya da icra takibi yapılırken ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı olup olmadığı tartışmalı olup⁴⁴, fikrimizce uyuşmazlık konusunun bir veya birkaç ortak tarafından yerine getirilmesinin mümkün olup olmaması bakımından bir ayırım yapılması gerekir.

Adi ortaklık bir hukuki işlemden taraf olarak bulunamaz. Ancak uygulamada adi ortaklık hukuki işlemlere taraf olarak gösterilmektedir⁴⁵. Söz konusu hukuki işlemin tarafı ortaklardır. Bu bakımdan adi

³⁵ ŞENER, s.182; EREN, Özel Hükümler, s.854; ÇİFTÇİ, Tuğba: Adi Ortaklık ile İlgili Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.92-93; PEKSÖZ, s.29 vd. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.688/3 uyarınca; “Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczedilebilir.”

³⁶ BARLAS, s.108; PEKSÖZ, s.32; ÇİFTÇİ, s.93.

³⁷ RG: 08.12.2001, 24607.

³⁸ EREN, Özel Hükümler, s.855.

³⁹ BAHTİYAR, s.40; EREN, Özel Hükümler, s.855.

⁴⁰ RG: 04.02.2011, 27836.

⁴¹ EREN, Özel Hükümler, s.855-856.

⁴² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.74a; BARLAS, s.95; ŞENER, s.155; ÇİFTÇİ, s.130. Adi ortaklığın, hak ve taraf ehliyetinin bulunduğu yönünde aksi görüş için, bkz. PEKSÖZ, s.162 vd.

⁴³ KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medeni Usul Hukuku, C. 1, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.311.

⁴⁴ Bir görüşe göre adi ortaklığa karşı açılacak davanın bütün ortakların hasım gösterilerek açılması gerekir, bkz. KARAYALÇIN, s.133; Diğer bir görüşe göre ise, ortaklar adi ortaklığın borçlarından müteselsilen sorumlu oldukları için alacaklı, ortaklardan dilerse birine veya birkaçına dava açabilir, bkz. ANSAY, Tuğrul: Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara, 1967, s.125-126; Bir başka görüş, ortaklığa yöneltilen talebe göre ayırım yapmaktadır. Eğer ortaklığa yöneltilen talep bir ortak tarafından yerine getirilmesi mümkün nitelikte ise ortaklardan bir veya birkaçına yöneltililebilir, bkz. BARLAS, s.102; ŞENER, s.163; ayrıca, bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.74b.

Yargıtay 6. HD, 20.06.2023, E.2022/2342 K.2023/2432, “...adi ortaklığın hukuki varlığı mevcut olmakla birlikte tüzel kişiliği bulunmadığı, eldeki davanın sadece adi ortaklık tarafından açıldığı, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından aktif dava ehliyeti de bulunmadığı...”; Yargıtay 11. HD, 30.03.2022, E.2020/5419, K.2022/2565, “...icra takibinde borçlunun ... ve Ortaklığı - ... ve Prese Fabrikası şeklinde gösterildiği, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmayıp, adi ortaklığın borcu sebebiyle adi ortaklık aleyhine dava açılması veya icra takibi yapılmasının mümkün olmadığı, adi ortaklık aleyhine girilen icra takibinin geçerli bir takip olarak kabul edilemeyeceği...”; Yargıtay HGK, 24.06.2020, E.2017/3-457, K.2020/469, “...Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Bu nedenle adi ortaklığa karşı açılan dava, diğer ortakların tümüne karşı yöneltilmiş demektir. Başka bir anlatımla, aktif ve pasif taraf ehliyeti tüm ortaklara aittir. Bu açıdan ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Adi ortaklık, adına üçüncü kişiler aleyhine açılacak davaların bütün ortaklar tarafından açılması gerekir. Keza, bir ortağın diğeri aleyhine açtığı davada da, tüm ortaklar davaya dahil edilmelidir...” şeklindeki kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim: 30.12.2023).

⁴⁵ PEKSÖZ, s.50, 157 vd. Bir Yargıtay kararına konu olan olayda adi ortaklığın çek hesabının açıldığı ve ortaklığın çek keşide ettiği de görülmüştür: “Davacı vekili, müvekkili şirkete ciro yoluyla geçen 23/08/2013 tarihli 40.000,00 TL, 26/07/2013 tarihli 39.675,00 TL, 29/09/2013 tarihli 39.500,00 TL bedelli çeklerin, ödenmesi için bankaya ibraz edildiğinde karşılığının çıkmadığını, çeklerin keşidecisinin “... İş Ortaklığı” olduğunu, ... San. Tic. Şti. tarafından cirolanarak müvekkiline verildiğini, adi ortaklığı oluşturan şirketler ve cırantaya karşı takip yapılmasına rağmen netice alınmadığını, gerek adi ortaklığın gerekse adi ortaklığı oluşturan şirketlerin piyasaya yüklü miktarda borcu bulunduğunu, davalı bankanın Çek Kanunu kapsamında çek hesabı açarken göstermesi gereken özeni ve dikkati göstermediğini, çek hesabı açılmaması gereken Adi Ortaklık adına çek hesabı açarak müvekkilinin zararının oluşmasına neden olduğunu, 5941 sayılı Kanuna göre çek hesabının ancak gerçek ya da tüzel kişiler adına açılabilceğini ileri sürerek, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla alacak değerinin tam olarak belirlendiği aşamada HMK'nun 107. maddesi gereğince artırılmak üzere şimdilik 5.000,00 TL'nin faizi ile birlikte tahsilini talep etmiş, 20.01.2016 tarihli dilekçesiyle ıslah harcı yatırmak suretiyle 58.183,77 TL'nin tahsilini istemiştir.” Karar için, Yargıtay 11.HD, 29.11.2018, E.2016/14223, K.2018/7489, bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim: 20.09.2023). Başka bir Yargıtay kararına konu olan olayda ise adi ortaklık çekte lehtar olarak gösterilmiştir: “Davaya konu çekte, davacı ... keşideci, diğer davacı ...adi ortaklığı lehtar, dava dışı... cırantaya, davalı faktoring şirketi ise yetkili son hamildir. Faktoring ilişkisi davalı şirket ile ... arasında olup, diğer davacı adi

ortaklık eğer bir hukuki işleme katılacaksa ya bu işlemi tüm ortaklar yapmalı ya da adi ortaklık temsil hükümlerine göre temsil edilmelidir⁴⁶.

B. Adi Ortaklığın Temsili

Adi ortaklığın hak ehliyeti bulunmadığı için adi ortaklığın temsili ifadesinden, ortakların toplu olarak temsil edilmesi anlaşılmalıdır. Zira adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından, üçüncü kişilerle ortaklık arasındaki hukuki işlemleri ortaklık adına yapacak, ortaklığı dış dünyada temsil edecek bir temsil organı da yoktur. Bu sebeple adi ortaklığı, üçüncü kişilerle yapılacak hukuki işlemlerde ortaklar temsil eder. Ortaklar, alacakları bir kararlar, içlerinden bir veya birkaçına üçüncü kişilerle ilişkilerinde kendilerini temsil etmek üzere yetki verebilecekleri gibi, bir başka üçüncü kişiye de temsil yetkisi verebilirler⁴⁷.

Adi ortaklığın temsili, TBK’da “Ortakların üçüncü kişilerle ilişkisi” başlığı altında ifadesini bulmuştur (TBK m.637-638). Adi ortaklık doğrudan temsil edilebileceği gibi dolaylı olarak da temsil edilebilir⁴⁸. Dolaylı temsilde hukuki işlem, dolaylı temsil yetkisine dayanılarak temsilci adına, fakat temsil olunan hesabına yapılır⁴⁹. TBK m.637/1’de adi ortaklığın dolaylı temsili düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “kendi adına ve ortaklık hesabına bir üçüncü kişi ile işlemde bulunan ortak, bu kişiye karşı bizzat kendisi alacaklı ve borçlu olur”. Dolayısıyla, bu tür temsil sonunda yapılan hukuki işlemde doğan haklar ve borçlar, önce temsilcinin hukuk alanında doğar; daha sonra ikinci bir işlemle bu hak ve borçlar temsilci tarafından temsil olunana, yani adi ortaklığa devredilir⁵⁰.

Adi ortaklıkta doğrudan temsil TBK m.637/2 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, “ortaklardan biri, ortaklık veya bütün ortaklar adına bir üçüncü kişi ile işlem yaparsa, diğer ortaklar ancak temsile ilişkin hükümler uyarınca, bu kişinin alacaklısı veya borçlusu olurlar”. Doğrudan temsilde temsilcinin, temsil olunan adına ve hesabına yaptığı hukuki işlemin sonuçları, doğrudan doğruya temsil olunana bağlar (TBK m.40/1). Bu itibarla, adi ortaklığın doğrudan temsili halinde tüm ortaklar yapılan hukuki işlemle bağlı olacaktır⁵¹.

Türk Borçlar Kanunu m.637/3 hükmü uyarınca;

“Kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır. Ancak, temsil yetkisine sahip yönetici ortağın yapacağı önemli tasarruf işlemlerine ilişkin yetkinin, bütün ortakların oybirliğiyle verilmiş olması ve yetki belgesinde bu hususun açıkça belirtilmiş olması şarttır”.

O halde TBK m.637/3’te yönetici ortaklar için temsil karinesi kabul edilmiştir⁵². Bu karineyle birlikte kendisine yönetim vazifesi bırakılmış ortağın kanundan doğan bir temsil yetkisi bulunmaktadır. TBK m.637/3 hükmünün zıt anlamından, kendisine yönetim görevi bırakılmayan bir ortağın temsil yetkisi bulunmadığı sonucu çıkmaktadır. Hangi ortağın temsil yetkisine sahip olduğunu tespit edebilmek için hangi ortağa yönetim yetkisinin verildiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu cümleden olarak, TBK m.625/1’de “yönetim, sözleşme veya kararlar yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir” hükmü bulunmaktadır. Bu kapsamda ortaklar, adi ortaklık sözleşmesinde kimin yönetici olacağını belirleyebilirler. Şayet yönetici, sözleşmeyle belirlenmemişse ortaklar sonradan alacakları bir karar ile de yönetici atayabilirler. Bu yönetici, ortaklardan biri veya birkaçı olabileceği gibi dışarıdan biri de olabilir; dolayısıyla yöneticinin ortak olma zorunluluğu bulunmamaktadır⁵³. Eğer yönetim, sözleşme veya kararlar yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmamışsa, yönetim hakkı tüm ortaklara aittir (TBK m.625/1). Bu durumda, tüm ortaklar yönetim hakkına sahip olduğu gibi, yine tüm ortaklar temsil yetkisine de sahip bulunur⁵⁴.

Adi ortaklık, ortakların tümü ya da birkaçı tarafından yönetilmekte ise, bunlardan her biri, diğerleri katılmaksızın işlem yapabilir (TBK m.625/2). Bununla birlikte, adi ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için, bütün ortakların oybirliği gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, bu konuda yönetici ortaklardan her biri yetkilidir (TBK m.625/3).

ortaklık ise faktoring ilişkisine konu çeki faktoring ilişkisi içerisindeki ... ciro eden kişi konumundadır”. Karar için, Yargıtay 19.HD, 22.05.2018, E.2017/750, K.2018/2884, bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim: 20.09.2023).

⁴⁶ BARLAS, s.88; PEKSÖZ, s.50.

⁴⁷ EREN, Özel Hükümler, s.883; ŞENER, s.397; BARLAS, s.88; PEKSÖZ, s.53 vd.

⁴⁸ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.897; ŞENER, s.397; EREN, Özel Hükümler, s.883; PEKSÖZ, s.53; GEMİCİOĞLU, Bora: Adi Ortaklıkta Yönetim ve Temsil, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s.217 vd.; KAYA, Erdoğan: Adi Ortaklıkta Temsil, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.67 vd.

⁴⁹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.485; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s.226; EREN, Özel Hükümler, s.884.

⁵⁰ EREN, Özel Hükümler, s.884; KAYA, s.86 vd.

⁵¹ ŞENER, s.405; EREN, Özel Hükümler, s.885; PEKSÖZ, s.54; GEMİCİOĞLU, s.240 vd.; KAYA, s. 77 vd.

⁵² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.99d; ANSAY, s.114; ŞENER, s.410; GİRGİN, Adi Ortaklık, s.78; EREN, Özel Hükümler, s.892.

⁵³ BAHTİYAR, s.35.

⁵⁴ EREN, Özel Hükümler, s.892; PEKSÖZ, s.56.

IV. ADİ ORTAKLIĞIN ARABULUCULUĞA KATILMASI

A. Adi Ortaklığın Arabuluculuğa Başvurması

1. Adi Ortaklığın Niteliği Açısından Arabuluculuğa Başvurunun Esası

Adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip olmadığından, taraf ehliyeti de bulunmamaktadır⁵⁵. Ancak belirtilmelidir ki, arabuluculuk bir yargılama faaliyeti değildir; bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir⁵⁶. Dolayısıyla, adi ortaklığın taraf ehliyeti olmadığı için arabuluculuk sürecine katılmayacağını ifade etmek, isabetli olmayacaktır⁵⁷. Bu sebeple, adi ortaklığa ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesinin tercih edilmesi halinde ortaklığın ve ortakların sürece nasıl katılabileceklerinin tespit edilmesi oldukça önem arz eder.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmakta olup ortaklar kural olarak ortaklık malvarlığına ilişkin talepleri birlikte ileri sürmelidir⁵⁸. Bu cümleden olarak, adi ortaklığın ortaklarının tümünün birlikte hareket etmesi halinde ortaklık adına geçerli ve bağlayıcı bir şekilde arabuluculuğa başvurulmuş olacağını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, arabuluculuğa başvurunun ortaklığın temsili ile gerçekleştirilmesi ve buna bağlı olarak olağan iş – olağan dışı iş ayrımı, değerlendirme konusu olmaktadır.

2. Adi Ortaklığı Temsilen Arabuluculuğa Başvuru ve Olağan İş – Olağan Dışı İş Ayrımı

Adi ortaklık bakımından arabuluculuğa başvuruda önem arz eden temel husus, adi ortaklığı temsilen yetkili kişinin tek başına arabuluculuğa başvuru yapıp yapamayacağıyla ilgilidir. Bu bakımdan tespiti muhtaç nokta ise arabuluculuğa başvurunun olağan iş olarak mı yoksa olağan dışı iş kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiğidir⁵⁹. Adi ortaklığın yönetiminde, olağan iş ve olağan dışı iş ayrımı büyük önemi haizdir. Kural olarak, yöneticilerin yönetim yetkisi sadece olağan işleri kapsamaktadır⁶⁰. TBK m.625/3 uyarınca, olağan dışı işlerde ise ortakların oybirliği gerekmektedir. Ancak TBK’da olağan ve olağan dışı işlerin nasıl tespit edileceğine dair bir kıstas öngörülmemiştir. Ortaklığın yapısına, niteliğine, işletme konusuna göre sürekli olarak yaptığı, özellikle gündelik işler olağan, bunun dışındaki işler ise olağan dışı iş olarak kabul edilecektir⁶¹.

Bu genel ve soyut kıstası somutlaştırmak için öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Birinci görüş uyarınca, TBK m.630/1 hükmüne göre yöneticiler ile ortaklar arasındaki ilişki vekalet hükümlerine tabi olduğundan, TBK m.504/3’te yer alan özel yetki gerektiren işler olağan dışı iş olarak değerlendirilmektedir⁶². Bu itibarla, TBK m.504/3 hükmünde sayılan dava açma, sulh olma, tahkim, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talebi, kambyo taahhüdü, bağışlama yapma, kefil olma, taşınmaz devri ve bir hak ile sınırlandırma gibi işlemlerin olağan dışı iş sayılması gerektiği ve bu işlemler için yöneticinin diğer ortaklardan özel yetki alması gerektiği savunulmaktadır. Ancak bu görüş, kambyo taahhüdünün günlük iş hayatının ayrılmaz bir parçası olmasından dolayı eleştirilmekte ve kambyo taahhüdünün olağan iş sayılması gerektiği ileri sürülmektedir⁶³.

İkinci görüş ise, kolektif ortaklıklara ilişkin TTK m.223 hükmünün uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁶⁴. Bu görüş, TTK m.223’ü kıyasen uygulayarak sulh, feragat, kabul ve tahkim gibi işlemleri olağan iş olarak kabul etmekte; bağışta bulunma, kefil olma, üçüncü kişi lehine garanti verme, ticari temsilci tayin etme ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satma, satın alma, teminat gösterme, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarma, rehnetme veya ticari işletme rehni kurma gibi işlemleri olağan dışı iş olarak değerlendirmektedir⁶⁵. Bu görüşün temelinde, TTK m.223’ün, TBK m.504/3’e göre daha pratik, esnek ve kişi ortaklıklarının niteliğine daha uygun olması yatmaktadır. Gerçekten de TBK m.504/3’ün uygulanması halinde günlük ticari hayatta sıkça kullanılan kambyo taahhüdünde bulunmak için oybirliği aranacaktır. Böyle bir sonuç, adi ortaklığın işleyişini yavaşlatacak ve yöneticileri işlevsiz bırakacaktır. Yine, TTK m.223’ü esas alan bu görüş kabul edilirse, yöneticiler ortaklığın menfaatine olmak şartıyla sulh, feragat,

⁵⁵ BARLAS, s.95; ŞENER, s.155; ÇİFTÇİ, s.130. Adi ortaklığın, hak ve taraf ehliyetinin bulunduğu yönünde aksi görüş için, bkz. PEKSÖZ, s.162 vd.

⁵⁶ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.87a; ÖZEKES, Muhammet: “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, (7), 2006, s.42; BULUR, Alper: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, Ankara Barosu Dergisi, 65(4), 2007, s.30, 31-33; KAPLAN, Yavuz: “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 28(1-2), 2008, s.117-118; KEKEÇ, s.57; PEKSÖZ, s.355.

⁵⁷ PEKSÖZ, s.355.

⁵⁸ DEMİR, Şamil: “Arabuluculuk Arkadaşlığı”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2013, s.299; MUTLAY, Faruk Barış: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, (ed.) Tankut Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.87; PEKSÖZ, s.357.

⁵⁹ GİRGIN, Ömer Ali: “Adi Ortaklığın Tüzel Kişiliğinin Bulunmamasının Arabuluculuk Bakımından Sonuçları”, Adalet Dergisi, (64), 2020, s.568.

⁶⁰ BAHTİYAR, s.36.

⁶¹ BAHTİYAR, s.37; ÇİFTÇİ, s.97.

⁶² BAHTİYAR, s.37; ÇİFTÇİ, s.98. Yönetici, ortaklığın ortağı olabilir veya olmayabilir. Dolayısıyla, TBK m.630/f.1 hükmünün yanı sıra TBK m.625, m.629, m.630/f.3, m.637’de kullanılan “yönetici ortak” ifadesi, ortak olmayan yöneticileri de kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bkz. GEMİCİOĞLU, s.321-322.

⁶³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.87a.

⁶⁴ KARAYALÇIN, s.143; ŞENER, s.296.

⁶⁵ KARAYALÇIN, s.143; DOMANİÇ, Hayri: Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, 1965, s.30; ŞENER, s.297; YALMAN/TAYLAN, s.107.

kabul, dava açma gibi işlemleri yapabilecektir⁶⁶.

Diğer bir görüş ise, TTK m.223 ve TBK m.504/3 ile bağlı kalmaksızın, duran malvarlığı unsuruna bağlı işlemleri olağan dışı, bunun dışında kalan işlemleri ise olağan iş olarak kabul etmektedir. Yine bu görüş, duran malvarlığına bağlı kıstasın kapsamına girmeyen sulh, feragat, kabul, tahkim, bağışlama ve ortaklığa genel vekil atama gibi işlemlerin olağan dışı iş olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁷.

Uygulamada ise Yargıtay'ın olağan iş - olağan dışı iş ayırımında vekalet hükümlerini dikkate aldığı ve adi ortaklık adına dava açılmadan önce özel yetkinin alınmış olması gerektiği veya sonradan ortakların muvafakatının alınması gerektiği görüşünü benimsediği görülmektedir. Yargıtay, yönetici olmayan ortakların dava açması halinde diğer ortakların da davaya katılması gerektiği, bunun sağlanamadığı durumda davanın reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁶⁸:

“...aksine hüküm bulunmadığı takdirde ortaklığa ait mallardaki rejimin iştirak halinde olduğunun kabulü zorunludur. O halde ortaklığı ilgilendiren haklar ve borçlar bakımından ortakların tümünün davacı veya davalı olmaları gerekir. Yalnız biri tarafından istekte bulunulmasına kanunun hükmü elverişli değildir. Diğer ortakların davaya iştiraki sağlanamadığına göre mahkemece davanın bu yönden reddine karar verilmesi gerekir”.

Yine, Yargıtay başka bir kararında yönetici ortak tarafından açılan davada diğer ortakların muvafakatının alınması gerektiğini içtihat etmiştir:

“...adi ortaklıkta dava tüm ortaklar tarafından açılmalıdır. Zira adi ortaklığın hükmi şahsiyeti yoktur. Ortaklar davada mecburi dava arkadaşı konumundadır. Öyleyse davacıya diğer ortakları davaya katması veya kendisine muvafakat etmesi için mahkemenin süre vermesi gerekir”⁶⁹.

Benzer şekilde, Yargıtay başka bir kararında adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından yönetici ortağın açık (özel) yetki alması durumunda adi ortaklık adına dava açabileceğine hükmetmiştir:

“...diğer yandan yukarıda belirtildiği veçhile, adi ortaklığın tüzel kişiliği mevcut değildir. Bu itibarla adi ortaklık adına davayı da bütün ortakların (gerçek kişilerin) veya diğer ortaklardan bu konuda açık yetki almış idareci ortağın açması gerekirdi. Aksi halde adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından taraf ehliyeti de olamayacağından, davanın bu sebeple reddi gerekir...”⁷⁰.

Yargıtay, nispeten yeni tarihli bir kararında da adi ortaklığın ortaklarından birinin muvafakati bulunmadan davanın açılmayacağına karar vermiştir⁷¹:

“...adi ortaklığın taraf ehliyetinin bulunmaması nedeniyle adi ortaklık tarafından açılacak davaların adi ortaklığı oluşturan tüm gerçek veya tüzel kişiler tarafından açılmasının veya diğer ortağın davaya muvafakatının gerekmesine, diğer adi ortak ... İnş. Taah. Ltd. Şti. tarafından dava açılmadığı gibi usulüne uygun ve geçerli bir muvafakatnamenin de ibraz edilmemiş bulunmasına göre, davacı vekilinin HUMK 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.”

Söz konusu kararlar dikkate alındığında, Yargıtay özel yetki alınması şartıyla yönetici ortağın adi ortaklık adına ya da tüm ortakların muvafakati ile ortaklardan birinin adi ortaklık adına dava açabileceğini kabul etmektedir.

Adi ortaklık yöneticisinin arabuluculuğa başvurma yetkisinin olup olmadığının belirlenmesinde gerek öğretide kabul edilen görüşler gerekse Yargıtay'ın uyguladığı kıstas (TBK m.504/3) yeterli değildir⁷². Bu noktada arabuluculuk faaliyetinin özelliklerini de dikkate alarak bir değerlendirme yapmak gerekir. Eğer arabuluculuğa başvuru bir olağan iş olarak değerlendirilecek olursa adi ortaklık yöneticisi arabuluculuğa diğer ortakların onayı olmaksızın başvurabilecek, aksi ihtimalde ise diğer ortakların onayını almak zorunda kalacaktır.

Arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmayıp hukuk uyumsuzluklarını mahkeme dışında barışçıl, katılımcı ve hızlı bir şekilde çözmeyi hedefleyen bir alternatif çözüm yoludur⁷³. Arabuluculuk sürecinde taraflar, haklı veya haksız olmalarından bağımsız olarak menfaatlerini temin edebilecek bir sonuca ulaşmaya çalışırlar. Arabuluculuk faaliyetinin bu esnek yapısı aynı zamanda tarafların menfaatlerine aykırı anlaşmalara onay vermesine imkân tanımaktadır⁷⁴. Arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varıldığında da bir anlaşma belgesi düzenlenmektedir⁷⁵ (HUAK m.18/1). Avukatlık Kanunu⁷⁶ m.35/A ve HUAK m.18/4 dolayısıyla anlaşma belgesini avukatların da imzalaması veya HUAK m.18/2 hükmü uyarınca icra edilebilirlik şerhi alınması halinde anlaşma belgesi ilam niteliğinde belge olacak ve HUAK m.18/5 hükmü gereğince üzerinde anlaşılan konular hakkında uyumsuzluğun taraflarınca dava açılmayacaktır. Dolayısıyla, arabuluculuk faaliyetinin anlaşma ile sona ermesi durumunda, adi ortaklığın belki de kaderini etkileyebilecek düzeyde sonuçların ortaya çıkması muhtemel gözükmektedir.

⁶⁶ ŞENER, s.297.

⁶⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.87a.

⁶⁸ Yargıtay 13.HD, 19.12.1974, E.5508, K.3728, bkz. YALMAN/TAYLAN, s.63.

⁶⁹ Yargıtay 15.HD, 18.10.1990, E.469, K.4198, Karar için bkz. ŞENER, s.159.

⁷⁰ Yargıtay 11.HD, 14.11.1979, E.4583, K.5217, Karar için bkz. ŞENER, s.161.

⁷¹ Yargıtay 11.HD, 21.12.2017, E.2016/5120, K.2017/7541, Karar için bkz. www.kazanci.com.tr (Erişim: 20.09.2023).

⁷² Benzer yönde bkz. GİRGİN, Adi Ortaklık, s.29.

⁷³ ÖZEKES, Muhammet: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, Pekcanitez Usül Medeni Usül Hukuku, Cilt III, 15. Bası, (ed.) Hakan Pekcanitez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.2807; ÖZEKES, Arabuluculuk, s.42; BULUR, s.30, 31-33; KAPLAN, s.115, 117; KEKEÇ, s.57; PEKSÖZ, s.355.

⁷⁴ GİRGİN, Tüzel Kişilik, s.571.

⁷⁵ YEŞİLİRMAK, Ali: “Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç / Anlaşma Aşaması”, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, (ed.) Ali Yeşilirmak/Elif Kismet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019, s.179.

⁷⁶ RG: 07.04.1969, 13168.

Olağan yönetim işleri kavramından günlük, normal, her işyerinde görülen işleri anlamak gerekir⁷⁷. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda adi ortaklığın kaderini etkileyebilecek sonuçların ortaya çıkması muhtemel olduğundan, arabuluculuğa başvurunun adi ortaklığın günlük, normal, sıkça yapılan işlemlerinden biri olarak kabul edilemeyeceği; bir başka deyişle, olağan iş olarak kabul edilemeyeceği kanaatini taşımaktayız⁷⁸. Bu noktada, arabuluculuğa başvurunun olağan işlerden kabul edilmesi halinde, bu durumun Yargıtay'ın yerleşik uygulamasıyla ciddi anlamda bir çelişki oluşturacağını da belirtmek gerekir.

Özellikle, arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla sonuçlanması halinde, üzerinde anlaşılan konular hakkında dava açılmaması ve anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge vasfını taşıyabileceği göz önünde bulundurulduğunda, arabuluculuk sürecinin kötü niyetli bir şekilde yürütülmesi veya yöneticinin basiretsizliği tüm ortaklar bakımından ciddi sakıncalar doğurabilecektir. Adi ortaklıklar çok geniş bir yelpazede kurulabilmektedir. Adi ortaklık basit işler için kurulabileceği gibi kompleks ve büyük projeler için de kurulabilmektedir. Kural olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan her türlü özel hukuk uyuşmazlığı için arabuluculuğa başvurmak mümkün olup bu konuda parasal bir sınır da bulunmamaktadır (HUAKE m.1/2). Arabuluculuk sürecinin başlatılması ve sonuçlandırılması kararlarının, ortaklığın geleceğini etkileyebilecek nitelikte kararlar olması son derece muhtemeldir. Bu sebeple, özellikle adi ortaklığın büyüklüğüne ve iş hacmine bağlı olarak, arabuluculuk sürecinin sonunda ortaklığın ciddi menfaat kaybına uğraması ihtimal dahilindedir. Ortaklık yöneticisinin arabuluculuğa başvurusunun, olağan iş olarak kabul edilmesi halinde ortaklığın menfaatleri tek bir yönetici ortağın ya da ortaklık temsilcisinin alacağı karara bağlı olacaktır. Bu durumun bir diğer sonucu ise, adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından, tüm ortakların anlaşma belgesinden birinci derecede, şahsen, sınırsız ve müteselsilen sorumlu olmalarıdır. Sonuç olarak, arabuluculuk faaliyetinin sonunda ortaklığın kaderini etkileyebilecek kararların alınabilmesi ve bu kararlar neticesinde tüm ortakların birinci derecede, şahsen, sınırsız ve müteselsilen sorumlu olmalarından dolayı, arabuluculuğa başvurunun olağan dışı iş olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁷⁹. Varılan bu sonuç, aynı zamanda Yargıtay'ın olağan iş - olağan dışı iş konusundaki yerleşik uygulamasıyla uyumludur.

Arabuluculuğa başvurunun olağan dışı iş olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, bu işlemin yapılabilmesi için ortakların oybirliğine ihtiyaç bulunmaktadır (TBK m.625/3). Olağan dışı işlerde işlem yapma yetkisi ortaklara aittir. Bununla birlikte, ortaklar oybirliğiyle alacakları bir ortaklar kararıyla yöneticiyi arabulucuya başvurma konusunda yetkilendirebilirler. TBK m.637/3 hükmünde, temsil yetkisi bakımından çok önemli bir yasal karine düzenlenmiştir. Buna göre, “kendisine yönetim görevi verilen ortağın, ortaklığı veya bütün ortakları üçüncü kişilere karşı temsil etme yetkisi var sayılır”. Öğretide bu hüküm eleştirilmektedir. TBK m.637/3'ün lafzından kendisine yönetim yetkisi verilen ortağın temsil yetkisinin de bulunduğu anlamı çıkmaktadır. Ancak TBK m.625 uyarınca yönetim yetkisi ortak olmayan bir üçüncü kişiye de bırakılabilmektedir. Bu durumda, kendisine yönetim yetkisi bırakılan üçüncü kişinin de temsil yetkisine sahip olduğunun kabulü TBK m.637/3 hükmünün ruhuna uygun olacaktır⁸⁰. Bu şekilde, yönetici üçüncü kişiyle işlem yapan diğer kişilerin menfaatleri daha iyi korunabilecektir. TBK m.637/3 uyarınca yönetici, yasal karine olarak temsil yetkisine sahip olmaktadır. Dolayısıyla, kendisine özel yetki verilmiş yöneticiler tüm ortakları bağlayıcı bir şekilde arabuluculuğa başvurabilecektir.

Bu noktada, gündeme gelebilecek bir soru da adi ortaklığın yönetici ortak dışında bir üçüncü kişiye arabuluculuğa başvurma konusunda yetki verip veremeyeceğidir. Yönetim ve temsil kavramları farklı olduğu için temsil yetkisinin bir üçüncü kişiye verilmesi de söz konusu olabilir⁸¹. Kendisine yönetim yetkisi bırakılmayan fakat ortaklar tarafından kendisine temsil yetkisi verilen bir kişi arabuluculuğa başvurabilecek midir? HUAKE m.15/6 hükmüne göre “arbuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler (c.1)”. Hükmün lafzından anlaşılacağı üzere kanuni temsilcilere arabuluculuk faaliyetini yürütme yetkisi tanınmıştır. Adi ortaklıkta kanuni temsil yetkisi TBK m.637/3'te düzenlenmiştir. Adi ortaklık yöneticisinin temsil yetkisi Kanun'dan doğmaktadır. Ancak ortaklar iradi olarak temsil yetkisini bir üçüncü kişiye bırakabilirler. HUAKE m.15/6 uyarınca ortakların iradi olarak temsil yetkisi verdiği üçüncü kişilerin, HUAKE m.15/6 hükmüne uygun olarak kanuni temsilci veya avukat olmadıkça ya da bu hususta özel bir hüküm bulunmadıkça arabuluculuğa başvurusu, kanaatimizce hükmün özülle bağdaşmamaktadır.

Ortaklar kararıyla yöneticiye verilecek yetki kapsamında yönetici, arabuluculuğa başvurabilecektir. Bu durumda, yönetici arabuluculuğa elverişli her uyuşmazlık için başvuru yapabilecektir. Adi ortaklığın büyüklüğüne bağlı olmak üzere diğer ortakların yöneticiye bu kadar geniş yetki verilmesinden rahatsız olmaları veya bu yetkinin kötüye kullanılmasına ihtimalinden dolayı tedirgin olmaları son derece mümkündür. Bu durumda ortaklar yöneticiye verdikleri temsil yetkisini konu, miktar, zaman, işlem türü bakımından sınırlandırabilirler⁸². Söz konusu sınırlandırma, aynı zamanda arabuluculuğa başvurunun kötüye kullanılmasını da önleyecektir. Söz gelimi, yöneticinin 50.000 TL'ye kadar anlaşma yetkisinin olduğu temsil yetkisinde düzenlenebilecektir. Bu şekilde ortaklar da arzu etmedikleri sonuçlarla karşılaşma ihtimalini en

⁷⁷ AYAR, Ahmet: *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.160-161; BAHTİYAR, s.35.

⁷⁸ Bkz. GİRGİN, *Tüzel Kişilik*, s.571.

⁷⁹ Bu yönde bkz. GİRGİN, *Tüzel Kişilik*, s.573.

⁸⁰ ŞENER, s.410.

⁸¹ ŞENER, s.406.

⁸² EREN, *Genel Hükümler*, s.498; OĞUZMAN/ÖZ, s.241.

aza indirmiş olacaklardır⁸³.

Arabuluculuğa başvurunun olağan dışı iş sayılması, aynı zamanda arabuluculuk sürecinde işlem güvenliğini de sağlayacaktır. Zira arabulucu, arabuluculuk faaliyetinin başında arabuluculuk görüşmelerine taraf olarak katılacakların sürece katılma ve anlaşmaya varma yetkisi ile ehliyetine sahip olup olmadığını kontrol etmelidir⁸⁴. Taraf teşkilinin doğru sağlanması, arabuluculuk faaliyetinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve hukuk güvenliği bakımından da önem arz etmektedir. Yöneticinin arabuluculuğa başvurusunun olağan iş sayılması halinde anlaşma belgesinin kimler üzerinde hüküm ve sonuç doğuracağı yöneticinin beyanına göre belirlenecektir. Dolayısıyla arabuluculuk sürecinin suistimal edilmesi ve aslında ortak olmayan kişiler üzerinde de hüküm ve sonuç doğurması muhtemel gözükmektedir. Yöneticinin arabuluculuğa başvuru konusunda özel olarak yetkilendirilmiş olması hukuk güvenliğini de sağlayacaktır. Bu sebeple arabulucunun, adi ortaklık adına bir başvurunun yapıldığını tespit ettiğinde başvuru-yöneticinin diğer ortakları temsil etmeye yetkisinin olup olmadığını incelemesi gerekmektedir.

“Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler” (HUAk m.15/6) hükmü bağlamında, şu hususu da vurgulamakta fayda görüyoruz: Adi ortaklığın taraf ehliyeti olmadığından adi ortaklık adına başvuru, aslında her bir ortak adına yapılmıştır. Arabuluculuk faaliyeti sırasında yapılacak her bir işlemde ortakların adlarının ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. Arabuluculuğa başvuruda, başvuru bir avukat ise ortakların tümü tarafından verilmiş ve arabulucuya başvuru hususunda özel yetki içeren vekaletname (HMK m.74) ibrazı; şayet yöneticiyse, ortakların oybirliğiyle verilmiş ve özel yetkinin açıkça belirtilmiş olduğu yetki belgesi ibrazı gerekir⁸⁵.

Adi ortaklığın temsili için verilecek özel yetkinin bir şekle tabi olmaması, arabuluculuk sürecini suistimale açık bir hale getirmektedir. Özel temsil yetkisi içeren yetki belgesi de şekle tabi olmayıp adi yazılı bir şekilde düzenlenebilmektedir. Dolayısıyla, arabulucuya ortakların ad, soyad ve imzalarını içeren bir belgenin sunulması yeterli olacaktır. Ancak bu durum suistimale son derece açıktır. Zira arabuluculuk sürecinin sonunda bir anlaşma belgesinin imzalanması halinde bu belge ilam niteliğinde belge olabilecek ve tüm ortaklar için bağlayıcı olabilecektir. Böyle bir anlaşma belgesiyle ilamlı icra takibi yapılabilecek ve adi yazılı belgede adı geçen kişilerin bu takibi durdurmaları çok güç olacaktır. Her ne kadar tüm kanuni temsilciler bakımından böyle bir tehlike bulunmasa da⁸⁶, adi ortaklığın arabuluculuk faaliyetinde temsil edilmesi bakımından temsil yetkisinin şekle tabi olmaması suistimallere yol açabilecek niteliktedir. Bu itibarla, arabuluculuk faaliyetinin temsilen yürütülmesi halinde, yetki belgesindeki tarafların imzalarının noter onayına tabi tutulmasının hukuk güvenliği açısından isabetli olacağı kanaatini savunmaktayız.

B. Adi Ortaklığa Karşı Arabuluculuğa Başvurulması

Adi ortaklığa karşı arabuluculuğa başvurunun da ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Zira öğretide talebin ortaklardan birine veya birkaçına yöneltilip yöneltilemeyeceği değerlendirilirken, üçüncü kişilerin ortaklığa yönelttiği talebin, ortaklardan biri tarafından yerine getirilmesi olanaklı bir edim olup olmaması bakımından bir ayırım yapılmaktadır⁸⁷. Ortaklığa yöneltilen talebin bir ortak tarafından yerine getirilmesi mümkün ise bu takdirde talep bir ortağa veya birkaç ortağa yöneltililebilir⁸⁸. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, konusu para olan davalarda adi ortaklık ortaklarının sorumluluğu müteselsilen olduğundan davanın bir veya birkaç ortağa ya da ortakların tamamına açılabilirliğini ifade etmektedir⁸⁹. Bu halde, ortaklar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur. Fakat dava konusu ortakların elbirliğiyle tasarrufta bulunabileceği bir edimse bu takdirde davanın tüm ortaklara karşı açılması gerekmektedir⁹⁰. Bu ihtimalde ise adi ortaklığın ortakları arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır⁹¹.

Yargıtay da bazı kararlarında yukarıda ifade edilen görüşü benimsemiştir. Örneğin, Yargıtay’ın bir kararında adi ortaklığa karşı açılacak davalarda ikili bir ayırım yapılması gerektiği vurgulanmıştır:

“...davanın konusu paradan başka bir şey ise davanın bütün ortaklara karşı birlikte açılması (mecburi dava arkadaşlığı), davanın konusu para ise; ortaklar bu borçtan müteselsil sorumlu bulduklarından ortaklardan biri, bazıları yada tümüne karşı (ihtiyari dava arkadaşlığı) dava açılabilir...”⁹².

Yargıtay, başka bir kararında da haksız fiilden kaynaklanan para alacağının adi ortaklık ortaklarının birinden talep edilebileceğini içtihat etmiştir:

“...davanın konusunun haksız fiilden kaynaklanan para alacağı olduğu ve ortaklardan her biri borçtan müteselsil sorumlu oldukları, bu nedenle alacaklının müteselsil borçlulardan birini dahi tercih

⁸³ GİRGİN, Tüzel Kişilik, s.573.

⁸⁴ DEMİR, Şamil: “Arabuluculuğun Aşamaları: Başlangıç Aşaması”, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, (ed.) Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019, s.118.

⁸⁵ GİRGİN, Tüzel Kişilik, s.574.

⁸⁶ Örneğin TTK m.365 uyarınca anonim şirketler yönetim kurulu tarafından temsil edilir. Yönetim kurulu üyesi sıfatının kazanılması ve kaybedilmesinin tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir (TTK m.339, 354, 359). Ayrıca TTK m.373 uyarınca anonim şirketi temsile yetkili kişiler ile bu kişilerin temsil şekillerini gösteren kararın da tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla arabulucu, bir anonim şirketi temsilen katılan kişinin temsil yetkisini kontrol etme ve doğrulama imkanına sahiptir. Ancak böyle bir durum adi ortaklık bakımından geçerli değildir.

⁸⁷ ŞENER, s.163; GİRGİN, Tüzel Kişilik, s.575-576.

⁸⁸ ŞENER, s.163; GİRGİN, Tüzel Kişilik, s.575.

⁸⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.74b.

⁹⁰ ŞENER, s.163; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N.74b; PEKCANİTEZ, Hakan/TAŞ KORKMAZ, Hülya: “Taraflar”, Pekcanitez Usül Medeni Usül Hukuku, Cilt I, 15. Bası, (ed.) Hakan Pekcanitez/Muhammet Özkes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.703.

⁹¹ DEMİR, Arabuluculuk Arkadaşlığı, s.299; GİRGİN, Tüzel Kişilik, s.575.

⁹² Yargıtay 15.HD, 22.04.2014, E.2013/2172, K.2014/2841, Karar için, bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 28.09.2023).

edebileceği kuşkusuzdur. Davacı tarafından asıl davada, ortak girişimi oluşturan şirketlerden birine karşı takip başlatılmış, itiraz üzerine davalı şirkete karşı asıl dava açılmıştır. Bu itibarla, asıl davanın müteselsil sorumlu ortaklardan birine yöneltilmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır⁹³.

Yargıtay'ın adi ortaklığın ortakları arasındaki müteselsil sorumluluğu dikkate alan bu görüşünün isabetli olduğu kanaatini paylaşmaktayız.

Yukarıdaki açıklamalara uygun bir şekilde, üçüncü kişinin adi ortaklığa karşı arabuluculuğa başvurusunda, uyuşmazlık konusunun bir veya birkaç ortak tarafından yerine getirilmesinin mümkün olup olmaması bakımından bir ayırım yapılması gerekmektedir. Adi ortaklığa karşı yapılan başvuru konusu, eğer ortaklardan birinin veya birkaçının yerine getirebileceği bir edim ise başvuru, ortaklardan birine veya birkaçına yöneltebilecektir. Bir başka anlatımla, üçüncü kişinin, adi ortaklıkla yaşadığı uyuşmazlık için arabulucuya başvururken bir veya birkaç ortağın ad veya ticaret unvanını belirterek arabulucuya başvurması yeterli olacaktır. Zira TBK m.163'e göre "alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir". Bu durumda, ortaklar arasında ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı⁹⁴ söz konusu olacaktır. Arabuluculuk başvurusu ortaklardan bir veya birkaçı tarafından kabul edilirse, arabuluculuk faaliyeti kabul edenler arasında başlayacaktır (HUAK m.13/1). Kendilerine yapılan arabuluculuk teklifini otuz gün içinde kabul etmeyen ortakların daha sonra faaliyete dâhil olması, süreci başlatan tarafların kabul etmesiyle mümkün olacaktır⁹⁵ (HUAK m.13/2).

Ancak, adi ortaklığa karşı yapılan başvurunun konusu bütün ortaklar tarafından yerine getirilmesi gereken bir edim ise arabuluculuk talebinin tüm ortaklara yöneltilmesi gerekmektedir. Bu takdirde ortaklar arasında mecburi arabuluculuk arkadaşlığı bulunmamaktadır⁹⁶. Arabulucunun tüm ortaklarla iletişime geçmesi ve onları ayrı ayrı arabuluculuk sürecine davet etmesi gerekmektedir. Eğer arabulucu, başvurunun ortakların tümüne yöneltilmediğini fark ederse, diğer ortaklara da ulaşarak tarafların teşkilini sağlamaya çalışmalıdır. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁹⁷.

V. SONUÇ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Türk hukukunda yerini alan arabuluculuğun zaman içerisinde uygulama alanı genişlemiş ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uyuşmazlıkların çözümünde etkin bir rol oynamaya başlamıştır. Bu kapsamda, dava şartı olarak getirilen zorunlu arabuluculuk halleri de kanun koyucunun arabuluculuğun uygulama alanını genişletmeye yönelik iradesini açıkça ortaya koymaktadır. Arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın tarafının gerçek veya tüzel kişi olması halinde geçerli olan temel ilkeler, adi ortaklık için de geçerlidir. Bununla birlikte, adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması ve ortaklardan ayrı ve bağımsız bir tüzel kişilik olarak hak ehliyetine sahip olmaması, bazı sonuçları beraberinde getirmektedir.

Adi ortaklık, bir elbirliği ortaklığı olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple, adi ortaklığın malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı tüm ortaklara ait olup, ortakların elbirliği mülkiyetinin konusu olan mal üzerinde birlikte tasarruf emelleri gerekir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından taraf ehliyeti bulunmamaktadır. Ancak bu, adi ortaklığın taraf olduğu bir uyuşmazlıkta arabuluculuğa başvurulamayacağı anlamına gelmez. Zira arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmayıp, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. O halde, adi ortaklığın taraf olduğu uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesinin tercih edilmesi halinde, ortaklığın ve ortakların sürece nasıl katılabileceklerinin tespit edilmesi gerekir.

Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için ortaklar, kural olarak ortaklık malvarlığına ilişkin talepleri birlikte ileri sürmelidirler. Bununla birlikte, adi ortaklığı temsilen arabuluculuğa başvuru yapılması da ihtimal dahilindedir. Bu noktada, adi ortaklığın yönetimi açısından olağan iş - olağan dışı iş ayrımı önem arz eder. Kural olarak, yöneticilerin yönetim yetkisi sadece olağan işleri kapsamaktadır. Olağan dışı işlerde ise ortakların oybirliği aranır. Bu halde, arabuluculuğa başvuru bir olağan iş olarak değerlendirilecek olursa adi ortaklık yöneticisi tüm ortakların onayı olmaksızın arabuluculuğa başvurabilecek, aksi ihtimalde ise tüm ortakların onayını almak zorunda kalacaktır.

Olağan iş kavramından günlük, normal, her işyerinde görülen işleri anlamak gerekir. Arabuluculuk, haklılığa dayalı yargı kararlarından farklı olarak, tarafların menfaatlerine aykırı anlaşmalara da onay verebildiği bir niteliğe sahiptir. Bunun yanı sıra, arabuluculuk süreci sonunda bir anlaşmaya varıldığında uyuşmazlığın tarafları, üzerinde anlaşılan konular hakkında dava açmamakta ve anlaşma belgesi, ilam niteliğinde belge vasfını taşıyabilmektedir. Dolayısıyla, arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan bir anlaşmayla, özellikle malvarlığını etkileyen, ortaklığın kaderini değiştirebilecek kararlar alınabilmesi ve bu kararlar neticesinde tüm ortakların birinci derecede, şahsen, sınırsız ve müteselsilen sorumlu olmaları, arabuluculuğa başvurunun olağan dışı iş olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Arabuluculuğa başvurunun olağan dışı iş olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, bu işlemin yapılabilmesi için ortakların oybirliği aranacaktır. Olağan dışı işlerde işlem yapma yetkisi ortaklara aittir. Bununla birlikte, ortaklar oybirliğiyle alacakları bir ortaklar kararıyla yöneticiyi arabulucuya başvurma konusunda yetkilendirebilirler. TBK m.637/3 hükmü uyarınca yönetici, yasal karine olarak temsil yetkisine

⁹³ Yargıtay 7.HD, 20.03.2012, E.2011/1619, K.2012/1941, Karar için, bkz. www.lexpera.com (Erişim: 28.09.2023); Aynı yönde, karar için bkz. Yargıtay 9.HD, 05.07.2018, E.2017/8491, K.2018/14821, Karar için, ayrıca bkz. https://karararama.yargitay.gov.tr/ (Erişim: 28.09.2023); Yargıtay 9.HD, 09.11.2020, E.2017/18502, K.2020/15311, Karar için, bkz. https://karararama.yargitay.gov.tr/ (Erişim: 28.09.2023).

⁹⁴ Bkz. DEMİR, Arabuluculuk Arkadaşlığı, s.294.

⁹⁵ DEMİR, Arabuluculuk Arkadaşlığı, s.297.

⁹⁶ DEMİR, Arabuluculuk Arkadaşlığı, s.299.

⁹⁷ Bkz. ŞENER, s.168.

sahip olmaktadır. Bu itibarla, kendisine özel yetki verilmiş yönetici, tüm ortakları bağlayıcı bir şekilde arabuluculuğa başvurabilir. Adi ortaklığın taraf ehliyeti olmadığından adi ortaklık adına başvuru, aslında her bir ortak adına yapılır.

Adi ortaklığın taraf olduğu bir uyuşmazlıkta, ortaklığa karşı arabuluculuğa başvuru açısından üçüncü kişilerin ortaklığa yönelttiği talebin, ortaklardan biri tarafından yerine getirilmesi olanaklı bir edim olup olmamasına göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Adi ortaklığa karşı arabuluculuğa başvuruda, başvuru konusu ortaklardan birinin veya birkaçının yerine getirebileceği bir edim ise başvuru, ortaklardan birine veya birkaçına yöneltilebilir. Bu takdirde, ortaklar arasında ihtiyari arabuluculuk arkadaşlığı söz konusu olur. Buna karşın, adi ortaklığa karşı yapılan başvurunun konusu bütün ortaklar tarafından yerine getirilmesi gereken bir edim ise arabuluculuk talebi tüm ortaklara yöneltilmelidir. Bu durumda ise ortaklar arasında mecburi arabuluculuk arkadaşlığı bulunur.

KAYNAKÇA

- ABUGALI, Gulden: Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Türk ve Rus Hukukuna Göre Arabuluculukla Çözülmesi, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AKİL, Cenk: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.75-137.
- AKYOL-ASLAN, Leyla: “Dava Konusu Dışında Kalan Hususların Sulhün Kapsamına Dâhil Edilmesi (HMK md. 313/3)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.167-210.
- ANSAY, Tuğrul: Adi Şirket, Dernek ve Ticaret Şirketleri, Ankara, 1967.
- ARIKAN, Gökçe: “Üçüncü Kişi Lehine Arabuluculuk Sözleşmesi İle Şarta Bağlı Arabuluculuk Sözleşmesinin İcra Edilebilirliği”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXV(2), 2021, s.129-164.
- AYAR, Ahmet: Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri – I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- BULUR, Alper: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, Ankara Barosu Dergisi, 65(4), 2007, s.30-46.
- ÇAKIR, Aytuğ Ceyhan/SOLAK, Ekrem: “Tüketici Hukuku Bağlamında Arabuluculuk Faaliyetine Hakim Olan Temel İlkeler”, Regesta, 6(3), 2021, s.467-494.
- ÇİFTÇİ, Tuğba: Adi Ortaklık ile İlgili Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- DEMİR, Şamil: “Arabuluculuğun Aşamaları: Başlangıç Aşaması”, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, (ed.) Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Kekeç/Alper Bulur, Ankara, 2019 (Arabuluculuğun Aşamaları).
- DEMİR, Şamil: “Arabuluculuk Arkadaşlığı”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2013, s.289-314 (Arabuluculuk Arkadaşlığı).
- DOMANIÇ, Hayri: Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, 1965.
- EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin: Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022 (Özel Hükümler).
- ESPLUGUES, Carlos: Introduction, New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives, (ed.) Carlos Esplugues/Louis Marquis, Springer, 2015.
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ): European judicial systems, Edition 2010 (data 2008), Efficiency and quality of justice, s.279. Rapor için, bkz. https://uihj.com/archive-uhj/en/ressources/21628/75/european_judicial_systems_-_2010.pdf (Erişim: 28.09.2023).
- GEMİCİOĞLU, Bora: Adi Ortaklıkta Yönetim ve Temsil, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- GİRGİN, Ömer Ali: “Adi Ortaklığın Tüzel Kişiliğinin Bulunmamasının Arabuluculuk Bakımından Sonuçları”, Adalet Dergisi, (64), 2020, s.565-583 (Tüzel Kişilik).
- GİRGİN, Ömer Ali: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019 (Adi Ortaklık).
- ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- KAPLAN, Yavuz: “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 28(1-2), 2008, s.115-146.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku: Şirketler Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- KAYA, Erdoğan: Adi Ortaklıkta Temsil, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- KOÇYİĞİT, İlker/YEŞİLKAYA, İzzet: Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medeni Usul Hukuku, C. I, 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- MUTLAY, Faruk Barış: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, (ed.) Tankut Centel, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- ÖZBAY, İbrahim: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan, X(3-4), 2006, s.459 – 475.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Alanında Hukuk Politikası Belgesi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), 2021, s.1-30.

- ÖZEKES, Muhammet: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, Cilt III, 15. Bası, (ed.) Hakan Pekcanitez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usul).
- ÖZEKES, Muhammet: “Uyuşmazlık Çözüm Yolları İçinde Arabuluculuk ve Bir Düzenleme Önerisi”, Hukuki Perspektifler Dergisi, (7), 2006, s.40-45 (Arabuluculuk).
- PEKCANITEZ, Hakan/TAŞ KORKMAZ, Hülya: “Taraflar”, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, Cilt I, 15. Bası, (ed.) Hakan Pekcanitez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- PEKSÖZ, Vildan: Medeni Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, Cilt I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- SUBAŞI, İbrahim: “Toplu İş Hukukunda Arabuluculuk”, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s.743-833.
- ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, Beta Yayınları, 2019.
- ŞENER, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- TANRIVER, Süha: “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, Makalelerim-I, Ankara, 2007 (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları).
- TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Arabuluculuk).
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Makalelerim-II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.181-210 (Tasarı).
- YALMAN, Macit/TAYLAN, Erbay: Adi Ortaklık, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1976.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- YEŞİLİRMAK, Ali: “Arabuluculuğun Aşamaları: Sonuç / Anlaşma Aşaması”, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, (ed.) Ali Yeşilirmak/Elif Kısmet Keçek/Alper Bulur, Ankara, 2019.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Ekrem SOLAK ve Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ekrem SOLAK and Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makaleye yazarlar eşit katkıda bulunmuşlardır. | The authors contributed equally to this article.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

GENEL SAĞLIK SİGORTASINDA YERSİZ ÖDEMELERİN İADESİ

RECALLING OF INAPPROPRIATE PAYMENTS IN GENERAL HEALTH INSURANCE

Esra BASKAN *  

Makale Bilgi

Gönderi: 23/11/2023
Kabul : 02/02/2024

Anahtar Kelimeler

Genel Sağlık Sigortası, Yersiz Ödemeler, Sosyal Güvenlik Hukuku.

Article Info

Received: 23/11/2023
Accepted: 02/02/2023

Keywords

General Health Insurance, Inappropriate Payments, Social Security Law.

Özet

10.21492/inuhfd.1393939 

Anayasa m.60'da "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir" şeklinde güvence altına alınmış sosyal güvenlik hakkı kapsamında belirli sosyal risklerle karşılaşan sigortalı veya hak sahipleri ile bakmakla yükümlü olunan kişilere Devlet tarafından gelir ve sağlık yardımları yapılır. 5510 sayılı Kanun m.60 ve devamında ise belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda sigortalı ya da hak sahiplerine sağlık yardımlarının yapılması öngörülmüştür. Buna karşılık söz konusu yardımlara hak kazanmak için aranan koşullar gerçekleşmeksizin Kurumca (SGK) yapılan ödemeler yersiz ödeme olarak adlandırılarak 5510 sayılı Kanun m.96 kapsamında iadeye tabi tutulmuştur. Sağlık yardımlarına hak kazanma için gerekli olan genel sağlık sigortalısı olma koşulu değerlendirildiğinde, yasa gereği herkesin genel sağlık sigortalısı sayılması ilkesi karşısında yapılan ödemenin yersiz olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışması ortaya çıkmıştır. Özellikle genel sağlık sigortalısı sıfatındaki hatalı değerlendirmelere ilişkin kötü niyetle neden olması durumunda yersiz ödemenin söz konusu olup olmayacağı tereddüt yaratmıştır. Çalışmamızda, genel sağlık sigortasında yersiz ödemelerin iadesi tartışılmış ve konuya ilişkin mevcut Yargıtay uygulamasının esasları ortaya konulmuştur.

Abstract

Within the scope of the right to social security guaranteed in Article 60 of the Constitution, income and health benefits are provided by the State to the insured or beneficiaries and their dependents who face certain social risks. 60 et seq. of the Social Insurance and General Health Insurance Law No. 5510 stipulate that health benefits will be provided to the insured or beneficiaries in case certain conditions are met. On the other hand, the payments made by the Social Security Institution (SGK) without the fulfillment of the conditions required to be entitled to the aid were called inappropriate payments and were subject to refund within the scope of Article 96 of Law No. 5510. When the condition of being a general health insurance holder evaluated, a debate has arisen as to whether the payment made can be considered inappropriate in the face of the principle that everyone is considered to be a general health insurance holder. Especially if the person concerned has caused an erroneous evaluation of entitlement in bad faith, there is doubt as to whether inappropriate payment will be made. In this paper, the issue of whether there will be inappropriate payment in general health insurance is discussed and the principles of the current Supreme Court practice on the subject are revealed.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi (ÜAK Doçent), Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: BASKAN, Esra, "Genel Sağlık Sigortasında Yersiz Ödemelerin İadesi", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.29-41.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Article 60 of the Constitution states that “Everyone has the right to social security. The state takes the necessary measures and establishes the organization to ensure this security.” In this context, income and health benefits are provided by the State to the insured or beneficiaries and their dependents who face certain social risks. If the insured or their dependents need treatment, their health benefits are financed by the Social Security Institution within the scope of general health insurance. As a matter of fact, Article 60 et seq. of the Social Insurance and General Health Insurance Law No. 5510, it is envisaged that the Social Security Institution (SGK) will provide health aid to the insured or their dependents if they need it. Despite this, the provision of the mentioned assistance by the Institution is possible only if certain conditions are met, such as being insured and paying premiums for a certain period of time. Payments made by the Institution without fulfilling the conditions were called inappropriate payments and were subject to recall within the scope of Article 96 of Law No. 5510. However, the regulation stipulated in Article 96 is open to discussion in certain respects and has created some hesitations regarding its implementation. Whether the general provisions regarding unjust enrichment will be applied in determining the scope of the recalling and the statute of limitations to which the recalling is subject are examples of topics related to these hesitations. In addition, the applicability of Article 96 regarding the recalling of inappropriate payments in terms of general health insurance constitutes a separate topic of discussion. The basis of the discussion in question is that all people are insured according to paragraph g of Article 60 of Law No. 5510, so that the question of being a general health insurance holder, which is required to be entitled to health benefits, will only be an evaluation within the scope of the wrong paragraph. Therefore, there is an opinion that the payment made cannot be considered inappropriate. On the other hand, the implementation principles of the Provisional Article 45 added to the Law have led to differences in jurisprudence between the Supreme Court chambers from time to time. This paper aims to discuss whether there will be inappropriate payment in general health insurance and to reveal the principles of the current Supreme Court practice on the subject.

For this purpose, first of all, the principles regarding the recalling of inappropriate payments are explained in general terms. Any assistance provided by the Social Security Institution to insured or beneficiary persons or dependents, even though they are not entitled within the framework of social security legislation, constitutes inappropriate payment. The basic principles regarding the recalling of inappropriate payments have been set forth within the framework of the provisions of the Regulation regarding Article 96 of Law No. 5510. However, regarding the subject, especially regarding the scope of the refund debt in the return of inappropriate payments, considering the basic principles and objectives of social security and equity, it is stated that refund should not be possible in case of inappropriate payments arising from the Institution's error, considering that the legislation does not allow this, at least Article of the Code of Obligations. It should be stated that the bona fide insured should be held responsible for what remains in his possession in accordance with Article 79. In addition, the statute of limitations to be applied in the recalling of inappropriate payments should be determined in accordance with general provisions and unjust enrichment provisions.

In the second part of the paper, problems regarding the recalling of inappropriate payments in terms of general health insurance are discussed. In this context, it can be stated that inappropriate payments in terms of general health insurance include payments made even though it is not legally possible for the institution to finance them, payments that occur due to non-fulfillment of the premium payment condition, and payments that occur as a result of incorrect evaluations made in determining the quality of insurance. However, the Supreme Court decisions and doctrinal opinions have been examined regarding whether inappropriate payment will be made, especially if the person concerned causes erroneous evaluations in the nature of insurance is not good faith.

As a result of the study, recalling the inappropriate payments in general health insurance, which is a controversial issue in social security law, with Law No. 5510, everyone is considered within the scope of general health insurance, people are automatically insured, and in this context, even if it is a matter of benefiting from health services based on a different provision than what should be subject to. It is stated that the payments made by the Institution regarding health services should not be considered as inappropriate payments, that there will be no refund of inappropriate payments for health benefits made under a status different from the status required in terms of general health insurance, that the regulation in this regard in Article 96 will not be applicable, and that general health insurance will not be refunded. Considering that the benefits provided within the scope of insurance are also related to the right to health and life, it has been concluded that both the legal regulations in this field and the practices in the concrete case should be made by taking into account the rights in question.

I. GİRİŞ

Anayasa m.60 ile güvence altına alınmış sosyal güvenlik hakkı kapsamında belirli sosyal risklerle karşılaşan sigortalı veya hak sahipleri ile bakmakla yükümlü olunan kişilere Devlet tarafından gelir ve sağlık yardımları yapılır. Buna rağmen Kurumca anılan yardımların sağlanması kanunda öngörülen sigortalı olmak, belirli bir süre prim ödemek gibi birtakım koşulların gerçekleşmesi ile mümkündür. Koşullar gerçekleşmeksizin Kurumca yapılan ödemeler ise yersiz ödeme olarak adlandırılarak 5510 sayılı Kanun m.96 kapsamında iadeye tabi tutulmuştur¹.

Ancak yersiz ödemelerin iadesine ilişkin m.96'da öngörülen düzenlemelerin özellikle genel sağlık sigortası bakımından uygulanabilirliği ayrı bir tartışma konusu teşkil eder. Söz konusu tartışmanın temelini, 5510 sayılı Kanunda başka bir statüye göre sigortalı olmayan kişilerin genel sağlık sigortası kapsamına alınması, böylelikle esasen sağlık hizmeti almak için gerekli olan genel sağlık sigortalısı olma koşulundaki sorunun sadece yanlış bent kapsamında bir değerlendirme olacağı, bu itibarla da yapılan ödemenin yersiz olarak nitelendirilemeyeceği görüşü yatmaktadır. Diğer taraftan Kanuna eklenen Geçici m.45 ile getirilen ve belirli bir tarih öncesi için yersiz ödemelerin tahsil edilmeyeceğini öngören düzenleme bu tartışmaya önem kazandırmış, Yargıtay daireleri arasında ise bu konuda zaman zaman içtihat farklılığı oluşmuştur. Çalışmamızın amacı, genel sağlık sigortasında yersiz ödemenin söz konusu olup olmayacağı hususunun tartışılması ve konuya ilişkin mevcut Yargıtay uygulamasının esaslarının ortaya konulmasıdır.

II. YERSİZ ÖDEME KAVRAMI

5510 sayılı Kanun ile yine kanunda öngörülen sosyal risklerle karşılaşan sigortalı veya hak sahipleri/bakmakla yükümlü olunan kişilere sosyal güvenlik yardımlarının sağlanması belirli koşullara bağlanmıştır. Söz konusu koşulların başında sosyal sigortalar açısından sigortalı, genel sağlık sigortasında ise genel sağlık sigortalısı sıfatına sahip olmak gelir. Ek olarak sigorta olayının gerçekleşmesi ile sigorta kolu ve yardımın türüne göre belirlenmiş olan prim ödeme gün sayısı ve/veya belirli bir süre sigortalı olma koşullarının gerçekleşmesi gerekir. Söz konusu koşullar gerçekleşmeksizin Kurumca herhangi bir yardım yapılması esastır. Buna rağmen uygulamada koşullar gerçekleşmemesine rağmen Kurum veya sigortalıdan kaynaklanan nedenlerle hataya düştüğü ve aslında hak kazanılmayan bir yardıma ilişkin Kurumca ödeme yapıldığı görülmektedir. Bu durumda yapılan ödemeler genel olarak yersiz ödeme olarak adlandırılır. Bir diğer ifadeyle yersiz ödeme, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sigortalı veya hak sahibi ya da bakmakla yükümlü olunan kişilere sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde hak kazanılmamasına rağmen yapılan her türlü yardımı ifade eder.

5510 sayılı Kanun m.96'da iadeye tabi Kurum ödemeleri için "fazla ve yersiz ödeme" terimlerinin kullanıldığı görülmektedir (Ayrıca Yön. m.4). Mevzuatta kullanılan yersiz ödeme ile fazla ödeme kavramları arasındaki fark, öğretide değerlendirilmiştir. Buna göre, fazla ödeme ibaresi hakkın varlığına karşın, Kurumun miktarda yanılmasını; yersiz ödeme ibaresi ise hakkın doğmamasına rağmen edimin sunulması anlamını taşır; hakkın doğmamasının nedeni ise bekleme süresinin dolmaması veya hukuki ilişkinin sorunu olmasıdır².

Gerçekten Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından iadeye konu edilecek yersiz ödeme kavramı temelde iki ayrı şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki, kanunun yersiz ödeme olarak ifade ettiği, yardıma hak kazanma koşulları veya hakkı sona erdiren nedenlerin varlığı konusundaki yanlış değerlendirmeler dolayısıyla yapılan ödemelerdir³. Yersiz ödemelerin bir diğer türü ise, Kanunda fazla ödeme olarak ifade edilen, Kurum tarafından yapılacak yardımın kapsamının olması gerekenin üzerinde belirlenmesi durumunda ortaya çıkar. Öğretide bir görüş, yardımın kapsamı konusundaki hatalı değerlendirmeler sonucunda ilgililere daha fazla olarak yapılan ödemelerin de yersiz ödeme ifadesi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴. Belirtmek gerekir ki biz de çalışmamızda yersiz ödeme kavramını her iki türü de kapsayacak şekilde kullanacağız.

III. YERSİZ ÖDEMELERİN İADESİNİN HUKUKU DAYANAĞI

Kurumun sigortalı veya hak sahibi ya da bakmakla yükümlü olunan kişilere yapılan yersiz ödemelerin iadesinin temelinde sebepsiz zenginleşme bulunur⁵. Zira yersiz ödemelerin iadesinde yasal olarak hak kazanmamış olmasına rağmen gelir veya sağlık yardımlarından yararlanan kişilerin malvarlığında Kurum aleyhine bir artış söz konusu olmakta ve söz konusu artışın geçerli bir yasal dayanağı bulunmamaktadır.

Her ne kadar yersiz ödemelerin iadesinin hukuki dayanağı sebepsiz zenginleşme olsa da Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümlere (m.77 vd.) nazaran öncelikli uygulama alanına sahip olacak şekilde Kanunda özel hükümlere yer verilmiştir.

Esasen konuya ilişkin 506 sayılı Kanun'un ilk halinde doğrudan düzenleme yer almamıştı. Buna rağmen Yargıtay genel hükümler kapsamında uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmaktaydı. Nitekim sözü edilen dönemde yüksek mahkeme, ilgililerin sahtecilik, kanuna karşı hile veya suç sayılır davranış olmadıkça

¹ Ayrıca Fazla ve Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik RG: 27.09.2008, 27010.

² SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.30.

³ HACIOĞLU, Arzu: "Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s.8. Aynı yazar, "Boşanılan Eşle Sürdürülen Birlikteliklerin Neden Olduğu Yersiz Ödemeler", Prof. Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, İstanbul 2019, s.1093.

⁴ HACIOĞLU, s.8. Aynı yazar, Yersiz Ödemeler, s.1094.

⁵ HACIOĞLU, s.31.

yapılan yardımların geri istenemeyeceği yönünde içtihat geliştirmiş⁶, aynı dönemde vermiş olduğu başka bir kararda sigortalının kusurunun bulunmaması nedeniyle Kurumun alacağı olmadığına hükmetmişti⁷. Ancak 2003 ve 2005 yıllarında yapılan Kanun değişiklikleriyle 506 sayılı Kanun m.121'e eklenen 2. fıkra ve 3. fıkrayla yersiz ödemelerin iadesine ilişkin açık hükme yer verilmiş, 5510 sayılı Kanunda ise yersiz ödemelerin iadesi 1 Ekim 2008'de yürürlüğe giren m.96 ile düzenlenmiştir⁸.

IV. 5510 SAYILI KANUN m.96 KAPSAMINDA YERSİZ ÖDEMELERİN İADESİ

A. İade Yükümlüsü

5510 sayılı Kanuna göre yersiz ödemelerde iade yükümlüsü ne şekilde olursa olsun, sigorta yardımlarından hak etmediği halde yararlananlar olup, bu kişilerin kimler olduğu açık bir şekilde ve sınırlı sayım yöntemiyle⁹ düzenlenmiştir. Buna göre söz konusu kişilerin başında işverenler gelir. Bir diğer grup ise sigortalılar, isteğe bağlı sigortalılar, gelir veya aylık almakta olanlar ve bunların hak sahipleridir. Kanuna göre ayrıca genel sağlık sigortalıları ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişiler iade yükümlüsüdür (Ayrıca Yön. m.4/b).

Görüldüğü üzere kanunda iade yükümlüsünün yardımdan yararlanma şekline ilişkin hiçbir sınırlamaya yer verilmemiş, bu bağlamda özellikle yersiz ödemeye ilgilinin kusurlu olarak, kötünietli olarak yol açıp açmadığı dikkate alınmamış, bir diğer ifadeyle iyiniyetli/kötünietli ayrımı yapılmamıştır. Ancak ileride açıklanacağı üzere ilgilinin kusurlu davranışı iade borcunun kapsamının belirlenmesinde rol oynayacaktır.

B. İadenin Kapsamı

1. Ödemelerin Türü Açısından Kapsam

5510 sayılı Kanun m.96'da iadeye konu ödemeler tek tek sayılmamış, fazla ya da yersiz olarak yapılan ve bu şekilde olduğu tespit edilen tüm ödemeler iade kapsamına dâhil edilmiştir (Ayrıca Yön. m.4/a). Dolayısıyla her şeyden önce kısa ve uzun vadeli sigorta kolları kapsamında ödenen her türlü gelir, aylık ve ödenekler m.96 kapsamında iadeye konu olabilir. Buna ek olarak genel sağlık sigortası kapsamında yapılan sağlık yardımları da iade kapsamına dâhildir.

2. Ödemelerin Süresi Açısından Kapsam

5510 sayılı Kanuna göre, yersiz ödemelerin tamamının değil, geçmişe doğru belirli bir kısmının iadeye konu olması öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, yersiz ödeme ödemeni alanın kasıtlı veya kusurlu davranışlarından kaynaklanmışsa, tespit tarihinden geriye en fazla on yıllık sürede yapılan ödemelerin iadesi söz konusu olurken (ayrıca Yön. m.5/2), Kurumun hatalı işlemi dolayısıyla yersiz ödeme söz konusu olmuşsa, tespit tarihinden geriye en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler iadeye konu olmaktadır (Ayrıca Yön. m.6/2).

Görüldüğü üzere kanun iadenin kapsamını süre açısından sınırlamış, öğretide de bu sınırnın sigortalılar veya hak sahiplerinin, uzun bir dönem ödemenin yersiz olduğunu bilinmeden yapılan yardımların tümünden sorumlu olmamasına yönelik yapıldığı ve isabetli olduğu ifade edilmiştir¹⁰. Düzenlemeyle ilgili olarak dikkat edilmesi gereken, söz konusu sürelerin iadeye ilişkin zaman aşımı değil, geriye doğru ne kadarlık bir miktarın istenebileceğinin belirlenmesidir¹¹.

Yasal düzenleme kapsamında iadenin dönemsel olarak kapsamının belirlenmesinde dikkate alınan ilgilinin kasten ve kusurlu davranışı ya da kurum tarafında yapılan hatalı işlem olup, ilgili Yönetmelik m.5'de ilgilinin kastına veya kusuruna dayalı yersiz ödemelerin, m.6'da ise Kurumun hatalı işlemlerinin neler olduğu sayılmıştır.

İadeye konu yersiz ödemelerin kapsamı konusunda üzerinde durulması gereken en önemli husus, iadenin sadece sigortalının kusurlu davranışlarından kaynaklanan yersiz ödemelere özgülenmeyip, Kurumun hatalı davranışından kaynaklanan yersiz ödemelerin de iadenin kapsamına alınmış olmasıdır. Nitekim 5510

⁶ Yargıtay 10.HD, 20.10.1981, E.1981/4646, K.1981/5361; Yargıtay 10. HD, 12.10.1976, E.1976/1473, K.1976/6592. Bkz. SÖZER, Sosyal Sigortalar Hukuku, s.31 vd.

⁷ Yargıtay 10. HD, 18.09.2003, E.2003/4625, K.2003/5833. Kararın incelemesi ve isabetli bulan görüş için Bkz. ŞUĞLE, Mehmet Ali: "Sosyal Sigorta Türleri, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003", Ankara 2005, s.292-293.

⁸ 506 sayılı Kanun döneminde yapılan yersiz ödemelerin iadesi de, yürürlüğe girdiği andan itibaren m.96 hükümlerine tabi tutulmuştur. Yargıtay 10. HD, 3.11.2014, E.2014/394, K.2014/394. Aynı yönde Yargıtay 10. HD, 1.3.2010, E.2009/15360, K.2010/2623; Yargıtay 10. HD, 3.5.2010, E.2009/166, K.2010/6369; Yargıtay 21. HD, 23.6.2014, E.2013/13789, K.2014/14688; Yargıtay 21. HD, 27.2.2014, E.2013/3187, K.2014/3332; Yargıtay 21. HD, 14.7.2011, E.2010/7756, K.2011/6336. Bu kararlar için bkz. LegalbankK.(Erişim: 16.05.2022) Aynı yönde, ÖZKARACA, Ercüment: "Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Yapılan Fazla veya Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 10(38), 2013, s.159. KIRMIZI, Evran: "Sosyal Güvenlik Hukukunda Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 15(58), 2018, s.533. TUNCAY, Değerlendirme 2013, s.532, 533. 5510 sayılı Kanun m.96'nın kazanılmış haklara dokunulmaması kaydıyla geriye etkili uygulanabileceği görüşü için ayrıca bkz. ASLANKÖYLÜ, Resul: "Sosyal Sigortalar Kurumunca Yapılan Fazla ya da Yersiz Ödemelerin Geri Alınması", Kamu-İş, 13(3), s.28 vd.

⁹ ASLANKÖYLÜ, Yersiz Ödemelerin Geri Alınması, s.23. HACIOĞLU, s.18.

¹⁰ GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.362. ÖZKARACA, s.162.

¹¹ HACIOĞLU, s.112. Aynı yazar, Yersiz Ödemeler, s.1098. ASLANKÖYLÜ, Yersiz Ödemelerin Geri Alınması, 26. DUMAN, Barış: "Yargı Kararlarına Göre 5510 sayılı Kanunun 56/son Maddesi Uyarınca Boşandığı Eşikle Birlikte Yaşayanın Ölüm Aylığının Kesilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIII(2), 2019, s.103. ÖZDEMİR, Halil: "Yargı Kararları Işığında 5510 Sayılı Yasa'nın 56/son Maddesi Boşandığı Eşikle Birlikte Yaşayanın Gelir ve Aylığının Kesilmesi İncelemesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, (29), 2013, s.205. ÖZKARACA, s.174. KIRMIZI, s.540. TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s.599. TUNCAY, Değerlendirme 2013, s.528.

sayılı Kanunda iadenin kapsamına ilişkin ayrıntılı düzenlemenin yer alması Yargıtay içtihadının Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerinin dikkate alınmaması, özel hüküm niteliğinde olan m.96'nın uygulama alanı bularak zenginleşenin iyiniyetli olması halinde dahi elinde kalan ile değil, borcun tamamından sorumlu tutulması şeklinde gelişmesine neden olmuştur.

Esasen Yüksek mahkeme 5510 sayılı Kanun m.96'ya dayalı olarak vermiş olduğu bazı kararlarda iadenin kapsamını tespit ederken sebepsiz zenginleşme hükümlerinin dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir¹². Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu'nun örnek teşkil eden bir kararında¹³ Borçlar Kanunu m.63'ün, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.79'un uygulama alanı olmayacağına hükmetmiştir. Aynı husus 2019 yılında Hukuk Genel Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁴ da tartışılmış, Genel Kurul çoğunlukla aynı yönde karar vermiştir.

Belirtmek gerekir ki, yersiz ödemelerin iadesi konusunda Borçlar Kanunu hükümlerinin dikkate alınıp alınmayacağı öğretide de oldukça tartışılmıştır. Nitekim öğretide Kurumun hatasından kaynaklanan yersiz ödemelerin iadeye konu olmaması gerektiği¹⁵, ayrıca zenginleşenin iyiniyetli olması koşuluyla Türk Borçlar Kanunu m.79 gereği sadece elinde kalandan sorumlu olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁶. Anılan görüşe göre, bu kural hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır ve sigortalının kendisinden beklenen özeni göstermiş olsa bile bilemeyeceği, sadece kurumun hatasından kaynaklanan bir işlemle ödeneği alan ve harcayan kişiden tamamen geri alınması hakkaniyete ve genel ilkelere ayrı düşer¹⁷.

Benzer şekilde bazı yazarlarca, Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanan yersiz ödemelerin tahsil edilmemesi, ayrıca Türk Borçlar Kanunu m.79 gereği iyiniyetli zenginleşenin elinde kalanla sorumlu olması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸. Bu görüşe göre, bunu hakkaniyet gerektirir, ayrıca sigortalının iyiniyetli olup olmadığını sigortalının özellikleri ve nitelikleri dikkate alınarak sübjektif olarak değerlendirmek isabetlidir¹⁹.

Yine öğretide m.96'da genel hükümlere yapılan yollamanın kurum alacaklarının tahsiline ilişkin olduğu, buna rağmen sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği ve bunun için atıf yapılmasına gerek olmadığı, aksinin adaletsiz olacağı, m.96'nın alacak hakkının kapsamını, sebepsiz zenginleşmenin ise iadenin kapsamını belirlediği ifade edilmiştir²⁰.

Kanımızca, Kurumun hatasından kaynaklanan ve sigortalının iyiniyetli olduğu yersiz ödemelerde ilgiliyi borcun tamamından sorumlu tutmak, iyi niyetin korunması ve hakkaniyet gibi ilkeler kapsamında değerlendirildiğinde tartışmaya açıktır. Sosyal güvenlik ödemelerinin amaç ve niteliği de göz önüne alındığında, bu yönde bir uygulama hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Örneğin sigortalının bilemeyeceği ve bilmesi beklenemeyen bir şekilde, Kurumun maddi hatasından kaynaklanan ve aylıklı aylığı için gereken prim koşulunun yanlış hesaplanması sonucunda aylığın iptali ve geçmişe dönük olarak beş yıllık aylıklı aylığının iadesi işlemi sigortalı için çoğunlukla kaldırılamaz bir mali yük oluşturacaktır. Ayrıca her ne kadar 5510 sayılı Kanunun Borçlar Kanunu'na nazaran özel hüküm niteliği taşısa da, bu aynı hususu düzenleyen iki kanun hükmünün çatışması durumunda dikkate alınacak kanunun belirlenmesi için uygulanacak bir kuraldır. Diğer taraftan m.96'da iade borcunun kapsamı süre olarak belirlenmiş olup, borcun tamamından mı yoksa elinde kalandan mı sorumlu olacağına ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Bu açıdan mevcut boşluğun genel hükümlerle tamamlanmalıdır. Dolayısıyla, konuya ilişkin esas görüşümüz sosyal güvenliğin temel ilke ve amaçları ile hakkaniyet dikkate alınarak Kurum hatasından kaynaklı yersiz ödemelerde iadenin söz konusu olmaması gerektiği yönünde olsa da, mevzuatın buna olanak sağlamadığını gözeterek en azından Borçlar Kanunu m.79 gereğince iyiniyetli sigortalının elinde kalanla sorumlu tutulması kanaatindeyiz.

3. Faiz ve Zamanaşımı

5510 sayılı Kanunda iade borcuna ilişkin özel bir faiz hükmüne yer verilmiştir. Buna göre yersiz ödeme ilgilden kaynaklanmışsa (kasıtlı veya kusurlu davranışla) ödemelerin yapıldığı tarihten başlayarak

¹² Yargıtay 10. HD, 27.5.2010, E.2009/1146, K.2010/7566. Bu karar için bkz. Legalbank (Erişim: 16.05.2022). Aynı yönde Yargıtay 10. HD, 5.7.2011, E.2009/11024, K.2011/10307. Bu karar ve incelemesi için bkz. UŞAN, Fatih: "Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2011, Ankara 2013, s.525.

¹³ Yargıtay HGK, 15.6.2011, E.2011/21-362, K.2011/409. Bu karar ve incelemesi için bkz. UŞAN, s.519 vd. Aynı yönde Yargıtay 21. HD, 1.4.2013, E.2012/834, K.2013/6330. Bu karar ve incelemesi için bkz. TUNCAY, Can: "Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 2015, s.519 vd

¹⁴ Yargıtay HGK, 2.4.2019, E.2015/536, K.2019/388. Bkz. Legalbank (Erişim: 16.05.2022)

¹⁵ ASLANKÖYLÜ, Yersiz Ödemelerin Geri Alınması, 33. Aynı yönde KÖME AKPULAT, Ayşe: "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyetin Korunması", Sicil İş Hukuku Dergisi, (23), 2011, s.202 vd. KIRMIZI, s.542. Kurumun sigortalıya kanuna aykırı şekilde ödemede bulunması halinde sigortalı iyiniyetli ise yapılan ödemelerin geri alınmaması gerektiği yönünde ayrıca bkz. ASLANKÖYLÜ, Resul: "Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi", Sicil İş Hukuku Dergisi, (16), 2009, s.212.

¹⁶ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.361. HACIOĞLU, s.101 vd. ÖZKARACA, s.168, 178.

¹⁷ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.361. CANIKLIOĞLU, Nurşen: "5510 sayılı Kanun'un Uygulanmasında Ortaya Çıkan Çeşitli Sorunlar", İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 20. Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi İstanbul Barosu, 29-30 Mayıs 2015, s.294.

¹⁸ CANIKLIOĞLU, Nurşen: "Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2012, Ankara 2014, s.474 vd.

¹⁹ CANIKLIOĞLU, Değerlendirme 2012, s.475.

²⁰ ÖZKARACA, s.172, 173, 178. Aksi yönde UŞAN, s.526. Ayrıca bkz. ERTÜRK, Şükran: "Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018, s.966.

yasal faiz uygulanır (Ayrıca Yön. m.5/2, m.10). Buna karşılık ödeme hatalı Kurum işleminden kaynaklanmışsa, borcun tebliğ tarihinden itibaren 24 ay içinde faiz uygulanmaksızın, daha sonra ise sürenin dolduğu tarihten başlayarak yasal faiz iadeye konu olur (Ayrıca Yön. m.6/2, m.10).

Yersiz ödemelerin iadesinde uygulanacak zamanaşımı süresi öğretide tartışmalı olmakla birlikte, bizim de katılmış olduğumuz görüşe göre, zamanaşımı konusunda genel hükümler ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmalıdır²¹. Yargıtay da pek çok kararında zamanaşımı konusunda genel hükümlerin uygulanacağını ifade etmiştir²².

V. GENEL SAĞLIK SİGORTASI BAKIMINDAN YERSİZ ÖDEMELERİN İADESİ

A. Genel Olarak

Genel sağlık sigortası kapsamında yersiz ödemeden kastedilen, ilgilinin hak kazanma koşullarına sahip olmamasına rağmen genel sağlık sigortası kapsamında aldığı sağlık yardımları olup, iade m.96. ve 2013 yılında kanuna eklenen Geçici m.45 kapsamında değerlendirilecektir.

Genel sağlık sigortasında yersiz ödemeler çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu kapsamda ortaya çıkacak ilk ihtimal, ödeme yasa gereği karşılanması olanağı bulunmayan bir yardımın yapılmış olmasıdır. Nitekim Kurumca sağlanacak sağlık yardımları 5510 sayılı Kanun m.63'te düzenlenmiştir. Ayrıca anılan Kanun m.65'te belirli koşullar altında yol gideri, gündelik ve refakatçi giderlerinin ödeneceği, m.66'da ise yine belirli koşullar altında yurt dışı tedavinin karşılanacağı öngörülmüştür. Buna karşılık, aynı Kanun m.64'te Kurumca finansmanı karşılanmayacak sağlık hizmetleri sayılmıştır. Söz konusu düzenlemeler kapsamında Kurumca karşılanması söz konusu olmayan bir sağlık yardımının yapılması veya sağlık hizmeti kapsamının olması gerekenin üzerinde belirlenmesi durumunda yapılan yardımların yersiz ödemeye konu olacağı ve m.96'ya göre iadeye tabi tutulacağı tartışmasızdır.

Genel sağlık sigortası kapsamında yersiz ödemenin söze konu olabileceği bir diğer durum ise genel sağlık sigortası yardımlardan yararlanabilmek için aranan genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olunan kişi sıfatına sahip olma koşulunun gerçekleşmemiş olması durumudur. Nitekim 5510 sayılı Kanun m.62/2'de sağlık hizmetlerinden genel sağlık sigortalıların ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin yararlandırılacağı düzenlenmiştir. Genel sağlık sigortalısı kavramı 5510 sayılı Kanun m.3/9'da aynı Kanun m.60'ta sayılanlar şeklinde tanımlanmış ve m.60 ile kapsama girecek sigortalılar tek tek sayılmak suretiyle düzenlenmiştir. Bu itibarla esasen genel sağlık sigortalısı veya bunların bakmakla yükümlü olduğu kişi sıfatını taşıyor olmasına rağmen sağlık sigortası yardımlarından yararlanan kişilerin yapılan ödemeleri m.96 hükümleri çerçevesinde iade etmesi gerekir. Buna rağmen genel sağlık sigortalısı olma niteliğindeki hatalı değerlendirmeler nedeniyle ortaya çıkan yersiz ödemelerin iadeye konu olup olmayacağı tereddütte neden olmaktadır. Özellikle genel sağlık sigortalısı veya hak sahibi sıfatını taşıyor olmasına rağmen veya yanlış bent kapsamında sağlık yardımlarından yararlanılması halinde aynı zamanda prim ödeme koşulunun da gerçekleşmemiş olması olasılığı bulunmakta, iki durum iç içe geçmektedir. Ayrıca genel sağlık sigortalısı sıfatındaki hatalı değerlendirmelere sahte sigortalılık veya boşandığı eşle birlikte yaşama eylemleriyle kötünietli olarak sebep olunması durumu ve bu ihtimalde Geçici m.45 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmaları daha da arttırmıştır. Bu nedenle aşağıda sahte sigortalılık ve boşandığı eşle birlikte yaşama olgusunun mevcut olduğu durumlarda genel sağlık sigortası kapsamında yapılan ödemelerin yersiz ödeme olarak kabul edilip edilmeyeceği ve buna bağlı olarak iadeye konu olup olmadığı ayrıntılı olarak incelenmiştir.

B. Sahte Sigortalılık/Boşandığı Eşle Birlikte Yaşama Olgusunda Yersiz Ödenen Sağlık Yardımlarının İadesi

Yukarıda açıklandığı üzere genel sağlık sigortası kapsamında yapılan sağlık yardımlarının özellikle sahte sigortalılık ve boşandığı eşle birlikte yaşama olgusunun mevcut olduğu durumlarda yersiz ödemeye konu olup olmayacağı tartışmalıdır. Esasen konuya ilişkin tereddütlerin temelinde 5510 sayılı Kanun m.60 ile herkesin kapsama alınması, dolayısıyla genel sağlık sigortalısı sıfatına sahip olmamak şeklinde bir olasılığın kalmamış olması, bu noktada en kötü ihtimalle yanlış bent kapsamında sağlık yardımından yararlanmanın söz konusu olduğunun kabulü yatmaktadır. Buna göre m.60/1, g'de diğer bentlerde sayılanların dışında olan ve başka bir ülkede sağlık sigortalılığı bulunmayan vatandaşların genel sağlık sigortalısı sayılacağı hükmüne yer verilmiş, böylelikle tüm vatandaşların genel sağlık sigortalısı olması sağlanmıştır. Dolayısıyla söz konusu düzenleme gereği genel sağlık sigortalısı olmayan bir kişiden söz etmek mümkün olmayacağından, artık tek ihtimal yanlış bent kapsamında sigortalı olarak sağlık hizmetinden yararlanmadır. Bu kapsamda örneğin kişi sahte ile giriş bildirgesiyle m.4/1, a kapsamında sigortalı olarak m.60/1 uyarınca genel sağlık sigortalısı olarak tescil edilmiş olsa dahi, başka hiçbir bent kapsamında sigortalı olmasa da m.60/1, g kapsamında sigortalı olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla yapılan sağlık yardımı da yersiz olarak nitelendirilemeyecektir. Ancak m.60'ın herkesi genel sağlık sigortası kapsamına alıp almadığı veya hangi tarihten itibaren kapsama aldığı, özellikle m.60/1, g'ye tabi olanlar bakımından tescilin

²¹ HACIOĞLU, Yersiz Ödemeler, s.1099. ÖZDEMİR, s.205. CENGİZ, İstar: "Muvazaalı Boşanmanın Tespiti İle Ölüm Aylığının Kesilmesi", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (32), s.14. DUMAN, 103. TUNCAY/EKMEKÇİ, s.599. TUNCAY, Değerlendirme 2013, s.528. ÖZKARACA, s.178. Aksi yönde bkz. Aslanköylü, Yersiz Ödemelerin Geri Alınması, 34. KÖK, Halil Ufuk: "SGK Tarafından Ödenen Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınmasına Yönelik 5510 sayılı Yasa'daki Değişiklikler", İstanbul Barosu Dergisi, 86(3), 2012, s.257.

²² Yargıtay 10. HD, 27.5.2010, E.2009/1146, K.2010/7566; Yargıtay 10. HD, 06.05.2010, E.2009/342, K.2010/6644. Bu kararlar için bkz. Legalbank (Erişim: 16.05.2022)

sigortalılık niteliğinin kazanılmasındaki işlevi farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Buna Geçici m.45'in uygulama esaslarına ilişkin tartışmalar da eklenmiştir.

1. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay'ın pek çok kararında sahte sigortalılık ve boşandığı eşle birlikte yaşama olgusunun bulunduğu örneklerle ilişkin olup, yüksek mahkeme bu kapsamda gerek Geçici m.45'in uygulanma esaslarını, gerek kanuna karşı hileli davranışın etkisini sıklıkla tartışmıştır.

Bu kapsamda Yargıtay 10. Hukuk Dairesi uzun dönem oyçokluğuyla vermiş olduğu kararlarda, genel sağlık sigortası kapsamında yapılan sağlık yardımlarının yersiz ödemeye konu olamayacağı şeklinde içtihat geliştirmiştir²³. Sözü edilen kararların gerekçesinde, boşandığı eşle birlikte yaşayan eşe yapılan tedavi giderlerinin iadesi konusunda, ilgilinin farklı sigortalılık statüsüne bağlı olsa da, aslında m.60/1, g kapsamında sigortalı olduğu, geçici m.45 ile hak etmediği halde sağlık yardımı alanların sağlık giderlerinin tahsilinin yapılmamasının ve bu nedenle oluşacak mağduriyetlerin giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiş, 31.1.2012 tarihine kadar yapılan sağlık giderlerinin geçici m.45 gereği talep edilemeyeceği, bu tarihten sonraki giderlerin ise davalının 5510 sayılı Kanun m.60'ın ilgili bentleri gereğince genel sağlık sigortalısı sayılması ve m.67 kapsamında gelir testine tabi tutulmasıyla oluşacak ihtilafa konu dönemdeki prim borçlarını bilemeyeceği göz önüne alınarak talep edilemeyeceği ifade edilmiştir. 10. Hukuk Dairesi sigorta bildirimlerinin fiilen çalışmaya dayanmadığı gerekçesiyle iade talebinin olduğu bir uyumsuzlukta, önceki kararlara benzer gerekçeyle sağlık yardımlarına ilişkin ödemelerde iadenin mümkün olmadığını belirtmiştir²⁴. Özel dairenin bu yaklaşımı Kurum hatasından kaynaklanan yersiz ödemenin iadesinin söz konusu olduğu bir başka uyumsuzlukta da devam etmiştir²⁵. Belirtmek gerekir ki tüm bu kararlar oyçokluğu ile alınmış, kararların karşı oy yazılarında ise özetle, özellikle 2012 öncesinde herkesin genel sağlık sigortası kapsamında olmadığı, ayrıca geçici m.45'in herkesi affeden bir düzenleme olmadığı, aksi halde sahtecilik yoluyla yardım alan kişilerin korunmuş olacağı ifade edilmiştir. 2020 yılında ise 10. Hukuk Dairesi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.03.2019 tarihli 2015/10-2743 E. ve 2015/35 K. sayılı ilamı kapsamında değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁶.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi boşandığı eşle birlikte yaşayan kişiye yapılan genel sağlık sigortası primlerinin iadesine ilişkin kararlarında özetle, Geçici m.45'in tüm yersiz ödemeleri affetmediğini, geçiş dönemi mağduriyetlerin giderilmesini önlemek amacıyla getirilen bir düzenleme olduğunu, ayrıca dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde yararlanmanın kapsam dışında tutulacağını, zira 8.4.2013 tarih ve 2013/20 sayılı genelgede sahteliği tespit edilen sigortalılara yapılan sağlık giderlerinin 6385 sayılı Kanun Geçici m.45 kapsamında değerlendirilmeyeceği hükme bağlandığını, diğer taraftan herkesin genel sağlık sigortalısı olmadığını, tescil ve gelir testi yapılması ve gerekiyorsa prim ödenmesi gerektiğini, Kurumun primi tahsil eder düşüncesiyle iadenin reddinin sosyal güvenlik sistemini aksatacağını ve kanun koyucunun amacını aşacağını ifade ederek iadenin mümkün olabileceğine hükmetmiştir²⁷.

Belirtmek gerekir ki, konu çeşitli tarihlerde Hukuk Genel Kurulu kararlarına da konu olmuş, Hukuk Genel Kurulunun yaklaşımı genel sağlık sigortası kapsamında sağlık yardımlarının yersiz ödemeye konu olabileceği yönünde olmuştur. Nitekim 2019 yılında vermiş olduğu bir kararda Hukuk Genel Kurulu özetle, ölüm aylığı alabilmek amacıyla eşinden boşandığı hâlde, boşandığı eşle fiilen birlikte yaşamaya devam ettiği sabit olan bir olayda davalının hak etmemesine rağmen 5510 sayılı Kanun uyarınca Genel Sağlık Sigortasından yararlandığı, bu hâliyle 5510 sayılı Kanun Geçici m.45 kapsamına girdiği, davacının hakkını kullanırken hakkın tanınmasındaki amaca uygun davrandığından bahsetmenin mümkün olmadığını, hakkını kötüye kullanan davacının 5510 sayılı Kanun Geçici m.45'den yararlandırılmasının mümkün bulunmadığını belirterek yersiz ödemelerin iadesine karar vermiştir²⁸. Benzer şekilde Hukuk Genel Kurulu 2021 yılında vermiş olduğu bir kararda da, aynı gerekçelerle aynı sonuca ulaşmıştır²⁹.

Yüksek mahkemenin konuya ilişkin tüm kararları birlikte değerlendirildiğinde, genel sağlık sigortasının herkesi kapsadığı ancak sigortalı olmak için tescil gibi bir takım yükümlülüklerin yerine getirilmesi koşulu bulunduğu, Geçici m.45'in amaçsal yorum yöntemiyle yorumlanması, bu bağlamda söz konusu düzenleme gereğince 1.1.2012 tarihinden önce dahi olsa, sahte sigortalılık veya boşandığı eşle fiilen birlikte yaşama olgusu gibi dürüstlük kuralına aykırı, kanuna karşı hile teşkil eden eylemlerin varlığı halinde yapılan sağlık ödemelerinin iadeye konu olması gerektiği görüşünde olduğu görülmektedir.

²³ Aynı yönde Yargıtay 10. HD, 24.12.2015, E.2015/17986, K.2015/23157; Yargıtay 10. HD, 21.12.2015, E.2015/22347, K.2015/22756; Yargıtay 10. HD, 21.12.2015, E.2015/21552, K.2015/22755. Bkz. AYDIN, Ufuk: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015, İstanbul 2017, s.822. Aynı yönde Yargıtay 10. HD, 27.6.2016, E.2016/7438, K.2016/10688. Bu karar ve incelemesi için bkz. ERTÜRK, s.1000. Yargıtay 10. HD, 2.7.2018, E.2016/7009, K.2018/6265. Bkz. Legalbank (Erişim: 16.05.2022) Bu karar ve incelemesi için ayrıca bkz. KABAKCI, Mahmut: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2018, İstanbul 2021, s.430 vd. Ayrıca bkz. SÖZER, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s.22 vd.

²⁴ Yargıtay 10. HD, 2.11.2018, E.2448, K.8852 Bu karar ve incelemesi için bkz. KABAKCI, s.430 vd. Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, 26.

²⁵ Yargıtay 10. HD, 5.4.2018, E.718, K.3090. Bu karar ve incelemesi için bkz. KABAKCI, s.430 vd. Kararın değerlendirilmesi için ayrıca bkz. SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.26.

²⁶ Yargıtay 10. HD, 14.01.2020, E.3428, K.113. Bkz. Legalbank (Erişim: 16.11.2022)

²⁷ Yargıtay 21. HD, 25.1.2018, E.6436, K.530. Bu karar ve incelemesi için bkz. KABAKCI, s.434 vd.

²⁸ Yargıtay HGK, 12.03.2019, E.2015/2743, K.2019/275. Bkz. Legalbank (Erişim: 16.11.2023)

²⁹ Yargıtay HGK, 14.12.2021, E.2019/504, K.2021/1678. Bkz. Legalbank (Erişim: 16.11.2023)

2. Öğretide İleri Sürülen Görüşler

Genel sağlık sigortasında yersiz ödemelerin iadesinin söz konusu olup olmayacağı öğretide çeşitli yazarlar tarafından değerlendirilmiştir. Öğretide ileri sürülen görüşlerden ilki, Yargıtay'ın mevcut içtihadının aksi yönündedir. Nitekim konuya ilişkin değerlendirme yapan *Kabakcı*'ya göre³⁰, sosyal sigortalarda tescilin açıklayıcı olma niteliği, genel sağlık sigortası açısından da geçerli olup, sağlık sigortası ilişkisi kendiliğinden kazanılır. 5510 sayılı Kanun m.61'de tescile ilişkin düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, söz konusu tescil niteliği gereği açıklayıcıdır. Kurumun bilgilendirilmemesinin yaptırım idari para cezasıdır. 5510 sayılı Kanun m.60/1, g'nin herkese hiçbir boşluk olmaksızın herkese sağlık güvencesi sağlamaktadır. Bu bağlamda yazar, genel sağlık sigortasında geçersiz statüden söz edilebileceğini ama geçersiz sigortalılıktan söz edilemeyeceğini, hatalı statü varsa Kurumun m.92 gereği ve borçlar hukukundaki tahvil³¹ ilkeleri kapsamında uygun statüye göre gerçekleştirmesi gerektiği, prim koşulunu taşımayanlar hakkında ise, kişinin hiçbir statüye girmediği durumlarda m.60/1, c gereği gelir testi sonucunda primlerin devlet tarafından ödenmesi veya m.60/1, g kapsamında statünün kabulünün gerektiğini, devletin prim ödediği durumlarda zaten bu koşulun aranmayacağını, m.60/1, g kapsamındakilerde ise 60 gün prim borcu bulunmama koşulunun Kurum tarafından resen tescil anından ileriye etkili olarak uygulanabileceğini, buna göre kurumun hukuki duruma aykırı genel sağlık sigortalısı statüsü uygulanan dönem işlemlerinin olması gereken statünün hükümlerine göre intibakını gerçekleştirmesi gerektiğini, bunun g bendi sigortalıları bakımından resen tescil ile gelir testi sonucuna göre geçmiş dönem prim borçlarının tahakkuku ile tahsili olduğunu, zira Kurumun resen tescil yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğunu ve bu anlamda Kurumun kusurunun sigortalıya ödettilerilemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğini, konuya ilişkin tereddütün hayali sigortalılık, kanuna karşı hilede söz konusu olabileceğini ancak bu kişilerin kanuna karşı hile yapmamış olsalar dahi genel sağlık sigortalısı olduğunu, bu konudaki yaptırımın sigorta kolları bakımından uygulanması gerektiğini, Geçici m.45'in de nötr bir düzenleme olduğunu, zira genel sağlık sigortasında sigortalılığın geçersizliğinin söz konusu olmayacağını ifade etmiştir. *Sözer*'e göre³², genel sağlık sigortasında geçersiz sosyal sigorta ilişkisi olamayacağından, m.96'da yer alan "genel sağlık sigortalılarına yapılan her türlü ödemenin" ifadesi yersiz değil, fazla ödemeleri içerebilir. Çünkü her Türk vatandaşını kapsama alan bir genel sağlık sistemi bulunmaktadır. Geçici m.45 de ancak şekli veya fiili sigorta ilişkisinde fazla ödemelere ilişkin olabilir. Genel sağlık sigortası kapsamına girmesi gereken bir kişiyi kamu düzenini bozduğu için dışlamak ve ona sunulan sağlık edimlerinin bedellerinden sorumlu tutmak bizzat kamu düzenini ihlal eden bir tutum olur³³.

Buna karşılık öğretideki bir diğer görüş, Geçici m.45'in kanunu dolanarak hak etmediği bir kapsamda genel sağlık sigortasından yararlanan kişileri himaye eden bir düzenleme olmadığını, bu kapsamda yersiz ödemelerin iadeye konu olması gerektiğini ifade etmektedir³⁴. Aynı yönde hakkın kötüye kullanılmasını himaye etmeyen yüksek mahkeme kararlarının isabetli olduğu değerlendirilmiştir³⁵.

3. Değerlendirmemiz

a. Genel Sağlık Sigortasının Kapsamı ve Tescilin Hukuki Niteliği

Genel sağlık sigortası bakımından yersiz ödemelerin söz konusu olup olmayacağı konusunun çözümünde yanıtlanması gereken ilk soru, genel sağlık sigortasının herkesi kapsama alıp almadığı, sigortalılık niteliğinin kendiliğinden kazanılıp kazanılmadığıdır.

Kanımızca konu öncelikle Anayasal ilkeler ışığında ve sosyal güvenlik sistemimizin genel ilkeleri kapsamında değerlendirilmelidir. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, devletin ülkesinde yaşayan kişilere gerekli sağlık yardımlarını sağlaması sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkar ve söz konusu ilke hukuki dayanağını Anayasa m.2 ile kabul edilen sosyal devlet ilkesinde bulur. Yine sosyal güvenlik hakkını düzenleyen Anayasa m.60'da herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alacağı ve teşkilatı kuracağı hükmü ve m.56'da yer alan devletin, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarını düzenleyeceği, kanunla genel sağlık sigortası kurabileceği hükmüyle sosyal güvenlik ilkeleri çerçevesinde Devletin sağlık hakkını herkes için güvence altına alması ve genel sağlık sigortasının kapsamını buna uygun olarak belirlemesi gerektiğine işaret edilmiştir. Ayrıca sağlık hakkı ve sosyal güvenlik hakkı³⁶ Anayasa m.17'deki herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlemesi ile ve m.61 ve 62'de düzenlenen sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları için getirilen düzenlemelerle yakından ilgilidir. Tüm bu Anayasal düzenlemeler göz önüne alındığında herkesin sosyal güvenlik ve sağlık hakkına sahip olduğunun tekrar altı çizilmelidir. Nitekim m. 60/son'da "genel sağlık sigortası kurulabilir" şeklindeki düzenlemeyle somut koşulların

³⁰ KABAKCI, s.437 vd.

³¹ Şekli sigorta ilişkisinde tahvil kurumunun uygulanması gerektiğine ilişkin Bkz. *Sözer*, Sosyal Sigortalar Hukuku, 26.

³² SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.21, 22.

³³ ARICI, Kadir: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, İstanbul 2019, s.530. DUMAN, s.92. AYDIN, s.826, 827.

³⁴ HACIOĞLU, Yersiz Ödemeler, s.1097.

³⁵ CİVAN, Orhan Ersun: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, Ankara 2022, Yayınlanmamış Tebliğ.

³⁶ Öğretide de isabetle belirtildiği üzere sağlık hakkının kullanılabilmesinin en önemli noktalarından biri de, sosyal güvenlik hakkının tüm güvenceleriyle tanınmasıdır. Yaşam hakkına önem verilirken, sağlık hakkının korunmaması düşünülemez. Bkz. ŞAHBAZ, İbrahim: "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı", TBB Dergisi, (86), 2009, s.409.

gözetileceğine işaret edilse dahi, maddenin ilk fıkrası sağlık hakkı ile ilgili devlete kesin bir yükümlülük getirmekte³⁷, tüm vatandaşları kapsayacak şekilde³⁸ “herkesin” bu hakka sahip olduğunu ifade etmektedir. Sağlık hakkı ve yaşam hakkı birbiriyle yakından ilgili³⁹, birbirinin ayrılmaz bir parçasıdır⁴⁰.

Nitekim kanun koyucu tarafından da söz konusu anayasal ilkelere uygun olarak 5510 sayılı Kanunla genel sağlık sigortasına ilişkin düzenlemeler kapsam bakımından “herkesi” kapsayacak şekilde öngörülmüş, sosyal güvenlik sistemi sağlık hizmetlerinin Türkiye’de yaşayan herkes için eşit ve tek yapıya⁴¹ dönüştürülerek düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun m.60 ile genel sağlık sigortası kapsamındaki kişiler tek tek sayılmış, daha sonra söz konusu düzenlemelere göre genel sağlık sigortalısı sayılmayan diğer kişilerin de genel sağlık sigortası kapsamına alındıkları belirtilmiştir. Öğretide “diğerleri” veya “varsıllar” olarak nitelendirilen⁴² bu kişilerin genel sağlık sigortası kapsamına alınmasıyla birlikte, ülkede, kanunda genel sağlık sigortasından yararlanamayacağı açıkça öngörülenler dışında herkes genel sağlık sigortalısı sayılmıştır.

Kanunda genel sağlık sigortasının kapsamına ilişkin düzenlemelerde tartışmalı olan hususlardan ilki, anılan düzenlemelere rağmen herkesin genel sağlık sigortası kapsamında olup olmadığına ilişkindir. Nitekim yukarıda değinilen Yargıtay kararlarının bir kısmının karşı oy yazısında, kanun koyucu herkesi kapsama almak isteseydi, sadece kapsam dışında olanları sayardı şeklinde görüş ileri sürülmüş; öte yandan herkesin kapsamda olduğunu kabul etmekle birlikte, herkesi kapsama almak isteyen kanun koyucunun düzenlemeyi sadece kapsam dışında olanları saymak suretiyle yapmasının daha isabetli olacağı şeklinde görüşler de öğretide yerini almıştır⁴³. Buna karşılık her bendin genel sağlık sigortasından yararlanma koşullarının ve yararlanmaya başlama tarihlerinin farklılığı dolayısıyla düzenlemenin isabetli olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır⁴⁴.

Kanaatimizce kanundaki açık düzenlemeye rağmen herkesin genel sağlık sigortası kapsamında olmadığını ileri sürmek güçtür. Kanun koyucu genel sağlık sigortalısı sayılan herkesi tereddütte yer vermemek ve her biri için tescil, yararlanma anı gibi hususları düzenlerken farklı hükümleri düzenlerken atıfta bulunabilmek adına bu yönde bir düzenlemeye yer vermiştir. Dolayısıyla m.60/1, g’de yer alan düzenleme sonrasında sağlık hizmetlerinden yararlanmada boşluk kalmadığı, tüm vatandaşların genel sağlık sigortası kapsamında olduğu tekrar belirtilmelidir.

Herkesin genel sağlık sigortası kapsamında olmasının bir diğer sonucu, öğretide de isabetli şekilde belirtildiği üzere, genel sağlık sigortasında geçersiz sigorta ilişkisinin söz konusu olmaması, ancak fiili veya şekli sigortalılığın mümkün olmasıdır⁴⁵. Bir diğer ifadeyle kişinin genel sağlık sigortasından olması gereken bent kapsamında yararlanmamış olması mümkündür, ancak tamamen genel sağlık sigortası kapsamı dışında kalması kabul edilemez. Olması gereken bent kapsamında sağlık yardımı almamış olsa dahi, m.60’da yer alan bir başka bende göre genel sağlık sigortalısı sayılır.

Herkesin kapsamda olduğu, genel sağlık sigortası bakımından herhangi bir boş alan bırakılmadığı ortaya konulduktan sonra, m.60/1, g’de belirtilen “diğerleri”nin sigortalılığı daha ayrıntılı incelenmelidir. Zira uygulamada uyumsuzluklar çoğunlukla, m.60’ın diğer bentlerine göre genel sağlık sigortalısı sayılmayıp, bu itibarla m.60/1, g kapsamına dâhil edilmesi gereken kişilere ilişkin olmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere m.60/1, g ile aynı maddenin önceki bentleri kapsamı dışında kalanlar da genel sağlık sigortalısı sayılmıştır.

5510 sayılı Kanun m.61/1, f’de ise, söz konusu kişilerin genel sağlık sigortalılıklarının başlangıcına ilişkin hükme yer verilmiş, buna göre m.60/1, g’de sayılan kişiler diğer bentlere göre genel sağlık sigortalısı olmadıkları veya diğer bentlere göre genel sağlık sigortasından yararlanma haklarının sona erdiği tarihten itibaren genel sağlık sigortalısı sayılmışlardır. Söz konusu genel sağlık sigortalılar Kurumca resen tescil edilir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu m.60/1, g kapsamındakilerin genel sağlık sigortalısı niteliğinin, söz konusu bendin koşullarının olduğu anda kendiliğinden kazanıldığını açık bir şekilde ortaya koymuştur. Sigortalılığın tescili Kurum tarafından resen yapılır, ancak tescil sigortalılık niteliğinin kazanılmasında kurucu nitelik taşımaz⁴⁶. Bir diğer ifadeyle sigortalılık niteliği tescilin yapıldığı anda, tescille değil; koşulların olduğu anda kendiliğinden kazanılır. Dolayısıyla olması gereken bentten farklı bir statüye bağlı sağlık yardımı yapılmış olsa dahi, söz konusu yardım esasen m.60/1, g kapsamında sigortalılığa dayalıdır ve yersiz olarak değerlendirilemez. Bu noktada tereddütte yol açan hususlardan biri m.61/3’de yer alan ve önceden farklı bir statüye tabi olanların durum değişikliğini Kuruma bildirmelerine ilişkin yükümlülük öngören düzenlemedir. Nitekim m.60/1, g kapsamındaki sigortalılarla ilgili iki ihtimal söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, kişinin baştan itibaren bu bent kapsamında dâhil olması, daha önceden başka bir sigortalılık niteliğinin bulunmamasıdır. 5510 sayılı Kanun m.60/1, g kapsamında genel sağlık sigortalısı olanlarla ilgili ikinci ihtimal ise, daha önce başka bir bent kapsamında sigortalı olmaları ancak söz konusu niteliği sonradan

³⁷ ŞAHBAZ, s.411.

³⁸ ŞAHBAZ, s.419.

³⁹ SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.2.

⁴⁰ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.783.

⁴¹ TUNÇAY/EKMEKÇİ, s.604.

⁴² SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.203 vd.

⁴³ GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.800.

⁴⁴ AYDIN, s.827.

⁴⁵ KABAKCI, s.442. SÖZER, Sosyal Sigortalar Hukuku, 25 vd. Aynı yazar, Genel Sağlık Sigortası, s.15 vd.

⁴⁶ SÖZER, Genel Sağlık Sigortası, s.19, 20. KABAKCI, s.437.

yitirmeleridir. Örneğin kişi daha önce iş sözleşmesiyle çalışan olarak m.60/I, a'ya göre genel sağlık sigortalıysa söz konusu niteliği yitirmiş, başka bir bende tabi olmasını gerektiren bir çalışması da bulunmamış olabilir. Anılan durumdaki kişilerin durumlarının değiştiğine ilişkin değişiklik tarihinden itibaren en geç bir ay içinde Kurum'a başvuruda bulunmaları gerekir (m.61). Söz konusu bildirimden sonra ise aşağıda açıklanacak şekilde kişi gelir tespitine tabi tutulacak, bunun sonucuna göre m.60/I, c kapsamına girmediğinin tespit edilmesi halinde, durumlarında değişiklik olduğu tarihten başlamak üzere m.60/I, g kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacaktır (m.61/3). Kanunda yer alan bildirim yükümlülüğü dolayısıyla, sigortalının bildirimde bulunmamasının sigortalılık niteliğinin kazanılmasına engel teşkil edeceği akla gelse dahi, kanımızca bu yaklaşım isabetli olmayacaktır. Zira kanun genel sağlık sigortalısı niteliğinin kazanılması anını ve bu kazanımın kendiliğinden olduğunu açıkça hükme bağlamış, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda kişinin sigortalı olmayacağı ya da tescil yapılamayacağı şeklinde bir yaptırıma yer vermemiş, idari para cezası öngörmüştür (m.61/5, m.102/1). Bu itibarla tekrar ifade etmek gerekirse, bir kişinin genel sağlık sigortalısı olmadığı halde sağlık hizmetlerinden yararlandığı ve yapılan yardımların bu gerekçeyle yersiz olduğu ve iadeye tabi olduğu ileri sürülemez. Kişi ancak farklı bir statüde genel sağlık sigortalısı kapsamında değerlendirilerek sağlık yardımı almış olabilir. Ancak bu durumda da yapılan sağlık yardımları yersiz olarak nitelendirilmemelidir. Zira farklı bent kapsamında da olsa kişi aynı sağlık yardımlarından yararlanma hakkına sahiptir.

b. Prim Ödeme Koşulunun Gerçekleşmemiş Olması Sorunu

Olması gerekenden farklı bir bent kapsamında sağlık yardımlarından yararlanan kişilerle ilgili bir diğer sorun, kişinin aynı zamanda olması gereken bent kapsamında prim ödeme koşulunu yerine getirmemiş olması nedeniyle yapılan sağlık yardımlarının iadeye konu olup olmayacağıdır. Zira genel sağlık sigortalısı olanlar sağlık hizmetlerinden 5510 sayılı Kanun m.67'de öngörülen koşullarla yararlanabilmektedir ve söz konusu koşullardan biri de, bazı istisnalar dışında, prim ödeme gün sayısının bulunması ve/veya prim borcunun bulunmamasıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 5510 sayılı Kanun m.87'de genel sağlık sigortası priminin ödenmesi konusunda farklı bentlere tabi olanlar bakımından farklı hükümler öngörülmüştür. Nitekim bazı bentler kapsamında genel sağlık sigortalısı olanların primleri devlet tarafından üstlenilmiştir. Örneğin, stajyer avukatların primleri Barolar Birliği, İş-Kur kursiyerleri ile işsizlik ödeneği alanların primleri İş-Kur tarafından, sosyal koruma altında olanların primleri ilgili kamu idaresi tarafından ödenmektedir. Diğer taraftan sosyal sigorta geliri veya aylığı alanlar prim ödeme yükümlüsü değildir. İşçiler ve kamu görevlileri ise prim ödeme yükümlülüğünü işverenle paylaşmaktadır. Prim ödeme yükümlülüğünü tek başına üstlenenler ise bağımsız çalışanlar, tarımda süreksiz çalışan işçiler, isteğe bağlı sigortalılar, yabancılar ve yabancı öğrenciler ile m.607g kapsamında "diğerleri" olarak genel sağlık sigortalısı sayılanlardır.

Olması gereken bent kapsamında prim ödeme yükümlüsü olmayanlar için, prim borcu olduğu gerekçesiyle yersiz ödemenin söz konusu olması kabul edilemez. Prim ödeme yükümlüsü olan ve bu bağlamda yanlış bent kapsamında geçirdiği süreler boyunca gerekli primleri ödemiş kişiler için ise nasıl bir uygulamaya gidilmesi gerektiği belirlenmelidir. Bu kapsamda özellikle m.60/I, g kapsamındaki kişiler üzerinde durmak gerekir. Nitekim uygulamada karşılaşılan uyumsuzluklar yine genellikle bu kişiler için söz konusu olmakta, örneğin boşandığı eşle birlikte yaşadığı tespit edilmiş bir kişinin aynı zamanda prim ödeme koşulunu da karşılamadığı görülmektedir. Bu durumda ilgilinin m.60/I, g kapsamında genel sağlık sigortalısı kabul edilse dahi, prim ödeme koşulunu yerine getirmediğinden almış olduğu sağlık yardımını iadeyle yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır.

Daha önce açıkladığımız üzere bir kişi m.60'ın başka bir bendi kapsamında sigortalı sayılmadığında m.60/I, g kapsamında kabul edilir. Söz konusu kişiler önce gelir testine tabi tutulur ve bunun sonucunda, m.60/c kapsamında sigortalı kabul edilerek prim ödeme koşulundan muaf tutulabilir. Nitekim Gelir Tespiti Yönetmeliği m.11'e göre, yapılan gelir tespiti sonrasında aile içinde kişi başına düşen gelir tutarı asgarî ücretin üçte birinin altında olduğu tespit edilenler için, aile içinde genel sağlık sigortalısı veya bunların bakmakla yükümlü olduğu kişi durumunda olmayan birey sayısı kadar 5510 sayılı Kanun m.60/I, c kapsamında genel sağlık sigortası tescili yapılır. Yönetmelik m.16'ya göre ise, bunların genel sağlık sigortası primleri, 5510 sayılı Kanun m.87/1, c ve m.88/5'e göre SGK tarafından ilgili kamu idarelerinden tahsil edilir. Bu durumda olanlar için de prim borcunun ödenmemesi sebebiyle yersiz ödemenin varlığı kabul edilemez.

Diğer taraftan yapılan gelir tespiti sonrasında aile içinde kişi başına düşen gelir tutarı; asgarî ücretin üçte birine eşit veya üçte biri üzerinde olduğu tespit edilenlerin 5510 sayılı Kanun m.60/I, g kapsamında genel sağlık sigortası tescili yapılır ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişiler, tescili yapılan kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak genel sağlık sigortası kapsamına alınmış sayılır (Yön. m.11). Yine Yönetmelik m.16'ya göre, yapılan inceleme ve araştırma sonucunda tespit edilen aile içinde kişi başına düşen gelirin aylık tutarı, prime esas kazanç alt sınırının üçte birine eşit veya üçte birinden fazla olanlardan, gelir tespitine esas alınan aile bireylerinden genel sağlık sigortalısı veya bunların bakmakla yükümlü olduğu kişi durumunda olmayanların 5510 sayılı Kanun m.60/I, g'ye tâbi genel sağlık sigortalısı olarak tescili ile ilgili esaslar SGK tarafından belirlenir. Genel sağlık sigortası tescilinin re'sen yapıldığı tarihten itibaren prim tahakkuk ettirilir ve ödeme yükümlülüğü başlar.

Görüldüğü üzere m.60/I, g kapsamında sigortalı olanlar prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte, söz konusu yükümlülük re'sen tescil anından başlamaktadır. Ancak inceleme konusu yaptığımız örneklerdeki kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlandıkları dönemde gelir testi yapılmamış ve prim ödeme yükümlüsü olup olmadıkları tespit edilmemiş, dolayısıyla m.60/I, g kapsamında sigortalı olarak tescilleri yapılmamış

ve primleri de ödenmemiştir. Ancak tescil yükümlülüğünün Kuruma ait olduğu da dikkate alındığında, tahakkuku yapılmamış bir primi ödememesi dolayısıyla sigortalıya yapılan sağlık yardımlarının iadesini talep etmek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Dolayısıyla bu durumdaki kişiler için prim borcu doğduğunda, Kurumun gelir testi sonucuna göre geçmiş döneme ilişkin prim tahsili yapması gerekir.

c. Kanuna Karşı Hileli Davranışın Etkisi

Genel sağlık sigortası açısından yersiz ödemelerle ilgili bir diğer husus, sigortalının olması gerekenden farklı bir bent kapsamında değerlendirilmesinin sahte sigortalılık, boşanılan eşle birlikte yaşama gibi kanuna karşı hileli davranışa dayalı olması durumudur. Bu konuda kişinin hileli davranışının, kötü niyetinin hukuken koruma altına alınmaması gerektiği düşüncesiyle çeşitli tereddütlerin yaşanması mümkündür.

Konu genel hükümler kapsamında değerlendirildiğinde, kanuna karşı hileli davranışın yaptırımı hukuki ilişkinin geçersiz sayılmasıdır. Dolayısıyla bu tür örneklerde de, sigortalılığa esas olan hukuki ilişki geçersiz olduğundan sigortalılık statüsü de geçersiz olur. Örneğin fiili bir çalışması olmamasına rağmen sahte sigortalılık ilişkisi kurmak üzere 5510 sayılı Kanun m.4/1, a kapsamında sigorta bildiriminde bulunulduğunda, sigortalılığa esas iş sözleşmesi geçersiz olduğundan kişinin m.4/1, a kapsamındaki sigortalılığı da geçersiz olacaktır⁴⁷. Geçersiz bir sosyal sigorta ilişkisine dayalı olarak sigorta kollarından yapılan yardımların da m.96'ya göre iadeye tabi olması söz konusu olur. Bunun yanı sıra 5510 sayılı Kanunda bu tür durumlara ilişkin sosyal sigorta kolları açısından özel yaptırımlar düzenlendiği de görülmektedir. Nitekim boşanılan eşle birlikte yaşama olgusuna ilişkin olarak 5510 sayılı Kanun m.56/son'da eşinden boşanıp fiilen birlikte yaşayanların ve çocukların gelir ve aylıklarının kesileceği, önceden yapılan ödemelerin ise m.96 hükümlerine göre geri alınacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Buna karşılık Kanunda genel sağlık sigortası açısından ise özel bir yaptırım öngörülmemiştir. Öte yandan sigortalılık niteliğine esas hukuki ilişki geçersiz olduğundan yukarıda vermiş olduğumuz örnekte iş sözleşmesine dayalı çalışması dolayısıyla kurulan m.60/1, a kapsamındaki genel sağlık sigortalılığı geçersiz olacaktır. Buna rağmen kişi m.60'ın diğer bentleri kapsamında, örneğin g bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılacaktır. Dolayısıyla ilgili kişi söz konusu hileli davranış göstermese dahi sağlık hizmetlerinden yararlanacak olduğundan sağlık hizmetleri konusunda yersiz ödemelerin iadesi söz konusu olmamalıdır. Kanımızca bu tür bir davranış dolayısıyla kişinin m.60/1, g bendi kapsamında dahi sağlık yardımlarından yararlandırmaması için açık hükümle yaptırım getirilmiş olması gerekir.

d. Geçici m.45'in Uygulama Esasları

Genel sağlık sigortası bakımından yersiz ödemelerin iadesi kapsamında tartışmalı hususlardan biri de Kanuna eklenen Geçici m.45'in yorumuyla ilgilidir. Nitekim yukarıda yer verildiği üzere yüksek mahkeme kararları içerisinde söz konusu maddenin 1.1.2012 öncesi tüm yersiz ödemeleri affetmediği şeklinde yorumlandığı gibi, aksi yönde görüşler de ileri sürülmüştür. Bu itibarla Geçici m.45 uygulamasının açıklığı kavuşturulması zorunludur.

Söz konusu düzenlemede genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına giren ancak, hak etmediği bir kapsamda sağlık hizmeti alanlara 31/1/2012 tarihine kadar verilen sağlık hizmetlerine ilişkin borçlar ilgililerin bu nedenle açtıkları davadan vazgeçmeleri halinde tahsil edilmeyeceği, başlatılmış olan dava ve icra takiplerinden Kurumca vazgeçileceği hükmüne yer verilmiştir.

Düzenlemenin gerekçesinde ise, 5510 sayılı Kanuna göre, vatandaşların genel sağlık sigortası kapsamına alınmasına ilişkin işlemlerin 2012 yılı Ocak ayı itibarıyla tamamlanması nedeni ile bu tarihe kadar yaşanan geçiş sürecinde, tabi olduğu genel sağlık sigortası statüsünün aradığı şartlarla sağlık yardımı alması gerekirken, Kanunun diğer statülerine göre ya da bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünde hak etmediği halde sağlık yardımı yapılanlara ilişkin sağlık giderlerinin ilgililerden tahsil edilmemesi ve bu suretle oluşacak mağduriyetlerin önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

Her ne kadar gerekçede kanun koyucunun amacı geçiş sürecinde ortaya çıkan mağduriyetlerin önlenmesi şeklinde açıklansa da, kanunun lafzında bu yönde bir kısıtlamaya yer verilmemiş, düzenlemede açıkça asli olarak hak etmediği bir kapsamda sağlık hizmeti alanlara, bir diğer ifadeyle farklı bent kapsamında değerlendirilerek sağlık hizmetinden yararlananlara, 31/1/2012 tarihine kadar verilen sağlık hizmetlerine ilişkin yersiz ödemelerin iadesinin söz konusu olmayacağı belirtilmiş, kanunda sigortalının iyiniyetli/kötüniyetli olması, sahte sigortalılık veya boşandığı eşle birlikte yaşama gibi kanuna karşı hileli davranışlarının bulunması gibi koşullara dayalı bir ayırım da yapılmamıştır. Bu itibarla kanımızca 31.12.2012 tarihine kadar genel sağlık sigortası bakımından tüm yersiz ödemelerin tahsilinden vazgeçilmiştir. Kanundaki açık ifadeye rağmen, maddenin uygulamasının sigortalı aleyhine daraltılması isabetli değildir. Bu nedenle, geçici m.45 gereği 31.12.2012 tarihinden önce tahakkuk ettirilen yersiz ödemelerin iadesine ilişkin ödemeler Kurumca talep edilemez. Kaldı ki, yüksek mahkeme m.56 kapsamında boşandığı eşle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların gelir ve aylıklarının kesilmesinde boşanmanın muvazaalı olup olmadığını, tarafların kötüniyetli olup olmadığını madde metninde yer almadığından dikkate alınmamaktadır⁴⁸.

⁴⁷ Yargıtay 10. HD, 23.3.2015, E.2014/10674, K.2015/5411.

⁴⁸ Yargıtay 10. HD, 24.02.2021, E.2020/9551, K.2021/2098. Bu karar ve incelemesi ile konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Civan.

VI. SONUÇ

Genel sağlık sigortası bakımından yersiz ödemelerin iadesinin mümkün olup olmaması sosyal güvenlik hukukunda tartışmalı konulardan biri olarak karşımıza çıkmış, konuya ilişkin farklı Yargıtay kararları ortaya çıktığı gibi öğretide de farklı görüşler ileri sürülmüştür. Konuya ilişkin yapmış olduğumuz değerlendirmeler sonucunda aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

- 5510 sayılı Kanun’la herkes genel sağlık sigortası kapsamında sayılmıştır ve sigortalılık niteliği konusunda yapılan tescil işlemleri kurucu nitelik taşımadığından ilgilinin koşulların oluşmasıyla birlikte kendiliğinden genel sağlık sigortalısı olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda tabi olması gerekenden farklı bir bende dayanarak sağlık hizmetinden yararlanma söz konusu olsa da, Kurumun sağlık hizmetlerine ilişkin yapmış olduğu ödemeler yersiz ödeme olarak değerlendirilmemelidir.
- Genel sağlık sigortalısı olduğu kabul edilmesine rağmen, sağlık hizmetlerinden yararlanma için aranan prim ödeme koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle de yersiz ödeme söz konusu olmamalıdır. Zira g bendi kapsamındaki prim tahakkuku gelir testi ve Kurumca re’sen tescil sonrasında söz konusu olur. İlgilinin tahakkuk ettirilmemiş primleri ödememesi nedeniyle yapılan sağlık yardımlarının iadesini talep etmek hakkaniyete uygun olmayıp, isabetsiz olacaktır.
- İlgilinin olması gerekenden farklı bir bent kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılmasına kanuna karşı hileli davranışla yol açması durumunda dahi, varmış olduğumuz sonuç değişmez, zira bu tür davranışın yaptırımını sosyal sigortalar ilişkisinin geçersiz olması ve sosyal sigorta kollarından almış olduğu yardımların iadesidir. Ayrıca kanundaki özel hüküm gereği, boşandığı eşle fiilen beraber yaşayanlar için gelir ve aylıkların kesilmesi ve ödenenlerin iadesi söz konusu olur. Genel sağlık sigortası kapsamında ise özel bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu nedenle genel sağlık sigortası açısından yine olması gerekenden farklı bent kapsamında sigortalı olanlarla ilgili yaptığımız açıklamalar söz konusu olacaktır. Zira hileli davranışa dayalı sigorta ilişkisi geçersiz sayılsa da, kişi g bendi kapsamında genel sağlık sigortasından yararlanır ve bunun önüne ancak yasal düzenlemeyle geçilebilir. Hukukumuzda bu yönde bir düzenleme de bulunmadığından bu tür bir yaptırım uygulanmaz.
- 5510 sayılı Kanun Geçici m.45 31.12.2012 öncesinde yapılan sağlık yardımlarında yersiz ödeme tahsili yapılmayacağını açıkça düzenlemiştir. Bu bağlamda anılan dönem için herhangi bir tereddüte yer kalmamıştır.
- Tüm bu gerekçelerle genel sağlık sigortası bakımından olması gereken statüden farklı bir statü kapsamında yapılan sağlık yardımlarında yersiz ödemelerin iadesinin söz konusu olmayacağı, m.96’da bu yönde var olan düzenlemenin uygulama alanı bulmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.
- Öte yandan genel sağlık sigortası kapsamında yapılan yardımların aynı zamanda sağlık ve yaşam hakkı ile ilgili olduğu göz önüne alınarak bu alandaki gerek yasal düzenlemelerin gerek somut olaydaki uygulamaların söz konusu hakları da gözeterek yapılması temennisinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

KAYNAKÇA

- ARICI, Kadir: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, İstanbul 2019, s.497-548.
- ASLANKÖYLÜ, Resul: “Dürüstlük Kuralının ve Hakkın Kötiye Kullanılması Yaşamın Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (16), 2009, s.203-212. (Dürüstlük Kuralı)
- ASLANKÖYLÜ, Resul: “Sosyal Sigortalar Kurumunca Yapılan Fazla ya da Yersiz Ödemelerin Geri Alınması”, Kamu-İş, 13(3), s.23-35. (Yersiz Ödemelerin Geri Alınması)
- AYDIN, Ufuk: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015, İstanbul 2017, s.557-868.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: “5510 sayılı Kanun’un Uygulanmasında Ortaya Çıkan Çeşitli Sorunlar”, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 20. Toplantısı, Galatasaray Üniversitesi İstanbul Barosu, 29-30 Mayıs 2015, s.290-306.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2012 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2012, Ankara 2014, s.377-532. (Değerlendirme 2012)
- CENGİZ, İftar: “Muvazaalı Boşanmanın Tespiti İle Ölüm Aylığının Kesilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (32), s.1-16.
- CİVAN, Orhan Ersun: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2021, Ankara 2022, Yayınlanmamış Tebliğ.
- DUMAN, Barış: “Yargı Kararlarına Göre 5510 sayılı Kanunun 56/son Maddesi Uyarınca Boşandığı Eşle Birlikte Yaşamın Ölüm Aylığının Kesilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIII, 2019, S.2, s.79-119.
- ERTÜRK, Şükran: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, İstanbul 2018, s.745-1026.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- HACIOĞLU, Arzu: “Boşanılan Eşle Sürdürülen Birlikteliklerin Neden Olduğu Yersiz Ödemeler”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul 2019, s.1075-1106. (Yersiz Ödemeler)

- HACIOĞLU, Arzu: “Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda Yersiz Ödemelerin Geri Alınması”, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- KABAKCI, Mahmut: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2018, İstanbul 2021, s.409-522
- KIRMIZI, Evran: “Sosyal Güvenlik Hukukunda Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 15(58), 2018, s.529-558.
- KÖK, Halil Ufuk: “SGK Tarafından Ödenen Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınmasına Yönelik 5510 sayılı Yasa’daki Değişiklikler”, İstanbul Barosu Dergisi, 86(3), 2012, s.254-272.
- KÖME AKPULAT, Ayşe: “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyetin Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (23), 2011, s.195-207
- ÖZDEMİR, Halil: “Yargı Kararları Işığında 5510 Sayılı Yasa’nın 56/son Maddesi Boşandığı Eşiyile Birlikte Yaşayanın Gelir ve Aylığının Kesilmesi İncelemesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, (29), 2013, s.192-206.
- ÖZKARACA, Ercüment: “Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Yapılan Fazla veya Yersiz Ödemelerin Geri Alınması”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 10(38), 2013, s.151-180.
- SÖZER, Ali Nazım: “Sosyal Güvenlik Hukukunda İyiniyet İlkesi ve Yersiz Ödenen Primlerin İadesi (Şekli Sigorta Geçersiz Sigorta)”, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 14. Yıl Toplantıları, Galatasaray Üniversitesi İstanbul Barosu, 18-19 Haziran 2010, s.106-138. (İyiniyet İlkesi)
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020. (Genel Sağlık Sigortası)
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019. (Sosyal Sigortalar Hukuku)
- ŞAHBAZ, İbrahim: “Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı”, TBB Dergisi, (86), 2009, s.405-424.
- ŞUĞLE, Mehmet Ali: “Sosyal Sigorta Türleri, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2003”, Ankara 2005, s.263-294.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- TUNCAY, Can: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 2015, s.463-604. (Değerlendirme 2013)
- UŞAN, Fatih: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2011 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2011, Ankara 2013, s.337-540.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Esra BASKAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Esra BASKAN, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

SİYASİ İDEOLOJİLERİN HÜRRIYETE KARŞI SUÇLARA ETKİSİ

THE EFFECT OF POLITICAL IDEOLOGIES ON CRIMES AGAINST FREEDOM

Alaaddin EGEMENOĞLU*  

Makale Bilgi

Gönderi: 20/10/2023
Kabul : 17/01/2024

Anahtar Kelimeler

Hürriyete Karşı
Suçlar,
Anarşizm,
Liberal Hürriyet,
Faşizm,
Marksizm.

Article Info

Received: 20/10/2023
Accepted: 17/01/2024

Keywords

Crimes Against
Freedom,
Anarchism,
Liberal Liberty,
Fascism,
Marxism.

Özet

10.21492/inuhfd.1378633 

İlk zamanlardan itibaren özellikle insanların devlet çatısı altında örgütlenecek toplumu oluşturdukları bir ortamda, bireylerin hürriyetlerini ne ölçüde kullanabilecekleri siyasi iktidar tarafından belirlenmektedir. Hürriyet, uygulanan siyasi rejimle doğrudan ilişkili bir kavramdır. Tarihte anarşist, liberal, faşist ve Marksist gibi bazı siyasi ideolojiler ortaya çıkmış ve hürriyet anlayışını şekillendirmiştir. Devlet otoritesini asla kabul etmeyen ve bireylerin kendi aralarında sözleşme yaparak özgürlüklerinin çerçevesini belirleyebileceğini savunan anarşist düşüncenin ceza kanunları üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Bireylerin hürriyetine yönelik ihlalleri cezalandıran ve bireyi esas alan ceza kanunları liberal hürriyet anlayışını ortaya koymaktadır. Liberal hürriyet anlayışı, hürriyete karşı işlenen suçlar bağlamında ceza kanunları üzerinde büyük bir etkiye sahiptir. Öte yandan bireyin hürriyetleri yerine siyasi iktidarın bekasını ve gücünü önceleyen ceza kanunları ise, faşist ve Marksist ideolojiyi benimsemektedir. Faşist ideolojide bireyler devletin çıkarları ve izni doğrultusunda belirli hürriyetlere sahip olabilirler. Marksist ideolojide ise, gerçek hürriyete ulaşmanın yolu devletin iktidarını sağlamak için demokratik hürriyetlerden vazgeçmektir. Bu ideolojiler, hürriyete karşı suçlar bağlamında ceza kanunlarını etkilemektedirler.

Abstract

Since the earliest times, especially in an environment where people have been organized under the roof of the state to form a society, the extent to which individuals can exercise their freedoms has been determined by the political power. Freedom is a concept directly related to the applied political regime. In history, some political ideologies such as anarchist, liberal, fascist and Marxist have emerged and shaped the understanding of freedom. The anarchist idea, which never accepts state authority and asserts that individuals can determine the framework of their freedoms by contracting among themselves, has no effect on criminal codes. Criminal laws that punish violations against the freedom of individuals and are based on the individual manifest the liberal understanding of freedom. The liberal conception of liberty has a great influence on criminal codes in the context of crimes against liberty. On the other hand, criminal laws that prioritize the survival and authority of the political power instead of the freedom of the individual adopt fascist and Marxist ideology. In fascist ideology, individuals can have certain freedoms in line with the interests and permission of the state. In Marxist ideology, the way to achieve true freedom is to give up democratic freedoms in order to ensure the power of the state. These ideologies influence criminal laws in the context of crimes against freedom.

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: EGEMENOĞLU, Alaaddin, "Siyasi İdeolojilerin Hürriyete Karşı Suçlara Etkisi", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.42-53.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Freedom is an important element for human existence. The scope of freedom is directly related to the political structure prevailing in society. The state, which is founded on a certain political system, deals with the issue of freedoms within the framework of the legal order in accordance with the system it accepts. Anarchist, liberal, fascist and Marxist ideologies have emerged according to the political regime adopted by the states and have shaped the understanding of freedom.

Anarchism does not foresee any limits, sanctions or coercion in terms of the freedom of the individual. Marxism and fascism, which are totalitarian regimes, criticize western democracies as liberal, and both regimes blame each other. Although these regimes put forward similar views, there are differences between them. Fascist doctrine does not value individual freedoms at all and adopts the state as the sole purpose. It is not possible for a state to adopt anarchism as a political ideology. This is because anarchists do not accept to be governed under the state structure. Although there are some regions that are far from the government with anarchist ideology today, there is no political regime that adopts this ideology.

Marxism, on the other hand, sees the state as a temporary suicide formation rather than a goal. In states with the ideologies of fascism and Marxism, the rights and freedoms of the individual are under control. Controllers are people and organizations affiliated with the party and the system. In other words, the rights and freedoms of the individual, which are destroyed with the idea of the common good and which are the goal to be achieved in the future, do not make sense. In both doctrines, freedom lies with the single party that has the monopoly of political power. As can be seen in the examples of China and North Korea, the freedom of individuals is restricted for the state. The important thing is that socialist culture and the state are not damaged.

It is possible for an individual to be truly free by ensuring internal and external freedom. Freedom is a concept directly related to the political regime. Freedom includes the ability of individuals to freely direct their will and act accordingly, without any coercion. However, freedom must also have limits. Freedom without limits leads to anarchism as it conflicts with the rights of others. Among political ideologies, it is the liberal understanding of freedom that prioritizes and frames the rights of the individual more than others. Individuals living in a state with this understanding can truly exercise freedoms such as expressing their thoughts, disseminating their opinions, receiving news, and traveling, provided that they do not interfere with freedoms of other people. Criminal laws reveal the political ideology adopted by states within the scope of crime policy. The provisions delimiting the limits of freedom are included in the section of crimes against freedom in modern criminal codes. As in the Turkish Penal Code, especially in the laws of the countries applying the Continental European Legal System (such as Italian Penal Code, French Penal Code, German Penal Code, Polish Penal Code), the section of crimes against freedom is regulated and sanctions have been provided for in case of violation of freedom. The Turkish Penal Code is individual-centered. This situation reveals that the Turkish Penal Code's liberal understanding of freedom has been adopted.

In the context of the Turkish Penal Code, the violation of freedoms can occur in relations between the individual and the state as well as in relations between the state and the individual. Freedoms established by the constitution may be violated by another person. In this case, the state regulates the violation of freedom as a crime with the threat of criminal sanction through the legislature. In this way, the state protects and secures its basic order based on freedom. For example, if a person prevents another person from benefiting the right to travel by threatening them, the possibility of exercising individual freedoms will be eliminated as a result of a subjective relationship between the individual and the individual. So that, creates the possibility of acting under assurance while benefiting the freedom of the individual on behalf of society in the punishment of the act. The concept of public freedoms has led to the emergence of objective relations between the state and the individual. It is not enough for the state to have established a constitutional order based on freedoms. It must also provide the environment for their exercise. Therefore, for example, if a public official, while exercising the powers granted to him/her by law, commits an act that leads to the violation of public freedoms, he/she is responsible for whichever type of crime falls under the section of crimes against the reliability and functioning of public administration in the Turkish Penal Code.

I. GİRİŞ

Hürriyet geçmişten günümüze üzerinde tartışılan ve geliştirilen bir kavramdır. Bu kavramın birçok tanımı yapılmıştır. Hürriyetlerin korunması ceza normları vasıtasıyla sağlanmaktadır. Hürriyet ayrımlarından kamu hak ve hürriyetlerinin devletin kabul ettiği siyasi ideoloji ile sıkı bir bağlantısı bulunmaktadır. Bireylerin mensup olduğu devletin anayasası tarafından benimsenen siyasi ideolojiye uygun hürriyet alanının kapsamı belirlenmektedir. Bu çerçevede tarihte anarşist, liberal hürriyet, faşist ve Marksist ideolojiler ortaya çıkmış ve ceza kanunlarını etkilemiştir. Günümüzde bazı sosyalist devletlerde Marksist ideolojinin etkisi görülmektedir. Bireyin hangi ideolojiyi uygulayan devlette hürriyetlerini gerçek manada kullanabileceği ortaya konulmuştur.

Çalışmada öncelikle hürriyet kavramı ele alınacaktır. Bu kapsamda anarşizme, liberal hürriyete, faşizm ve Marksizm'e göre hürriyet anlayışları günümüzde ve geçmişte uygulanan devletlerdeki görünümü karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir. Son olarak ceza hukuku kapsamında hürriyetlerin korunması konusu üzerinde durulacaktır. Çalışmanın amacı siyasi ideolojilerin hürriyete karşı suçlar kısmının oluşmasına etkisinin ortaya konulmasıdır.

II. HÜRRİYET KAVRAMI

Modern devletlerde korunan değer fertlerin hürriyet içinde hareket edebilmeleridir. Hürriyet, bireyin belli bir şekilde davranmaya mecbur bırakılmadan bir şeyi yapıp yapmamaya kendi iradesi ile karar vermesidir. Bireyler hür bir şekilde hareket ederken başkalarının zarar görmemesine dikkat etmelidir¹. Fertlerin korunması, devlete karşı bireylerin hürriyetinin sağlanması yöntemiyle yani hürriyetçi bir siyasi rejimle mümkün olabilir. Bireyler hür bir şekilde hareket ederken iradeleri üzerinde bir baskıya ve güçsüzlüğe maruz bırakılmaları halinde hürriyetin ceza hukuku kapsamında korunması meselesi ortaya çıkmaktadır².

Hürriyet sözlükte; “herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu” ve “her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu” olarak ifade edilmektedir³.

Doktrinde farklı şekillerde tanımlanan hürriyet, “belli bir şekilde davranıp davranmama serbestisi⁴”, “serbest insan fiili⁵”, “serbest hareket etme gücü⁶”, “toplumun bireye ayırdığı bağımsızlık alanı⁷”, “bağımsızlığın bir ifadesi⁸” ve “irade özgürlüğü⁹” olarak açıklanmaktadır. Hürriyeti tanımlarken müelliflerin özellikle hareket serbestliğini vurguladıkları görülmektedir. Dolayısıyla hürriyet kavramının içeriğine insanın serbest hareket edebilmesi girmektedir.

Hürriyet en geniş anlamıyla sınırsızlığı ifade etmektedir¹⁰. Bu anlamda hürriyet, herhangi bir şekilde sınırlamaya, zorlamaya tabi tutulmadan insanın düşünme ve davranma, dış etkilerden bağımsız olarak karar verebilmesi durumudur¹¹. Bir başka deyişle bir kavram olarak hürriyet, insandan kaynaklı irade, iradeyi gerçekleştirme ve gerçekleştirdiği iradeye uygun bir şekilde davranabilme serbestisini kapsamına almaktadır¹². Kanunun izin verdiği her şeyi yapabilmeyi Montesquieu hürriyet olarak ifade etmektedir¹³. Hürriyet başka iradeler tarafından belirlenen sınırlardan ayrı olarak ortaya çıkacak bir irade serbestidir. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi 4'üncü maddesine göre hürriyet, insanın başkasına karşı bir zararı olmadan her şeyi yapabilmesidir¹⁴. Klasik ve geniş anlamda hürriyet anlayışında hür olan bir iradenin başka bir irade tarafından sınırlandırılmasına müsaade edilmez. Bu hürriyet anlayışı uygulanabilir olmaktan ziyade moral bir nitelik taşımaktadır¹⁵.

Çok eski zamanlardan itibaren insan düşüncesi hürriyet kavramını ortaya çıkarmak bakımından zorlanmıştır. Hürriyetin çok yönlü olması ve düşünürlerin siyasi ve sosyal görüşleri ile bu kavramı açıklamaya çalışmaları, kavramın kapsamının çeşitli düşünce sistemlerine göre farklılık arz etmesine sebep

¹ ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku (Türk Anayasa Hukuku), Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021, s.129.

² ÖZEK, Çetin: “Türk Ceza Kanunu’na Göre Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri” (Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 29(4), İstanbul 1963, s.934.

³ <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim: 22.12.2022).

⁴ KABOĞLU, İbrahim: Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989, s.14.

⁵ GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayıncılık, 22. Baskı, Bursa 2018, s.110.

⁶ GÖZLER, s.110.

⁷ BAYRAKTAR, Köksal: Hürriyete Karşı Suçların Genel Özellikleri, Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.3.

⁸ TUNAYA, Tarık Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul 1980, s.187.

⁹ ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul 1994, s.2 vd.; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 20. Baskı, Ankara 2022, s.511.

¹⁰ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.934; TUNAYA, s.188.

¹¹ KALABALIK, Halil: İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.38.

¹² ÖNDER, s.2.

¹³ KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2013, s.3-5; GEMALMAZ, Semih: Devlet, Birey ve Özgürlük, Legal Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2016, s.223.

¹⁴ CİVELEK, Jale: “1789 Fransız Bildirisi ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 9(1), İstanbul 1989, s.4.

¹⁵ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.934.

olmuştur¹⁶. Bu yüzden ortak bir hürriyet tanımını ortaya koymak güçtür¹⁷.

Hürriyet kavramının içeriğini irade ve davranış serbestisi oluşturmaktadır¹⁸. Kavrama çeşitli düşünce sistemleri farklı anlamlar vermişlerdir. Düşünce sistemleri dışında farklı bilim dallarında da (anayasa, ekonomi, sosyoloji gibi) hürriyet kavramı değerlendirilmektedir. Böylece bir görüş zenginliği ortaya çıkmıştır. Özellikle anayasalarda hürriyet kavramının hukuki içeriği ve sınırları belirlenmiştir¹⁹.

Hürriyet, kamu hak ve hürriyetleri, medeni haklar ve siyasi haklar şeklinde üçlü bir ayrımla incelenmektedir²⁰.

Kamu hak ve hürriyetleri; kişilerin tabi oldukları hukuk sistemine göre Anayasalarca tanınmış ve düzenleme altına alınmış serbest hareket edebilme alanlarıdır. Zaten hürriyetlerin “kamu” olarak ifade edilmesinin nedeni, yalnızca bir sınıfa yönelik olarak değil, herkese tanınması ve birey-devlet ilişkilerini düzenleyen kamu hukukunu temsil etmesindedir²¹. Bu kavram genel olarak insan haklarının pozitif hukuk tarafından tanınan ve güvence altına alınan kısmının ifadesi için kullanılmaktadır²².

Medeni haklar; kişilerin özel hukuk alanındaki yetkilerine ve iradelerine bağlı sonuçları ortaya koymaktadır. Kişilerin birbirine uygun karşılıklı ilişkilerindeki irade serbestisini ifade etmektedir²³.

Siyasi haklar; bireylerin vatandaşı olduğu devletin kuruluş ve faaliyetine düşünsel ve eylemsel anlamda katılımını tesis eden haklardır²⁴. Devletin asli görevi kişilerin siyasi haklarını hür bir şekilde kullanabilmesinin teminidir²⁵.

Sonuç olarak kamu hukuku ve ceza hukuku bakımından önemli olan, devlet-birey ilişkisinin ve devlet karşısında bireyin serbestisinin tesis edilmesidir. Bunu yaparken devlet iktidarının sınırlanması için siyasi haklar ve kamu hürriyetleri önem taşımaktadır. Kamu hürriyetleri devlet iktidarını ve iktidarın kötüye kullanılmasını önleyen bir yapı ve nitelik taşımaktadır²⁶.

Kamu hak ve hürriyetleri anarşist, liberal, faşist ve Marksist görüşlere göre farklı şekillerde anlaşılmaktadır. Farklı anlaşılmalarda siyasi sistemlere değişik biçimler vermişlerdir. Bu şekilde anlaşılmalarda, ceza hukuku bakımından da farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur²⁷.

A. Anarşizme Göre Hürriyet

19’uncu yüzyılda gelişen anarşizm, bireyi temel değer olarak ele almış ve bireysel iradenin hür olması fikrini savunmuştur²⁸. Anarşizm, devlet yapısı altında yönetilmeyi kabul etmemektedir²⁹. Çünkü anarşistler hiyerarşinin (yöneten-yönetilen) olmadığı ortamda insanlar arasında bir çatışmanın çıkmayacağını ve böyle bir düzende insanların barış ve huzur içinde yaşayacağı inancına sahiptirler³⁰.

Anarşizm, bireyin hürriyetinin bir sınırı olmadığını ve mutlak olduğunu kabul eder³¹. Dini ve ahlaki tüm kuralları reddeden anarşizm, bireyler bakımından bir yaptırım ve zorlamayı kabul etmez³². Anarşist düşünce, toplumsal düzenin bireyler arasında iş birliği ile sağlanabileceğini savunarak bireysel hürriyeti sınırlandıracağı düşüncesi ile her türlü iktidara karşıdır³³. Anarşizm toplumsal yaşamın devamı için aranan düzenin sadece devlet ve hukuk vasıtasıyla sağlanabileceği düşüncesini de reddeder. Bireylerin çatışma olmasın diye ortak çıkarlarının bir göstergesi olarak birbirleri ile yapacakları sözleşmeyi hukuk kurallarının yerine koymaktadır³⁴.

Anarşizm, devlet adı altında toplanmayı değil, elbirliği ile çalışmayı ve birlikte yardımlaşmayı kabul etmektedir. Bu şekilde gönüllü bir beraberlik kurulacağı için hür bireyler arasında bir çatışmanın çıkmayacağını ve toplumsal yaşamın bir mücadele ortamına dönüşmeyeceğini belirtmektedir. Bu düşünce herhangi bir sosyal adaletsizliğin olmadığı bireylerin birlikte hür olarak yardımlaştığı bir ortamda herkesin hürriyetlere saygılı olacağını ve dolayısıyla hürriyetleri koruyan bir devlete ihtiyaç duyulmadığını ifade

¹⁶ EREM, Faruk: Hürriyet ve Suç, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1952, s.1; KAPANİ, s.3; ÇINAR, Ali Rıza: Tehdit Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.5.

¹⁷ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.934; GÜNEŞ, Seyithan: Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1998, s.3; KAPANİ, s.3.

¹⁸ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.934.

¹⁹ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.934.

²⁰ KAPANİ, s.13.

²¹ KAPANİ, s.13.

²² ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s.129.

²³ KAPANİ, s.13.

²⁴ MUMCU, Ahmet/KÜZECİ, Elif: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2019, s.133.

²⁵ AYDOĞDU, Yasin: “Türk Hukukunda Siyasi Haklar ve Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (128), Ankara 2017, s.40-41.

²⁶ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.934.

²⁷ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.934.

²⁸ UĞUR, Gökhan: “Dünden Bugüne Anarşizm ve Anarşizmin Çözmesi Gereken Sorunlar”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 12(1), Ankara 2010, s.136-139.

²⁹ JUN, Nathan, “Anarchism”, Anarchism and Political Modernity, Contemporary Anarchist Studies, Bloomsbury Collections, New York 2012, s.113.

³⁰ ALKIŞ, Burcu: Anarşist Düşüncede Özgürlük, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s.144.

³¹ ALKIŞ, s.146.

³² ÇUHADAR, Cengiz: “Tarihi Süreç İçerisinde Felsefi Bir Kavram Olarak Anarşizm”, Dini Araştırmalar Dergisi, 10(30), 2007, s.88.

³³ WOODCOCK, George: Anarchism: A History Of Libertarian Ideas And Movements, The World Publishing Company, New York 1962, s.8-10.

³⁴ ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayıncılık, İstanbul 2003, s.405.

etmektedir³⁵.

Günümüzde anarşizm belli yerlerde uygulansa da yönetim biçimi olarak bu ideolojinin kabul edildiği bir devlet bulunmamaktadır. Anarşizm zaten devlet adı altında toplanmayı da reddetmektedir. Hürriyetlerin korunduğu ve ihlalin yaptırımıyla karşılandığı ceza kanunlarında anarşizmin kabul edilmesi mümkün değildir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde evsizlerin göç ederek hurdalardan ev kurduğu Sonora Çölü'nde "Slab City" veya "The Slabs" adlı bir bölge bulunmaktadır. Hükümetin gözetiminden uzak bu bölgede resmi kural ve kanun bulunmamaktadır. Anarşizmin etkin olduğu bölgede insanlar sınırsız bir şekilde hür hareket etmektedir³⁶.

B. Liberal Hürriyet

Liberal hürriyet anlayışında, hürriyet hukuk üstüdür. Bu anlayış, ihlallere karşı kanunlara yalnızca hürriyetin korunması görevini yüklemektedir. Böylece kanunlar hürriyeti menfi anlamda düzenleyebilmektedirler. Hürriyet bu anlamda ahlaka dayanan bir nitelik taşımaktadır³⁷.

Siyasi iktidarın bireyin irade serbestisini kısıtlaması sonucunda 18'inci yüzyılda aristokrasi sınıfına karşı burjuva sınıfının direnişi ile İngiltere'de liberal hürriyet anlayışı ortaya çıkmıştır. Özellikle 18'inci yüzyılın sonları ile 19'uncu yüzyılın başlarında uygulanmaya başlamıştır³⁸. Bu anlayış, hürriyetin insana özgü ve doğuştan var olduğunu, dolayısıyla devlete bağlı olmadığını kabul etmekte ve hürriyeti ferdiyetçi, soyut ve negatif bir yaklaşımla değerlendirmektedir³⁹.

Hürriyet anlayışını sosyal sözleşme kuramına dayandıran müellifler (Hobbes, Rousseau, Locke) olduğu gibi, ferdiyetçi kurama dayandıran müellifler de bulunmaktadır⁴⁰. Hobbes hukuku monarhin iradesi ile eşdeğer tutmaktadır. Rousseau için hukuk çoğunluğun iradesidir. Egemenlik ile halkın iradesini üstün tutarak sosyal sözleşme kuramına dayansa da Hobbs'dan ayrılmaktadır⁴¹. Locke'a göre, siyasi toplum bir sözleşme ile kurulmuştur. Sosyal sözleşmeden önce fertler inziva halinde bir takım doğal haklara sahip olarak yaşamaktaydılar. Sosyal sözleşmeye dayanarak fertler doğal haklarından toplum lehine fedakârlık yapmıştır⁴². Sosyal sözleşmeyi reddeden ferdiyetçi kurama göre, her türlü hakkın kaynağı insandır. Çünkü, insan sosyal yaşamda hür bir irade ve dolayısıyla sorumluluk sahibidir⁴³.

Liberal hürriyetçi görüş, pasif bir devlet kudreti içinde ferdiyetçi açıdan bireylere geniş yetkiler vermekte; hürriyeti bireylerin birbiriyle karşılıklı ilişkileri içerisinde değerlendirmekte ve devlet-birey ilişkilerine bir önem atfetmemektedir⁴⁴. Bu anlayış hukukî kaynağını 10 Aralık 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden (İHEB) almaktadır. İHEB'nin 1'inci maddesine göre her insan haysiyet ve haklar bakımından hür doğar. İHEB'nin 2nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, herkes bütün hürriyetlerden herhangi bir fark gözetmeksizin yararlanabilir. İHEB'nin 3'üncü ve 4'üncü maddelerinde, hürriyetin her ferdin hakkı olduğunu vurgulamakta ve köleliği yasaklamaktadır. Liberal hürriyet anlayışının bir görünümü olan İHEB'e göre hürriyetin kaynağı insan olup doğuştan bu haklara sahiptir. Hürriyetin subjektif bir yönünün olduğuna temas edilmiştir⁴⁵. Klasik, hürriyet kavramından insanın, insan olmasından kaynaklı sahip olduğu hürriyetler anlaşılır. Hukukî kaynağı İHEB olan liberal hürriyet, Batı'da ortaya çıkmış ve gelişimini yine Batı'da sağlamıştır⁴⁶.

İnsanın doğuştan insan olmaktan kaynaklı hakları ve hürriyetleri bulunduğu, siyasi iktidarın bunlara hiçbir zaman dokunamayacağı düşüncesi 17'nci yüzyılda ortaya çıkmıştır. 17'nci yüzyıldan önce de insanın bazı hakları ve hürriyetleri olduğu (hor görülme, zulme uğramama gibi) anlayışları vardı. Ancak bunlar sistemli bir şekilde liberal hürriyet anlayışından önce "Kişi Hakları Öğretisi" adı altında 17'nci yüzyılda gündeme gelmiştir⁴⁷. Öğretiye göre; insan toplu şekilde yaşamadan önce doğal bir yaşama sahipti. Hürriyeti sınırlandırılmaksızın mutlak bir hürriyeti vardı. Ancak bu hep böyle sürmedi. İnsan doğal yaşam içerisinden varlığının devamı için başkalarına ihtiyaç duyduğundan diğer insanlarla iletişime geçmek zorunda kaldı. Bu şekilde ihtiyaçları zorlamış ve insanlar aralarında anlaşarak bir topluluk oluşturmuştur. Siyasal bir topluluk kurulabilmesi ve devamlılığın sağlanabilmesi için de bireyler birtakım hürriyetlerinden vazgeçmişlerdir. Buna rağmen insanlar, insan olmaktan kaynaklanan doğal olarak sahip oldukları hak ve hürriyetlerinin en önemlilerini siyasal iktidara vermemişlerdir. Topluluklar devlet olmasına rağmen yine de bu hakları devretmemişlerdir. Bu öğreti 17 ve 18'inci yüzyıllarda John Locke olmak üzere birçok düşünür tarafından

³⁵ TAYLAN, Ömer: Anarşizm, Astana Yayınları, Ankara 2021, s.10-12.

³⁶ "Slab City veya The Slabs, ABD'nin Kaliforniya eyaletinde, Salton Trough bölgesinde, Sonora Çölü'nde yer alan küçük ve eşsiz bir yerleşim merkezidir. Bu ilginç yer, hükümetin gözetiminden uzakta yaşamayı tercih eden birçok kişiye ev sahipliği yapmaktadır. Kaliforniya sınırları içinde yer almasına rağmen, bu bölge, genel yasa ve düzenlemelerden oldukça uzak kalmaktadır. Burada, hiçbir resmi kural veya yasa geçerli değildir." <https://kasifiz.com/kanun-ve-kuralların-olmadığı-sehir-slab-city>, (Erişim: 03.10.2023).

³⁷ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.935.

³⁸ ÖZEK, Çetin, Türkiye'de Laiklik, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1962, s.287.

³⁹ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.935.

⁴⁰ Bkz. KAPANİ, s.30-40.

⁴¹ GEMALMAZ, s.244; ZABUNOĞLU, Hamdi Gökçe: "Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), Malatya 2016, s.441-442.

⁴² KUBALI, Hüseyin Nail: Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1971, s.165.

⁴³ ATAR, Yavuz: "Batılı Toplumlarda ve İslam'da İnsan Hakları", Diyanet Dergisi, 28(1), 1992, s.78.

⁴⁴ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.935.

⁴⁵ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.935.

⁴⁶ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 20. Baskı, Ankara 2022, s.419.

⁴⁷ KAPANİ, s.30.

vurgulanmıştır. Öğretiye uygun olarak Locke, insanın insan olmasından kaynaklanan doğal haklarını; yaşama, hürriyet ve mülkiyet olarak belirlemiştir. Bu hakların korumasında devlet sadece bir vasıta olarak görülmüş ve hürriyet düşüncesi öğretinin merkezine konulmuştur⁴⁸. John Locke, insanın eşit ve hür bir doğasının bulunduğunu ifade ederek liberal hürriyet anlayışına uygunluğunu temellendirmeye çalışmıştır⁴⁹. Bu öğreti insanlık tarihi boyunca özellikle Batı'daki devrim hareketlerinin öncüsü olmuştur.

Doğal hukuk akımında temel alınan doğal hak kapsamında toplumsal sözleşme varsayımı eleştirilip reddedilince, birey hak ve hürriyetlerine yeni bir dayanak bulma ihtiyacı doğmuştur. 1789 Fransız İhtilali'nden sonra ferdiyetçilik öğretisi gelişmiştir. Bu görüş her hakkın kaynağının tek başına irade ve sorumluluk duygusuna sahip bir varlık olan insan olduğunu ve istediği gibi davranmakta hür olduğunu vurgulamaktadır. Bu hürriyet anlayışını 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi yansıtmaktadır. On yedi maddeden meydana gelen bildiride bireylerin kimseye devredilemez ve vazgeçilemez kutsal hakları olduğu ilan edilmiştir. Maddelerde sistemli bir ayırım yapılmadan hürriyetler sıralanmıştır. İçeriğinde kişi güvenliği, düşünce hürriyeti gibi klasik, hürriyetler yer almaktadır⁵⁰.

İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'ne göre hürriyet anlayışı belli bir çerçevededir. Devletin müdahalesinden bağımsız kişiye özel bir hareket alanı sağlamaktadır. Bu nedenle 18'inci yüzyılda ortaya çıkan klasik hürriyetler, "negatif hürriyetler"⁵¹ olarak adlandırılmaktadır⁵². Bu anlayış çerçevesinde birey, devlet müdahale etmediği sürece hürdür ve hürriyet negatif yönüyle ele alınmaktadır. Bu suretle birey ile iktidar karşı karşıya gelmektedir⁵³. Ancak bu haklar bireyci anlayışı da beraberinde getirmektedir. 19'uncu yüzyıldan itibaren hayat şartları sebebiyle bu haklardan yalnızca ekonomik olarak güçlü olan bir azınlık faydalanabilmiştir. Bu haklar düzenlenmiş olsa bile ekonomik şartlardan dolayı öğrenme hakkına karşılık kişinin çalışma zorunluğunun bulunması veya yaşama hakkı tanınan kimsenin sağlık şartlarından yoksun olması gibi hürriyetlerin herkese uygulanabilir olmadığını göstermektedir⁵⁴.

Ekonomik şartlar değişip geliştikçe haklar herkese aynı şekilde uygulanmamıştır. Bu ise, sosyal ve ekonomik hakların da mevcut olması gerektiği sonucunu ortaya çıkarmıştır. Sosyal ve ekonomik hakların doğuşu 1848 Fransız Anayasası vasıtasıyla olmuştur. Fransız Anayasası bu haklardan bahsetmesi bakımından ilk örnektir⁵⁵. Anayasa metinlerine girişi ise, 20'nci yüzyılda I. Dünya Savaşı sonrasında gerçekleşmiştir⁵⁶. Bu zamandan sonra devletin bireyin hür alanı üzerindeki müdahalesi yerini sosyal haklar yönünde ilerlemeye bırakmıştır. Ferdiyetçi öğretilerde soyut bir varlık olan birey, artık bulunduğu toplumun sosyal şartları ile çevrili ihtiyaçları olan birey haline bürünmüştür. Dolayısıyla kendisine devletin müdahalelerine karşı durabileceği negatif hürriyetler değil, ayrıca olumlu bir hareket (hizmet veya yardım gibi) yetkisini veren pozitif hürriyetler de tanınmıştır. Örneğin bu aşamadan itibaren birey sadece yaşama hürriyetine sahip olmayıp aynı zamanda onuruna yaraşır yaşam şartlarına sahip olmayı da isteyebilecek duruma gelmiştir. Dolayısıyla hürriyet moral bir kavram olmaktan ziyade artık bireyler bakımından pozitif haklar haline almıştır⁵⁷.

Geliştirilen haklar sayesinde devlete de ödevler yüklenmektedir. Bu aşamadan sonra ekonomik ve sosyal haklarla birlikte klasik, hürriyetlerin de yerine getirilebilmesi için devlet müdahalesi ile düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Siyasi iktidarın keyfi işlemlerine karşı yargı denetimi birey hürriyeti bakımından gereklidir⁵⁸. Aksi halde bu aşamadan sonra bireylerin güvenlik ve hürriyetlerinin bir önemi de kalmaz⁵⁹. Güvenlik yalnızca hürriyetlerin siyasi iktidar tarafından sınırlandırılmasının bir gerekçesi olabilir. Yoksa güvenlik başlı başına hürriyetin kapsamı olamaz. Güvenliği sağlamak adına hürriyetlerden feragat edilirken denge gözetilmeli ve insanlar sürekli güvenlik için hürriyetinin kısıtlanacağı endişesine sevk edilmemelidir⁶⁰.

Günümüz ceza kanunları sistematüğinde ekseriyetle kişilere karşı suçlar kısmında hürriyete karşı suçlar tek başlık altında birleştirilmek suretiyle incelenmektedir. Böylece klasik, liberal hürriyet anlayışını kabul eden ceza kanunları hürriyetin kendisinden ziyade hürriyet kavramını koruma altına almaktadır. Dolayısıyla şahısların hürriyet alanına yönelik müdahaleler ceza ile karşılanmakta herkesin hür alanının ihlali önlenmektedir⁶¹. Liberal hürriyet anlayışı modern ceza kanunlarının neredeyse tamamına etki etmiştir. Örneğin 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu (ETCK), İtalyan Ceza Kanunu (İCK – 1889 tarihli Zanardelli Ceza

⁴⁸ KARAKAŞ, Zülal Hazal: "John Locke'da Doğa Durumu Kavramının Tarihsel Arka Planı", Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, Ankara Hacı Bayramı Veli Üniversitesi, 6(17), Ankara 2019, s.260.

⁴⁹ GEMALMAZ, s.211; KARAKAŞ, s.264.

⁵⁰ ÇINAR, s.8.

⁵¹ TUNAYA, s.204.

⁵² ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.938; KAPANİ, s.50.

⁵³ BULUT, Nihat: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.41.

⁵⁴ KAPANİ, s.51.

⁵⁵ 04.10.1958 tarihli Fransız Anayasa'sının 69 ila 71 inci maddeleri arasında ekonomik, sosyal haklara ilişkin Hükümetin istemi üzerine yasa, kararname, karar tasarıları ile yasa teklifleri hakkında görüş bildirebilecek bir konsey kurulmasını sağlamaktadır. Bu ise ekonomik ve sosyal haklar bakımından bir yenilik ve örnek teşkil etmektedir. Anayasa metni için bkz. <https://legislationline.org>, (Erişim: 07.09.2022).

⁵⁶ KAPANİ, s.53.

⁵⁷ KAPANİ, s.52.

⁵⁸ ÇINAR, s.10.

⁵⁹ BAYRA, Adem Ersin: Güvenlik Devleti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.166.

⁶⁰ TOPUZKANAMIŞ, Şafak Evran: "1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler", Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(Özel Sayı), İzmir 2019, s.1780.

⁶¹ ÖZEK, Çetin: "Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 41(1-2), İstanbul 1975, s.25.

Yasası – liberal hürriyet anlayışı altında hürriyetlerin ihlalini aynı kategoride düzenlenmiştir⁶² ve günümüzde 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) bu anlayışla hazırlanmıştır. Bunun dışında Kıta Avrupa Hukuk Sistemine (Avrupa Birliği ülkeleri aynı sistemi benimsemişler) liberal hürriyet anlayışı hâkim olmuş ceza kanunları da buna uygun olarak dizayn edilmiştir. Örneğin Fransız Ceza Kanunu (FCK), beşinci bölüm kişi hürriyetinin ihlalleri başlığı altında⁶³, Alman Ceza Kanunu (ACK) on sekizinci bölüm kişi hürriyetine karşı suçlar başlığında⁶⁴ ve son olarak Polonya Ceza Kanunu (PCK) yirmi üçüncü bölüm hürriyete karşı suçlar başlığı⁶⁵ şahsa karşı hürriyet ihlallerini cezalandırmaktadır. İlgili ceza kanunlarında liberal hürriyet anlayışı benimsenmiş ve maddeler bu metodolojiye uygun olarak düzenlenmiştir.

Türk ceza hukukunda hürriyet anlayışını hürriyete karşı suçlar bağlamında incelediğimizde; ETCK'nun mehası olan İCK'nun liberal hürriyet anlayışının etkisinde hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği görülmektedir. Klasik, hürriyet anlayışı denildiğinde insanın sırf insan olmaktan kaynaklı sahip olduğu hürriyetler anlaşılmalıdır. Hürriyetin kaynağı kanun değil bizatihi insanın kendisidir. Kanunların görevi; insanın doğuştan sahip olduğu kanunların belirlemediği hürriyetinin korunması olanağını sağlamaktır⁶⁶. Günümüz ceza hukukunda hürriyete karşı suçların düzenlenmesinde liberal hürriyet anlayışı etkisini sürdürmektedir. TCK hürriyete karşı suçlarda bireyci hareket ederek hem hürriyete yönelik ihlalleri önleme hem de ihlal bulunması halinde cezalandırma amacı taşımaktadır⁶⁷. Bu şekilde devlete bir ödev yüklenmektedir. Devletin hürriyete müdahale sahasını da daraltmaktadır. Klasik hürriyete negatif hürriyet de denilmektedir. Zira klasik hürriyet anlayışı devlete bir çerçeve belirlemekte kişilerin özel ve serbest hareket alanına müdahale edilmesini istememektedir. ETCK da bu anlayışın etkisinde kalmıştır. Hürriyetin ihlalini fertlerin birbirlerinin haklarına tecavüz etmeleri şeklinde algılamaktadır⁶⁸.

C. Faşizme Göre Hürriyet

Faşizm, I. Dünya Savaşı'ndan sonra İtalya'da ortaya çıkmış ve uygulanmıştır. Bütüncül bir düşünce sistemidir. İtalyan faşizmi devlet esastır. Devlet, totaliter anlayışın bir sonucu olarak toplum yaşamının tamamını kapsamaktadır. Daha sonra Nazi Almanyası'nda nasyonal sosyalizm (Nazizm) adı altında bir ideoloji olarak yer bulmuştur⁶⁹.

Liberal hürriyet ve Marksizm anlayışı ile bu anlayışın tatbik edilmesindeki sonuçlara bir tepki olarak faşizm ortaya çıkmıştır. Faşizm, liberal hürriyet anlayışına karşı geliştirilen yeni bir sistemdir⁷⁰. Faşizm hürriyetin kaynağı bağlamında doğal hukuk ve pozitivist anlayışlarına karşıdır. Çünkü faşizmde tek hak sahibi, devlet olarak görülmektedir. Devlet ise, bireylerden ve hukuktan öncedir. Devlet, hukuk yapıcı, kamu yararının temsilcisi, mutlak emredicilik yetkisi ile donatılmış bir varlıktır⁷¹. Bir faşist gözünde her şey devletin içindedir. Devlet haricinde maddi ve manevî hiçbir şey yoktur. Devlet dışında, birey ve grup olamaz⁷². Dolayısıyla faşist ideolojiye göre devlet karşısında birey, bir hak ve hürriyete sahip değildir. Bireyin, yalnızca devletin çıkarları doğrultusunda ve müsaadesi ile birtakım hürriyetlere sahip olması mümkündür. Devletin yararı bireyin hürriyetlerinin kısıtlanmasında ise, birey hürriyetlerden kısıtlı olarak faydalanabilir. Devletin yararı bireye hürriyet tanınmaması üzerineyse, o halde birey bakımından herhangi bir hürriyeten bahsedilebilmesi mümkün değildir. Özetle bireyin hürriyetleri devletin yararı için kısıtlanabilir veya tamamen kaldırılabilir. Dolayısıyla hürriyet, tam anlamıyla devletçe bağışlanabilen ve devletin çıkarları ile çatıştığında geri alınabilen bir yetkidir⁷³.

Birey bu öğretiye göre toplum yararının sağlanmasında sadece bir araçtır. Bireyin toplum yararına uyacak çıkarları varsa faşizme göre yalnızca bunlar korumaya değerdir. Bireyin hürriyeti sorumluluklarını yerine getirmek ile söz konusu olabilir. Siyasi iktidarın izni doğrultusunda ve yararıyla çatışmayacak şekilde birey, hürriyetlerini kullanabilir. Özetle bu öğretilde, devlete karşı hürriyet değil, devlete yararlı olduğu ölçüde hürriyetlerden bireylerin faydalanılması kabul görmektedir⁷⁴.

Faşist ideolojinin etkin olduğu ceza kanununa örnek olarak liberal hürriyet anlayışının egemen olduğu İCK'ndan sonra çıkarılan 1930 Rocco Kanunu'dur. 1889 ila 1930 arasında ideolojik farklılığın bulunmasının sebebi yapıldığı dönemlerin temel ideolojik anlayış ve bu anlayış dolayısıyla hukuk düzenine hâkim olan suç politikasının değişimidir⁷⁵.

⁶² ÇINAR, s.20-21.

⁶³ <https://legislationonline.org>, (Fransız Ceza Kanunu'nun 28.01.2011 tarihli güncel halidir.), (Erişim: 06.10.2023).

⁶⁴ <https://legislationonline.org>, (Alman Ceza Kanunu'nun 19.12.2019 tarihli güncel halidir.), (Erişim: 06.10.2023).

⁶⁵ <https://legislationonline.org>, (Polonya Ceza Kanunu'nun 12.10.2016 tarihli güncel halidir.), (Erişim: 06.10.2023).

⁶⁶ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.950.

⁶⁷ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.440.

⁶⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s.420.

⁶⁹ TANİLLİ, Server: Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981, s.59.

⁷⁰ TUNAYA, s.199.

⁷¹ ÇINAR, s.10.

⁷² VELDET, Hıfzı: "İtalyan Hukukundaki Eski ve Yeni İstikametler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 9(3-4), İstanbul 1944, s.630.

⁷³ KAPANİ, s.150.

⁷⁴ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.942; KAPANİ, s.151.

⁷⁵ ÖZEK, Çetin, "İtalyan Ceza Kanununun Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 34(1-4), İstanbul 1968, s.73.

D. Marksizm'e Göre Hürriyet

Marksizm'in kendine özgü bir hürriyet anlayışı bulunmaktadır. Bir kurtuluş olarak gördüğü hürriyete ulaşmak için demokratik hürriyetlerden vazgeçilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁶. Liberal hürriyet anlayışına tepki olarak doğmuştur. Bu tepki siyasi-ekonomik sisteme ve hürriyet anlayışınadır⁷⁷.

Marksizm'e göre hürriyet, tarihsel süreç içerisinde bir gelişimle ortaya çıkmıştır. Soyut bir hürriyet anlayışından bahsedilemez. Ferdin hürriyeti, mensup olduğu toplumun şartlarına ve yaşamış olduğu çağa doğrudan doğruya bağlıdır. Hürriyet kavramsal olarak toplumda belli sınıfların karşılıklı ilişkisi olarak ele alınmaktadır. Hürriyetin yalnızca sözde kalmaması için uygulanacağı gerçek koşulların hazır edilmesi gerekmektedir. Hürriyet, birey için yaşayabildiği oranda mevcuttur. Yararları çatışan sınıfların ayrılmasının önlenmesi ve devletin bir sınıfın diğeri üzerine baskısını ortadan kaldırdığı ölçüde hürriyetten bahsedilebilmesi mümkündür⁷⁸.

Kapitalist sistemde, üretim araçlarına sahip zengin sınıf (burjuvazi), emeklerinden başka geçim kaynağına sahip olmayan işçi sınıfını sömürdüğü bir ortamda Marksizm'e göre hürriyetten söz edilemez. Böyle bir ortamda hürriyet soyut olarak içi boş bir kalıptır. Öncelikli olarak bir evinin olması gereksinimini kabul eden bir emekçiye konut dokunulmazlığının anlatılması soyut kalır. Bu gibi durumlarda konut dokunulmazlığının ihlali işçi sınıfı bakımından bir anlam ifade etmez. Fertlerin hür olabilmeleri için öncelikle hürriyetini kullanabileceği bir ortamın ve olanakların sağlanması gereklidir. Kapitalist sistemde, hürriyetlerden sadece burjuva sınıfı faydalanmaktadır. Marksizm'e göre sınıf çatışmasının ortadan kaldırıldığı, bireylerin hürriyetinden ödün vermek zorunda kalmadığı bir toplumda gerçek hürriyetten bahsedilmesi mümkün olur⁷⁹.

Marksist rejime göre eşitlik önemlidir. Fertlerin gerçek anlamda hürriyetinden söz edebilmek için eşitliğin sağlanması gereklidir⁸⁰. Kapitalist toplumlar ise, sömürmek üzerine inşa edilmiştir. Bu yüzden işçi sınıfı devrim yaparak siyasi iktidara sahip olduğu zaman öncelikle üretim vasıtalarını insanların kullanımına (kamuya) tahsis edecek ve bu suretle burjuva sınıfına son verecektir. Bu dönemde eşitliğin önündeki engeller kalkacak, işçi sınıfı sömürülmekten kurtulacak ve hürriyetine kavuşacaktır. Ancak hürriyet, sosyalizm sonrası komünizm aşaması olarak ifade edilen devletin hürriyetleri kendiliğinden ortadan kaldırıldığı aşamada gerçekleşecektir. Bu safhada ihtiyaç maddeleri, herkesin kabiliyetine veya emeğine göre değil, herkesin ihtiyacına göre dağıtılacaktır. Bu imkânlarla sahip kişiler hürriyetlerinden gerçek manada faydalanacaktır. Toplumda yer alan sınıf farklılıkları tamamen ortadan kalkmadıkça bu rejimde bireylerin devlete karşı ileri sürebileceği öznel hakları yoktur. Geçiş döneminde komünist toplum düzeninin kurulması amacına aykırı düşmemek şartıyla gerçek anlamda hürriyetin sağlanması devlet ayarlayacaktır⁸¹. Sosyalist ideolojinin esasını Marksizm oluşturmaktadır⁸².

Sovyet hukuk uygulamasında "meta mübadelesi okulu" suçta ve cezada kanunilik ilkesini tesis etmeyen ceza normlarının kıyasına imkân veren bir ceza kanunu tasarısı hazırlamıştı. Bu yasalara da 1936 ve sonrası Sovyet döneminin önemli Marksist ideolojisine eğilim bulunan bir ceza tasarısı olmuştu⁸³. Ancak bu okul ve ceza tasarısı Sovyet devrimi sonrası kısa ömürlü olmuştur⁸⁴. Günümüzde Marksist ideolojiye bağlı, özel mülkiyet kabul edilmeyen ve toplumun bireyin üstünde tutan sistemi uygulayan ülkelere Çin Halk Cumhuriyeti ve Kuzey Kore örnek olarak verilebilir. Bu ülkelerin ceza kanunları incelendiğinde, bireylerin hürriyetlerini korumaktan ziyade sosyalist devletin korunmasını sağlama amacıyla hareket edildiği görülmektedir.

Sosyalist bir devlet olan Çin Halk Cumhuriyeti'nde siyasi ideoloji olarak Marksizm uygulanmaktadır⁸⁵. Çin Ceza Kanunu'nda (*Criminal Law of the People's Republic of China*) hürriyete karşı suçlar ayrı bir bölümde yer almamaktadır⁸⁶. Örneğin bireyler arasında tehdit suçu yalnızca taraflardan birisi kolluk kuvveti veya milletvekili ise ya da devlet görevlilerine direnmek için (örneğin m.157: kaçak eşyaya el konulmasına tehditle direnme; m.202: tehdit ederek vergi ödemekten kaçınma; m.277: tehdit kullanarak bir milletvekilinin görevini yapmasını engellemesi gibi) müracaat edilirse cezalandırılmaktadır. Bu yönüyle kanun aslında sosyalist düzeni korumayı amaçlamaktadır⁸⁷. Görüldüğü gibi ceza kanunu bireylerin

⁷⁶ KUBALI, s.482.

⁷⁷ SOYSAL, Mümtaz: Anayasaya Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1969, s.89.

⁷⁸ ÇINAR, s.12.

⁷⁹ KAPANİ, s.156.

⁸⁰ KAPANİ, s.11; ŞANLI, İrem: "Marksist Ceza Adaleti Eleştirisi", Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(Özel Sayı), İzmir 2019, s.2102.

⁸¹ KAPANİ, s.157.

⁸² GÜRBÜZ, Yaşar: Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler, Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 1987, s.148.

⁸³ KARAHANOGULLARI, Onur: "Marksizm ve Hukuk", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 57(2), Ankara 2002, s.63-64.

⁸⁴ KARAHANOGULLARI, s.90.

⁸⁵ GÜRBÜZ, s.192.

⁸⁶ Suçlar Özel Hükümler kısmında bulunmaktadır. Bu kısımda sırasıyla; Birinci Bölüm: Ulusal Güvenliği Tehlikeye Sokma Suçları; İkinci Bölüm: Kamu Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları; Üçüncü Bölüm: Sosyalist Piyasa Ekonomisinin Düzenini Bozma Suçları; Dördüncü Bölüm: Vatandaşların Kişilik ve Demokratik Haklarını İhlal Etme Suçları; Beşinci Bölüm: Mülkiyet İhlali Suçları; Altıncı Bölüm: Kamu Düzeninin Sağlanmasını Engelleme Suçları; Yedinci Bölüm: Milli Savunmanın Menfaatlerine Zarar Verme Suçları; Sekizinci Bölüm: Zimmet ve Rüşvet Suçları; Dokuzuncu Bölüm: Görevi İhmal Suçları; Onuncu Bölüm: Askerlerin Görevlerini İhlal Suçları. <https://www.ilo.org>, (1997 tarihli halî dikkate alınmıştır.), (Erişim: 09.06.2023).

⁸⁷ Kanunun 2 inci maddesi: "Çin Halk Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nun amacı, cezai yaptırımları uygulamaktır. Devletin güvenliğini korumak amacıyla tüm suç eylemlerine karşı mücadele etmek için cezalar Halkın demokratik diktatörlüğünün ve sosyalist sistemin Devlet iktidarını savunmak Devletin sahip olduğu mülkleri ve çalışan halkın kolektif olarak sahip olduğu mülkleri korumak ve

hürriyetinden ziyade sosyalist düzenin korunması amacı ile hareket ederek suçları düzenlemiştir. Mevcut kanunun ekonomik kalkınma dikkate alınarak reformize edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bunun yanında dünyada hukukun üstünlüğünün giderek gelişmesiyle birlikte günümüzde, dönüşüm sürecinde yeni konular ve durumlar ortaya çıkmaktadır. Bunların dikkate alınması suretiyle Çin ceza mevzuatının düzenlenmesi gereği üzerinde durulmaktadır⁸⁸. Ekonomi bakımından en önemli düzenleme kentlerde de olsa özel mülkiyete geçilmesidir⁸⁹.

Kuzey Kore sosyalist bir devlettir. Ülkenin 1948 tarihindeki kurucusu olan Kim II Song'un "Hukuk boş bir alanda asılı durmaz. Hukuk siyasi bir ifadedir ve bu nedenle siyasete itaat etmek zorundadır ve siyasetten ayrı tutulamaz" sözü Kuzey Kore'nin hukuk sistemini en iyi şekilde anlatmaktadır⁹⁰. Kuzey Kore Ceza Kanunu incelediğimizde; (*The Criminal Law of the Democratic People's Republic of Korea*) hürriyet karşı suçların ayrı bir bölümde düzenlenmediği⁹¹ sosyalist ülkelere hâkim olan toplumun savunulması düşüncesi ile yaptırım olarak failin çalıştırılması şeklinde düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Gerçekleştirilen eylemin ağırlığına göre çalışma süresi de kişinin ıslahı bakımından artmaktadır⁹². Ayrıca ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasında geriye yürümezlik ilkesi başlığı altında fiilin gerçekleştirildiği andaki ceza kanunun uygulanacağı düzenlenerek kanunilik ilkesi tesis edilmiştir⁹³. Böylece bir yandan hürriyetler sosyalist rejim öncelenecek korunurken diğer yandan da zaman bakımından uygulanma özelinde kanunilik ilkesi tesis edilerek vatandaşlar yalnızca işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun suç saydığı eylemden sorumlu olmaktadır. Kuzey Kore özel mülkiyet⁹⁴, basın özgürlüğü⁹⁵ gibi temel hakların kısıtlanması sebebiyle sosyalizmin katı uygulandığı bir ülkedir.

III. CEZA HUKUKU KAPSAMINDA HÜRRIYETLERİN KORUNMASI

Hürriyet kavramının hukuki bir kapsamı bulunmaktadır. Bu yüzden her alandan önce ceza hukukunu ilgilendirmektedir. Bir metin olarak anayasada yer alan temel hak ve hürriyetler niteliği gereği durağandırlar. Onlara hareket etme kabiliyetini ceza kanunları vermektedir. Bu bağlamda hürriyetler anayasada düzenlenirken güvence altına alınmasını kanunlar sağlamaktadır. Dolayısıyla anayasada yer alan hürriyetlerin korunması ve güvence altına alınması için ceza kanununa ihtiyaç duyulmaktadır⁹⁶. Hürriyet ceza hukukunda bir hak olarak sayılmış ve suçun konusu kapsamında değerlendirilmiştir⁹⁷. Bu bakımdan ceza hukuku ile hürriyetler arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Kanun koyucu hürriyetleri ihlal eden eylemleri yaptırım altına almakla bir yandan hürriyetleri korurken diğer yandan da yaptırım öngörerek hürriyetleri sınırlamaktadır⁹⁸.

Hürriyetleri korumaya yönelik olarak ceza hukuku dışında birçok norm bulunmaktadır⁹⁹. Ancak ceza normları yalnızca ihlalleri ortadan kaldırmak amacıyla değil, aynı zamanda ihlal edici fiilleri cezalandırmak amacıyla taşımaktadır¹⁰⁰.

Hürriyet öznel bir hak değildir. Hürriyet kavramı, devlet düzeni hürriyetçi olan siyasal rejimleri ilgilendirmektedir. Dolayısıyla bu yönelen saldırıları ceza yaptırımı ile tehdit ederek ona soyut bir suç tanımında yer vermiştir. Böylelikle korumasız kalmasının önüne geçilmiştir¹⁰¹. Hürriyet bir yönüyle iktidarın sınırlandırılmasını sağladığından bireyin hürriyetlerinin korunması devlet erkinin sınırlandırılmasına hizmet etmektedir¹⁰².

vatandaşların özel mülkiyetindeki mülkleri, vatandaşların kişi ve mülkiyet haklarını korumak, demokratik ve diğer hakları korumak, kamu düzenini ve ekonomik düzeni sağlamak ve Sosyalist inşanın sorunsuz ilerlemesidir." <https://www.ilo.org>, (1997 tarihli hali dikkate alınmıştır.), (Erişim: 09.06.2023).

⁸⁸ BINGZHI, Zhao: "Outline of Reforming China's Penal System", *Frontiers of Law in China*, 4(3), 2009, s.377.

⁸⁹ SEZEN, Seriya: "Çin Halk Cumhuriyeti'nde Toprak Yönetimi", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi*, 66(1), Ankara 2011, s.102.

⁹⁰ HAHM, Pyong Choon, "Ideology and Criminal Law in North Korea", *American Journal of Comparative Law*, 7(1), s.77. <https://heinonline.org>, (Erişim: 10.10.2023).

⁹¹ Üçüncü Bölüm: Devlete ve Millete Karşı İşlenen Suçlar; Dördüncü Bölüm: Milli Savunmaya Karşı Suçlar; Beşinci Bölüm: Sosyalist Ekonomik Sisteme Karşı Suçlar; Altıncı Bölüm: Sosyalist Kültüre Zarar Verme Suçları; Yedinci Bölüm: Genel Yönetmeliklerin Cezai İhlalleri İdare ve Bakım; Sekizinci Bölüm: Sosyalist Düzenin Suç Teşkil Eden İhlalleri Kolektif Yaşam; Dokuzuncu Bölüm: Vatandaşların Canına ve Malına Zarar Verme. <https://www.hrnk.org>, (2009 tarihli hali dikkate alınmıştır.), (Erişim: 09.06.2023).

⁹² Örneğin kanunun 291 inci maddesinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cezası iki yıldan az olmamak üzere çalıştırmadır. <https://www.hrnk.org>, (2009 tarihli hali dikkate alınmıştır.), (Erişim: 09.06.2023).

⁹³ Madde 9'a göre, suçlulara suçun işlendiği sırada yürürlükte olan ceza kanununa göre ceza verilir. <https://www.hrnk.org>, (2009 tarihli hali dikkate alınmıştır.), (Erişim: 09.06.2023).

⁹⁴ BETHELL, Tom: "Özel Mülkiyet ve İnsan Doğası", *Liberal Düşünce Dergisi*, (54), 2009, s.37.

⁹⁵ "Kuzey Kore'deki basın özgürlüğü, yalnızca İşçi Partisi'nin iradesini yerine getirmek için çalışan vatandaşlara verilen hakdır. Çoğulculuk sisteminde tüm vatandaşlara verilen gerçek anlamdaki basın özgürlüğünün tam tersidir." SEUNGHOON, Ahn: *Türkiye ve Kuzey Kore Medyalarında Sansür Olgusunun Karşılaştırmalı Analizi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Gazetecilik Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s.48.

⁹⁶ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalat Yayinevi*, 16. Baskı, Ankara 2022, s.57.

⁹⁷ EREM, s.1.

⁹⁸ BAYRAKTAR, Hürriyete Karşı Suçların Genel Özellikleri, s.1.

⁹⁹ Örneğin MK m.23: "Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz."; AY m.19: "Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir."; AY m.22: "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır."

¹⁰⁰ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.955.

¹⁰¹ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.949; ÇINAR, s.14.

¹⁰² ÇINAR, s.18.

Anayasalar kişilere serbest hareket alanı tanımaktadır. Bu alana başka bir kimsenin tecavüz etmesinin önlenmesi kanunlarca sağlanmakta yine bu alanın kapsamını kanunlar belirlemektedir. Bir gücün serbest iradesini kötüye kullanması sonucunda başka kimselerin hürriyeti ihlal edilmektedir. Bu sebeple bu alana saldırıda bulunulması ceza hukuku bağlamında hürriyetin tanımlanması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Suçun kanuni tanımında yer alan haksızlık içerikli eylemler, bireylerin hür ve serbest iradesine karşı işlendiğinden, hürriyet hukuksal bir değer olarak kanun koyucu tarafından kabul edilmekte ve düzenleme altına alınmaktadır. Kanun koyucu bu şekilde düzenleme altına alma metodu ile ceza hukuku bağlamında hürriyetin korunmasını sağlayacak bir sistemi ve buna ilişkin normları ortaya koymaktadır. Suç ile ihlal edilen konu, hürriyeti koruyucu normlar ve hürriyet sistemidir. Suç ile korunan, kişiler veya hürriyete sahip olan kişilerin iradeleri değil, bizzat hürriyetin kendisidir. Bu yüzden devlet ceza ile hürriyeti korurken aslında kendi düzenini koruma altına almaktadır.¹⁰³

Hürriyetin ihlali birey-birey arasındaki ilişkilerde olabileceği gibi devlet-birey arasındaki ilişkilerde de olabilir. Anayasa tarafından konulan hürriyetler bir başka kişi tarafından ihlal edilebilir. Bu durumda devlet hürriyetin ihlalini kanun koyucu vasıtası ile ceza yaptırımını tehdidi ile suç olarak düzenlemektedir. Bu şekilde devlet hürriyete dayalı temel düzenini korur ve güvence altına alır. Örneğin bir kimse başkasını tehdit ederek seyahat hakkında yararlanmasını engellerse birey-birey arasındaki subjektif (özel) bir ilişki sonucunda bireysel hürriyetlerin kullanılması imkânı ortadan kalkmış olacaktır. Bu ise, eylemin cezalandırılmasında toplum adına bireyin hürriyetinden yararlanırken güvence altında hareket etme olanağını doğurur. Kamu hürriyetleri kavramı ise, devlet-birey arasındaki objektif (nesnel) ilişkilerin doğmasına yol açmıştır. Devletin anayasa ile hürriyete dayalı bir düzeni tesis etmiş olması yeterli değildir. Bunların kullanılması ortamını da sağlamak durumundadır.¹⁰⁴ Bu nedenle örneğin kamu görevlisi kendisine kanunla verilen yetkileri kullanırken kamu hürriyetlerinin ihlaline yol açacak eylemde bulunmuşsa eylemi TCK'nda kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar bölümünde yer alan hangi suç tipine uyuyorsa ondan sorumlu olur.

İster subjektif ilişki ile fertlerin hürriyetine, ister objektif ilişki ile kamu hürriyetine yönelik bir saldırı olsun bunlar, bir kamu hakkı niteliğinde olan hürriyetin korunması yolu ile giderilebilir. Temel hak ve hürriyetler anayasada düzenlenmekte ve hürriyetlerin konusu burada yer almaktadır. Hürriyetlerin anayasada tanınmış ve düzenlenmiş olması yeterli değildir. Aynı zamanda bunların korunması da gerekir.¹⁰⁵ Bu da ancak ceza kanunlarında hürriyeti ihlal eden eylemleri suç olarak düzenleyerek mümkün olmaktadır. Bu yüzden hürriyetler, suç tipinde düzenlenerek ceza yaptırımını ile korunmaktadır.¹⁰⁶

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İnsanın var olması bakımından önemli bir unsur olan hürriyet, toplumda geçerli olan siyasi yapıyla doğrudan ilgilidir.¹⁰⁷ Belirli bir siyasi sistem üzerine kurulan devlet, kabul ettiği sisteme uygun olarak hukuk düzeni çerçevesinde hürriyetler konusunu işlemektedir.¹⁰⁸ Anarşist, liberal, faşist ve Marksist ideolojiler devletlerin benimsediği siyasi rejimine göre ortaya çıkmışlar ve hürriyet anlayışını şekillendirmişlerdir.

Anarşizm, bireyin hürriyeti bakımından bir sınır, yaptırım veya zorlama öngörmemektedir. Totaliter rejimler olan Marksizm ve faşizm, batı demokrasilerini liberal diye eleştirmekte ve her iki rejim birbirlerini suçlamaktadırlar. Bu rejimler benzer görüşleri ileri sürseler de aralarında farklar bulunmaktadır. Faşist öğretisi fert hürriyetlerine hiç değer vermez ve devleti tek amaç olarak kabul eder. Anarşizmi siyasi ideoloji olarak benimseyen bir devletin olması mümkün değildir. Zira anarşistler devlet yapısı altında yönetilmeyi kabul etmezler. Günümüzde anarşist ideolojiye sahip yönetimden uzak bazı bölgeler bulunsun da bu ideolojiyi benimseyen bir siyasi rejim bulunmamaktadır.

Marksizm ise, devleti amaç olmaktan ziyade, geçici olmak üzere bir intihar oluşumu olarak görmektedir.¹⁰⁹ Faşizm ve Marksizm ideolojilerine sahip devletlerde bireyin hak ve hürriyetleri denetimdedir. Denetleyenler parti ve sisteme bağlı kişi ve kuruluşlardır.¹¹⁰ Başka bir deyişle toplum yararı düşüncesiyle yok edilen ve ileride ulaşılabilecek amaç olan birey hak ve hürriyetleri bir anlam ifade etmez. Her iki öğretilerde de hürriyet, siyasi iktidarın tekeline sahip tek partidedir.¹¹¹ Çin Halk Cumhuriyeti ve Kuzey Kore örneğinde görüleceği üzere bireylerin hürriyeti devlet için kısıtlanmaktadır. Önemli olan sosyalist kültürün ve devletin zarar görmemesidir.

İç ve dış hürriyetlerin sağlanması ile birey gerçek manada hür olabilir. Siyasi rejim ile doğrudan ilgili bir kavram olan hürriyet, iradenin serbest bir biçimde yönlendirilebilmesi ve herhangi bir zorlamaya maruz kalmadan buna uygun olarak davranabilmesidir.¹¹² Ancak hürriyetin de bir sınırı olmalıdır. Siyasi ideolojiler arasında bireyin haklarını diğerlerinden daha fazla önceleyen ve çerçevesini çizen liberal hürriyet anlayışıdır. Bu anlayışa sahip olan devlette yaşayan bireyler diğer kişilerin hürriyet alanına dokunmamak kaydıyla hür bir şekilde düşüncesini açıklama, yayma, haber alma, seyahat gibi hürriyetleri gerçek manada kullanabilir.

¹⁰³ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.950; ÇINAR, s.14.

¹⁰⁴ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.952, ÇINAR, s.15.

¹⁰⁵ ÇINAR, s.15.

¹⁰⁶ ÇINAR, s.19.

¹⁰⁷ ÜZÜLMEZ, İlhan: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.6.

¹⁰⁸ ÖZEK, Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler, s.934.

¹⁰⁹ ÇINAR, s.13.

¹¹⁰ TUNAYA, s.380-381; ÇINAR, s.13-14.

¹¹¹ KAPANİ, s.167; ÇINAR, s.13.

¹¹² EGEMENOĞLU, Alaaddin: Türk Ceza Hukukunda Tehdit Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.263.

Ceza kanunları suç politikası kapsamında devletlerin hangi siyasi ideolojiyi benimsendiğini ortaya koymaktadır. Hürriyetin sınırlarını çizen hükümler modern ceza kanunlarında hürriyete karşı suçlar kısmında yer almaktadır. TCK’nda olduğu gibi özellikle Kıta Avrupası Hukuk Sistemini uygulayan ülkelerin (İCK, FCK, ACK, PCK gibi) kanunlarında da hürriyete karşı suçlar bölümü düzenlenmiş ve hürriyetin ihlal edilmesi halinde yaptırım öngörülmüştür. TCK birey merkezlidir. Bu durum TCK’nun liberal hürriyet anlayışının benimsendiğini ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

- ALKIŞ, Burcu: Anarşist Düşüncede Özgürlük, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 16. Baskı, Ankara 2022.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 20. Baskı, Ankara 2022.
- ATAR, Yavuz: “Batılı Toplumlarda ve İslam’da İnsan Hakları”, Diyanet Dergisi, 28(1), 1992, s.61-98.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara 2021.
- AYDOĞDU, Yasin: “Türk Hukukunda Siyasi Haklar ve Siyasi Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (128), Ankara 2017, s.39-73.
- BAYRA, Adem Ersin: Güvenlik Devleti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- BAYRAKTAR, Köksal: Hürriyete Karşı Suçların Genel Özellikleri, Özel Ceza Hukuku, Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- BETHELL, Tom: “Özel Mülkiyet ve İnsan Doğası”, Liberal Düşünce Dergisi, (54), 2009, s.33-41.
- BINGZHI, Zhao: “Outline of Reforming China’s Penal System”, Frontiers of Law in China, 4(3), 2009, s.376-400.
- BULUT, Nihat: Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- CİVELEK, Jale: “1789 Fransız Bildirisi ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 9(1), İstanbul 1989, s.1-9.
- ÇINAR, Ali Rıza: Tehdit Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- ÇUHADAR, Cengiz: “Tarihi Süreç İçerisinde Felsefi Bir Kavram Olarak Anarşizm”, Dini Araştırmalar Dergisi, 10(30), 2007, s.75-90.
- EGEMENOĞLU, Alaaddin: Türk Ceza Hukukunda Tehdit Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- EREM, Faruk: Hürriyet ve Suç, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1952.
- GEMALMAZ, Semih: Devlet, Birey ve Özgürlük, Legal Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2016.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Yayıncılık, 22. Baskı, Bursa 2018.
- GÜNEŞ, Seyithan: Kişi Özgürlüğü ve Güvencesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1998.
- GÜRBÜZ, Yaşar: Karşılaştırmalı Siyasal Sistemler, Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 1987.
- HAHM, Pyong Choon: “Ideology and Criminal Law in North Korea”, American Journal of Comparative Law, 17(1), s.77-92.
- JUN, Nathan: “Anarchism”, Anarchism and Political Modernity, Contemporary Anarchist Studies, Bloomsbury Collections, New York 2012, s.109-154.
- KABOĞLU, İbrahim: Kolektif Özgürlükler, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989.
- KALABALIK, Halil: İnsan Hakları Hukukuna Giriş, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- KAPANİ, Münici: Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2013.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: “Marksizm ve Hukuk”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 57(2), Ankara 2002, s.61-92.
- KARAKAŞ, Zülal Hazal: “John Locke’da Doğa Durumu Kavramının Tarihsel Arka Planı”, Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, Ankara Hacı Bayramı Veli Üniversitesi, 6(17), Ankara 2019, s.260-269.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- KUBALI, Hüseyin Nail: Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1971.
- MUMCU, Ahmet/KÜZECİ, Elif: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2019.
- ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayıncılık, İstanbul 2003.
- ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul 1994.
- ÖZEK, Çetin: “İtalyan Ceza Kanununun Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 34(1-4), İstanbul 1968, s.72-107.
- ÖZEK, Çetin: “Siyasi Hürriyet Aleyhinde Cürümler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 41(1-2), İstanbul 1975, s.25-45.
- ÖZEK, Çetin: “Türk Ceza Kanunu’na Göre Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümlerin Genel Prensipleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 29(4), İstanbul 1963, s.933-995.
- ÖZEK, Çetin: Türkiye’de Laiklik, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1962.
- SEUNGHOO, Ahn: Türkiye ve Kuzey Kore Medyalarında Sansür Olgusunun Karşılaştırmalı Analizi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Gazetecilik Anabilim Dalı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019.
- SEZEN, Seriya: “Çin Halk Cumhuriyeti’nde Toprak Yönetimi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 66(1), Ankara 2011, s.95-116.
- SOYSAL, Mümtaz: Anayasaya Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1969.
- ŞANLI, İrem: “Marksist Ceza Adaleti Eleştirisi”, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(Özel Sayı), İzmir 2019, s.2097-2109.
- TANİLLİ, Server: Devlet ve Demokrasi-Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981.
- TAYLAN, Ömer: Anarşizm, Astana Yayınları, Ankara 2021.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 20. Baskı, Ankara 2022.
- TOPUZKANAMIŞ, Şafak Evran: “1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler”, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(Özel Sayı), İzmir 2019, s.1767-1793.
- TUNAYA, Tarık Zafer: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 4. Bası, İstanbul

1980.

UĞUR, Gökhan: “Dünden Bugüne Anarşizm ve Anarşizmin Çözmesi Gereken Sorunlar”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 12(1), Ankara 2010, s.133-158.

ÜZÜLMEZ, İlhan: Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

VELDET, Hıfzı: “İtalyan Hukukundaki Eski ve Yeni İstikametler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 9(3-4), İstanbul 1944, s.620-638.

WOODCOCK, George: Anarchism: A History Of Libertarian Ideas And Movements, The World Publishing Company, New York 1962.

ZABUNOĞLU, Hamdi Gökçe: “Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke’ün Devlet Anlayışı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), Malatya 2016, s.431-456.

<https://legislationline.org>

<https://sozluk.gov.tr>

<https://kasifiz.com/kanun-ve-kuralların-olmadığı-sehir-slab-city>

<https://www.hrnk.org>

<https://heinonline.org>

<https://www.ilo.org>

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Alaaddin EGEMENOĞLU, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Alaaddin EGEMENOĞLU, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

2010 TARİHLİ TEHLİKELİ VE ZARARLI MADDELERİN DENİZ YOLUYLA TAŞINMASINA İLİŞKİN ZARARLARIN SORUMLULUĞU VE TAZMİNİNE İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME (2010 HNS) ÜZERİNE BİR İNCELEME

AN OVERVIEW OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON LIABILITY AND COMPENSATION FOR DAMAGE IN CONNECTION WITH THE CARRIAGE OF HAZARDOUS AND NOXIOUS SUBSTANCES BY SEA 2010

İzel VARAN SAMUT*  

Makale Bilgi

Gönderi: 23/10/2023
Kabul : 04/02/2024

Anahtar Kelimeler

Tehlikeli ve Zararlı Madde,
Deniz Yolu Taşımacılığı,
2010 HNS Protokolü.

Article Info

Received: 23/10/2023
Accepted: 04/02/2024

Keywords

Hazardous and Noxious Substances,
Carriage by Sea,
2010 HNS Protocol.

Özet

Deniz yoluyla taşınan yüklerin %50'sinden fazlası, güvenlik açısından tehlikeli ve zararlı madde olarak değerlendirilmektedir. Farklı zehir riskleri barındıran ve katı, sıvı, gaz gibi çeşitli formlarda bulunan, paketli veya dökme halde taşınan bu maddelerin deniz yoluyla yoğun olarak taşındığı görülmektedir. Tehlikeli ve zararlı madde taşınması yapılırken herhangi bir kazanın ortaya çıkması, yaşam kaybı ve bedensel zararın yanı sıra çevre kirliliğinden kaynaklı farklı tazminat taleplerini de beraberinde getirebilmektedir. Bu sebeple konuya ilişkin uluslararası bir sözleşmenin yapılması gerekmiştir. Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) öncülüğünde, 1996 tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararların Sorumluluk ve Tazminata Dair Uluslararası Sözleşme (1996 HNS) kabul edilmişse de Sözleşme yürürlüğe girememiştir. 2010 tarihinde bir protokol ile 1996 HNS, Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararların Sorumluluğu ve Tazminine İlişkin Uluslararası Sözleşme (2010 HNS) olarak tadil olmuştur. Üzerinden 14 yıl geçmesine rağmen, Sözleşme yürürlük koşullarını sağlamadığından henüz yürürlükte değildir. Çalışmada, 2010 HNS genel olarak incelenmektedir. Ayrıca 2010 HNS'nin yürürlüğüne engel teşkil edebileceği düşünülen bazı hususlar da değerlendirilmeye alınmıştır.

Abstract

More than 50% of the cargoes transported by sea are considered hazardous and noxious substances. These substances with various forms, including solid, liquid, and gas, which pose different hazardous risks and are transported either in packaged or bulk form by sea. Any accident that occurs while transporting hazardous and noxious substances may result in loss of life and bodily harm, as well as different compensation claims arising from environmental pollution. For this reason, it was necessary to conclude an international agreement on the subject. Under the leadership of IMO, the International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea (the 1996 HNS Convention) was adopted in 1996. As the 1996 HNS Convention did not enter into force, a Protocol to the Convention was introduced in 2010, amending the Convention and becoming the International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 2010 (the 2010 HNS Convention). Despite 14 years passing, the Convention has not yet entered into force as it has not met the conditions for entering into force. This paper examines the 2010 HNS Convention in general and tries to assess the factors that may be hindering its entry into force. In addition, some issues that were thought to pose an obstacle to the enforcement of the HNS in 2010 were also taken into consideration.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Ar.Gör., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** VARAN SAMUT, İzel: "2010 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararların Sorumluluğu ve Tazminine İlişkin Uluslararası Sözleşme (2010 HNS) Üzerine Bir İnceleme", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.54-68.

İntihal | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

More than 50% of the cargoes transported by sea are considered hazardous and noxious substances (HNS). In case of an accident, these substances can contaminate the sea and harm the environment and human health. The resulting damages could have international consequences. The need to create a legal liability and compensation regime for the transportation of HNS by sea began in 1967 after the Torrey Canyon accident, but at that time, international consensus on a draft convention could not be reached due to the diverse nature of HNS.

In 1984, a conference was held under the auspices of the IMO, and a draft convention on liability and compensation for the transportation of HNS was agreed. However, difficulties in categorising these substances, which carry various poison risks and come in solid, liquid, and gaseous forms, led to a lack of consensus on the draft. The diversity of HNS, sometimes transported in packaged and in bulk form, particularly complicated the resolution of the contribution system for the second-tier guarantee fund. Finally, in a diplomatic conference in 1996 under the leadership of the IMO, the International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea (1996 HNS Convention) was adopted. The purpose of the Convention is to ensure that damage arising from the sea transportation of HNS, including loss of life, bodily injury, property damage, cleanup, and restoration costs, is compensated for adequately, quickly, and effectively. The 1996 HNS Convention is similar to the international liability and compensation regime established in the context of the 1992 International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (1992 CLC) and the 1992 International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (1992 Fund Convention) concerning oil pollution damage. These conventions together provide a comprehensive framework for regulating damage caused by substances transported by sea.

However, the 1996 HNS Convention has not entered into force, leading to a series of discussions and conferences aimed at amending the Convention. A Protocol to the 1996 HNS Convention was adopted in 2010, amending it and becoming the International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 2010 (2010 HNS Convention). The 2010 HNS Convention has not entered into force yet. In this study, despite the urgent need for the HNS to come into force, it has not been achieved, will be examined.

Six countries, including Turkey, are parties to the 2010 HNS Convention, but it has not met the conditions for enforcement. As a result, efforts led by the IMO to bring the 2010 HNS Convention into force continue. This paper examines the general aspects of the 2010 HNS Convention and discusses the controversial definitions that are thought to delay its enforcement. In Turkish law, while there are Turkish articles on the subject (see. the bibliography), it is observed that there is no comprehensive and detailed study that includes recent developments. Considering that Turkey already deposited instruments of ratification to the 2010 HNS, and reports the contributing cargo to the Fund regularly, the lack of a detailed examination in Turkish regarding the reasons delaying the entry into force of the 2010 HNS Convention is noticeable. For this reason, it is believed that this study, including recent developments related to the 2010 HNS Convention, will fill a gap in the literature.

The 2010 HNS Convention introduces a two-tier liability and compensation regime. Shipowners are required to provide mandatory insurance or other financial security up to specified liability limits. Mandatory insurance constitutes the first-tier guarantee, and if the damage exceeds the shipowner's limited liability or cannot be compensated within the framework of the 2010 HNS, the HNS Fund comes into play as the second-tier guarantee, financed by contributions from cargo interests. While shipowners have strict liability, they may be exempted in specified circumstances or limit their liability. The 2010 HNS Convention covers not only pollution damage but also loss of life, bodily injury, and property damage, including damage from fires and explosions. It is seen as an important step in providing comprehensive solutions to the risks associated with the sea transportation of HNS. The Convention's prescribed limits, although not reaching the levels covered by (The International Oil Pollution Compensation Funds (the IOPC Funds), are believed to be sufficient for the damages that may arise. The system is modelled after the IOPC Funds, making it possible to resolve compensation claims quickly and effectively without resorting to litigation.

Although certain aspects of the 2010 HNS, such as the definition of a physical receiver, may pose challenges in practice, it has made the acceptance procedures by states easier compared to the 1996 HNS. Therefore, with the entry into force of the 2010 HNS, it is important to encourage states to participate in this system, considering the establishment of a consistent regime for pollution damages caused by the maritime transport of HNS, including oil. Indeed, the efforts made by the IMO for this purpose are ongoing, and the entry into force of the 2010 HNS is expected in the near future.

I. GİRİŞ

Deniz yoluyla taşınan yüklerin %50'sinden fazlasının güvenlik açısından tehlikeli ve zararlı madde olduğu bilinmektedir¹. Yılda yaklaşık olarak 200 milyon tonun üzerinde tehlikeli ve zararlı maddenin deniz yoluyla taşınması, konuya ilişkin uluslararası bir düzenleme yapılmasını zorunlu kılmıştır. Uluslararası düzenlemeye yönelik bu çalışmalar², 1967'deki Torrey Canyon³ kazası sonrasında başlamışsa da⁴ uluslararası bir sözleşme taslağı üzerinde uzlaşamamış ve yeni bir rejim kurulamamıştır.

1984'de IMO bünyesinde bir konferans düzenlenmiş, tehlikeli ve zararlı madde taşınmasından kaynaklanan sorumluluk ve tazminata ilişkin bir sözleşme taslağı oluşturulmuştur⁵. Ancak farklı zehir riskleri barındıran ve katı, sıvı, gaz gibi formlarda bulunan tehlikeli ve zararlı maddenin sınıflandırılması zor olduğundan taslak üzerinde uzlaşa sağlanamamıştır. Paketli veya dökme halde taşınan bu maddelerin çeşitliliği, özellikle ikinci kademe güvence sağlayan fona yapılacak katkı sisteminin çözümlenmesini zorlaştırmıştır. 1996 tarihinde ise yine IMO öncülüğünde gerçekleşen diplomatik bir konferansta, 1996 tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Uluslararası Sözleşme (1996 HNS)'nin hazırlanması mümkün olmuştur⁶. 1996 HNS'nin amacı tehlikeli ve zararlı maddenin deniz yoluyla taşınmasından kaynaklanan yaşam kaybı ve bedensel zararların; tehlikeli ve zararlı madde taşıyan gemideki yük dışında diğer eşyaya gelen zararların, çevrenin kirlenmesi ve eski hale getirilmesinden kaynaklı tazminat taleplerinin; buna ilişkin önleyici tedbirlerin ve önleyici tedbirlerden kaynaklanan ziya ve hasarın yeterli, hızlı ve etkili bir şekilde tazmin edilmesidir⁷.

1996 HNS, petrol kirliliğinden kaynaklı kirlenme zararlarına yönelik 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme⁸ (1992 HSS) ve 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini için Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme⁹ (1992 FS) çerçevesinde oluşturulan uluslararası sorumluluk ve tazminat rejimine¹⁰ benzerlik göstermektedir¹¹. 1992 HSS ve 1992 FS ile petrol kirliliğinden kaynaklanan zararlar, dava yoluna gidilmeksizin, hızlı ve etkili bir şekilde tazmin edildiğinden¹², tehlikeli ve zararlı madde için öngörülen rejim de bu sisteme benzemektedir. Yaşam kaybı, bedensel zarar, eşyaya gelen zarar, yangın ve patlamadan kaynaklanan zararları da karşılaması bakımından 1996 HNS, 1992 HSS ve 1992 FS'yi tamamlayan önemli bir adım olarak görülmüşse de¹³

¹ UN Environment Program: NOWPAP MERRAC Technical Report, 2011, No.8, s.3

<https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/26214>, (Erişim: 09.01.2024); GÜNER ÖZBEK, Meltem Deniz: The Carriage of Dangerous Goods by Sea, Springer, Berlin 2008, s.39.

² IMO Hukuk Komitesi'nin 36. oturumunda bir "Gayri Resmi Çalışma Grubu" oluşturulmuş ve HNS'ye ilişkin üç alternatif taslak metin geliştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: DE BIEVRE, Aline F. M.: "Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea", Journal of Maritime Law and Commerce 17, 1986, s.69.

³ 1967 yılında İngiltere sahilinde batması sonucu büyük deniz kirliliğine yol açmıştır, detaylı bilgi için bkz. NANDA, Ved P.: "The Torrey Canyon Disaster: Some Legal Aspects", Denver Law Journal, 44(3), 1967, s.400-425.

⁴ Uluslararası sorumluluk ve tazminat rejiminin, sadece petrol değil HNS'yi de kapsamı önerilmiştir. ANDERSON, Charles B./DE LA RUE, Colin: Shipping and the Environment (Environment), 2. Bası, Informa, Oxon 2009, s.269; GÖRANSSON, Magnus: "The HNS Convention", Uniform Law Review, 2, 1997, s.249. 1984 Konferansı'nın amaçları ve çıktılarıyla ilgili detaylı bilgi için bkz: BIEVRE, s.72.

⁵ RØSÆG, Erik/ŞEKER, Mehmet: "HNS Konvansiyonu'nun Yeniden Doğuşu", Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi 8(24), 2018, s.18.

⁶ DEMİR, İsmail: "1996 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme'de 2010 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler" ("HNS"), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 27(3), 2011, s.203. Sözleşme metni için bkz. https://www.hnsconvention.org/wpcontent/uploads/2018/08/1996-HNS-Convention_e.pdf, (Erişim: 09.01.2024).

⁷ GÜNER ÖZBEK, s.242; ZHUO, Ruixuan: "The HNS Convention: Will It Be a Game Changer for China's Marine Pollution Law?", Natural Resources Journal, 60(2), 2020, s.207.

⁸ Uygun Bulma Kanunu RG:29.01.2000, 23498 sayılı RG'de yayımlanmıştır. Sonrasında Uygun Bulma Kanunu'nda bir değişiklik yapılmış ve Kanun, 09.05.2001 tarihli ve 24397 sayılı RG'de yayımlanmıştır. 15.06.2001 tarihli ve 2001/2668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Sözleşme'nin Türkçe ve İngilizce metinleri 24.07.2001 tarihli ve 24472 sayılı RG ile yayımlanmıştır.

⁹ RG: 27.01.2000, RG. 15.06.2001 tarihli ve 2001/2669 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, Sözleşme'nin Türkçe ve İngilizce metinleri 18.07.2001 tarihli ve 24466 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

¹⁰ Ayrıca, 1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini için Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme'de 2003 tarihli Protokol ile getirilen Uluslararası Petrol Kirliliği Tamamlayıcı Tazmin Fonu (Tamamlayıcı Fon) kurulmuştur. Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonu (IOPC Fonları) olarak adlandırılan Fonlar, petrol kirliliği zararları bakımından üç kademeli bir güvence getirmektedir. 2003 Tarihli Protokole Türkiye taraf olmamıştır. Protokol metni için bkz. https://iopcfunds.org/wp-content/uploads/2018/06/Text-of-Conventions_e.pdf, (Erişim: 09.01.2024).

¹¹ MERRAC Technical Report, s.36.

¹² GANTEN, Reinhard H.: "Developments in Oil Pollution Liability" ("Developments"), Environmental Policy and Law, 38(6), 2008, s.314; DEMİR, İsmail: "1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini için Bir Uluslararası Fonun Kurulmasıyla İlgili Uluslararası Sözleşme'de 2003 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler" ("Petrol Kirliliği"), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), 2012, s.216.

¹³ DEMİR, "HNS", s.203. *French Liberty* hadisesi örnek gösterilebilir. 1947'de, Texas – ABD'de *French Liberty* yükleme yaparken, 2.500 ton amonyum nitrat gübre istifinden kaynaklı yangın müdahaleye rağmen büyümüştür. Kaptan diğer yüklere de zarar gelir endişesiyle, yangın hortumlarının kullanılmasına izin vermemiş, ambarları ve vantilatörleri kapattıktan sonra alevlerin söneceğini

yürürlüğe girememiştir¹⁴.

1996 HNS'nın yürürlüğe girememesi üzerine¹⁵, Sözleşme'nin revizesine yönelik çalışmalar yapılmıştır¹⁶. 1996 tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Uluslararası Sözleşme'de 2010 tarihli Protokol¹⁷ kabul edilmiştir. 2010 tarihli Protokol yürürlüğe girdiğinde, 2010 tarihli Protokol ile değiştirilen 1996 HNS, "Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararların Sorumluluğu ve Tazminine İlişkin Uluslararası Sözleşme, 2010" (2010 HNS) olarak adlandırılacaktır¹⁸. Bu sebeple çalışmada "2010 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararların Sorumluluğu ve Tazminine İlişkin Uluslararası Sözleşme (2010 HNS)" başlığı tercih edilmiştir.

2010 HNS'ye Türkiye dahil henüz sekiz devlet taraf olmuştur¹⁹. Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca yürürlük koşulları sağlanmadığından Sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir. 2010 HNS'nin yürürlüğe girmesi için IMO öncülüğünde girişimler devam etmektedir. Çalışmada, 2010 HNS, 1992 HSS ve 1992 FS ile yeri geldikince karşılaştırılmalı incelenmiştir. Ayrıca, 2010 HNS'nin yürürlüğünü geciktirdiği düşünülen tartışmalı konular da değerlendirilmeye çalışılmıştır.

II. 2010 HNS'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

2010 HNS toplam altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm genel hükümler, ikinci bölüm gemi malikinin petrol kirliliğinden sorumluluğu, üçüncü bölüm 2010 HNS Fonu'nun kurulması ve idaresi, dördüncü bölüm talep ve davalara ilişkin hükümler, beşinci bölüm geçiş hükümleri ve altıncı bölüm son hükümleri düzenler.

A. Tanımlar

1. Gemi

2010 HNS'nin 1. maddesinde gemi, denizde seyreden her türlü deniz aracı ve taşıtı olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma uyan bir gemiden sızan ya da boşaltılan tehlikeli ve zararlı maddeden kaynaklanan zarar uygulama alanındadır²⁰. Gemi tanımının sözleşmenin kapsamına uygun şekilde geniş yapıldığı görülmektedir. Tanım dolayısıyla dümenleme veya itme özelliği bulunmayan mavnalar ile denizdeki diğer araçlar da 2010 HNS'nin kapsamındadır²¹.

2010 HNS'nin uygulanması bakımından gemilerin tabiiyeti ve bayrağı önem arz etmez. Yine gemiler bakımından, kural olarak herhangi bir groston sınırlaması da öngörülmemiştir. Bununla birlikte, Sözleşme taraf devletlere 200 groston küçük gemiler ile paketli tehlikeli ve zararlı madde taşıyan gemilerin kendi liman veya tesisleri arasındaki seyrüseferlerinde (içsu taşımalarında) 2010 HNS'ye tabi olmayacağını düzenleme yetkisi vermiştir²².

Sözleşmenin 4(4). maddesine göre savaş gemileri, yardımcı donanma gemileri ve münhasıran kamu hizmetine tahsis edilmiş bulunan devletlerin malik olduğu veya devletler tarafından işletilen diğer gemilere 2010 HNS uygulanmaz. Buna karşın, 4(5). madde uyarınca taraf devletler, dilerlerse, savaş gemileri, yardımcı donanma gemileri veya münhasıran kamu hizmetine tahsis edilmiş bulunan devlet gemilerini 2010

düşünmüştür. Gemi mürettebatı amonyak nitratın özellikle sıcak ve basınçlı kapalı alanlarda ateşe maruz kaldığında, TNT gücünün yarısı kadarı ile patladığından habersizdir. Ertesi gün, amonyak nitritin olduğu ambarda ağır bir duman yükselmektedir. İtfaiyeciler gelip hortumlarını kurana kadar, gemi büyük bir hızla parçalanmaya başlamıştır. Gemi patlayarak, etrafındaki her şeye zarar vermiştir. Patlamada 500'den fazla kişi ölmüş, 3.500 kişinin ise yaralandığı saptanmıştır. Liman bölgesinde ve kasabada hadisenin ardından çok sayıda yangın meydana gelmiştir. Yangın ayrıca, amonyum nitrat gübre yükleyen başka bir gemi olan *High Flyer*'a sıçramıştır. Toplam zarar hesaplanamazken, eşyaya gelen zarar, 1947 yılının parasal değeri üzerinden 600 milyon ABD doları olarak belirlenmiştir: DE LA RUE /ANDERSON, *Environment*, s.269.

¹⁴ Sözleşme'nin yürürlüğe girememesinin nedenleri olarak, LNG hesabına yapılan katkılar, alıcı kavramı, katkı sağlayıcı yük ile ilgili olarak bildirim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi gösterilebilir: DEMİR, "HNS", s.222; RÖSÆG, E./ŞEKER, Mehmet, s.25

¹⁵ Bu esnada yaşanan *Princess of the Stars* (2008), *Napoli* (2007), *Fu Shan Hai* (2003), *Bow Mariner* (2004), *Samho Brother* (2005), *Ievoli Sun* (2000), *Co-Op Venture* (2002), *Adamandas* (2003), *Ascania* (1999) gibi HNS taşıyan gemilerin karıştığı kazalarda çözücüler, kurşun, gazlar, dökme halde taşınan buharlaştırıcılar gibi kimyasallardan kaynaklı kirlenme zararları için: CHRISTODOLOU VAROTSI, Iliana.: *Marine Pollution Control Legal and Managerial Frameworks*, Informa Law from Routledge, Oxon 2018, s.328. 2004 tarihinde Brezilya'da metil alkol taşıyan kimyasal tanker *Vicuna*, patlamış ve mürettebattan dört kişi yaşamını kaybetmiştir: JACOBSSON, Mans: "The HNS Convention and Its 2010 Protokol", in Soyer, BarışTettenborn, Andrew (ed.), *Pollution at Seas. Law and Liability*, Informa Law from Routledge, Essex 2012, s.6; ABDULLAYEV, Cavid: *Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği*, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.23. HNS taşımalarından kaynaklanan kazaların detaylı analizi için ayrıca bkz. MERT, Alper/ÇETİNYOKUŞ, S.: "Denizyolu Tehlikeli Madde Taşımacılığına Yönelik Kazaların Analizi", *Journal of Humanities and Tourism Research*, 10(1), 2020, s.41-45.

¹⁶ DEMİR, "HNS", s.220.

¹⁷ Bkz. Mükerrer RG: 03.04.2017, 30027.

¹⁸ Bkz. <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Liability-and-Compensation-for-Damage-in-Connection-with-the-Carriage-of-Hazardous-and-Noxious.aspx>, (Erişim: 09.01.2024).

¹⁹ Bu devletler; Türkiye, Kanada, Danimarka, Norveç, Güney Afrika, Estonya, Fransa ve Slovakya'dır, <https://www.hnsconvention.org/status/>, (Erişim: 09.01.2024).

²⁰ DE LA RUE/ANDERSON, *Environment*, s.275.

²¹ JACOBSSON, s.28; GAUCI, Gotthard M.: "Protection of the Marine Environment through the International Ship-Source Oil Pollution Compensation Regimes", *Review of European Community and International Environmental Law*, 8(1), 1999, s.31; DEMİR, İsmail: "Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonlarının Gemi Tanımının Yorumuna İlişkin Yürütülen Çalışmalar" ("Gemi"), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66(3), 2017, s.523.

²² JACOBSSON, s.28; GÖRANSSON, s.260.

HNS'nin uygulama alanı içerisine dâhil edebilirler. Anılan maddedeki imkanı kullanan taraf devlet, ilgili gemilere 2010 HNS kapsamında uygulayacağı hüküm ve koşulları IMO Genel Sekreterliği'ne bildirmek zorundadır.

2. Gemi Maliki

2010 HNS'nin 1(3). maddesinde gemi maliki, sicilde geminin adına kayıtlı olduğu kişi veya kişileri, gemi sicile kayıtlı değilse gemiyi elinde bulunduran kişi veya kişileri²³ ifade etmektedir. Gemi bir devletin mülkiyetinde fakat bu devlette gemi işleteni olarak müseccel bulunan bir şirket tarafından işletilmekte ise bu şirket de gemi maliki sayılmaktadır²⁴.

3. Tehlikeli ve Zararlı Madde

2010 HNS' de "Tehlikeli ve Zararlı Madde"nin açık bir tanım yapılmamıştır. Yalnızca Sözleşmenin 1(5) maddesinde deniz emniyetini sağlama ve kirliliğini önleme amacıyla oluşturulan uluslararası sözleşme ve kodlardaki tehlikeli ve zararlı madde listelerine atıf yapılmıştır²⁵. Bu anlamda Sözleşmenin atıf yaptığı listelerdeki yaklaşık altı binden fazla dökme ve paketli taşınan tehlikeli ve zararlı madde²⁶, 2010 HNS'nin uygulama alanı içindedir²⁷.

2010 HNS'de tehlikeli ve zararlı madde tanımının doğrudan yapılmayıp, bu nevi maddelerin neler olduğunun tespitine yönelik ilgili düzenlemelere atıf yapılmasının yerinde olduğu söylenebilir. Zira, tehlikeli ve zararlı maddelere genel bir tanımın getirilmesi, bu maddelerin ulusal mahkemeler nezdinde farklı yorumlanması ve gemi malikinin hangi tehlikeli ve zararlı maddelere karşı sigorta yaptıracağına belirsiz olması gibi sonuçlara yol açabilecektir²⁸.

1992 HSS'nin kapsamında olmayan benzin, hafif dizel ve gaz yağı gibi maddeler 2010 HNS'nin kapsamındadır²⁹. Buna karşın Deniz Yolu ile Taşınan Tehlikeli Maddelere İlişkin Uluslararası Kod³⁰ (IMDG) ve Uluslararası Deniz Yoluyla Taşınan Katı Dökme Yükler Kodu (IMSBC)³¹ uyarınca düzenlenen radyoaktif maddelere 2010 HNS uygulanmaz³².

Tehlikeli ve zararlı madde, dökme yük olarak taşınabileceği gibi paketli olarak da taşınabilir. Dökme halde taşınanların katı, sıvı ve sıvılaştırılmış gaz formunda olması mümkündür.

Dökme halde taşınan katı formdaki maddelere bazı gübreler, sodyum ve potasyum nitratlar, kükürt ve bazı balık yemleri örnek verilebilir. Katı formda olmalarına rağmen demir cevheri, boksit, alüminyum oksit, fosfat kayası ve çimento gibi maddeler, kimyasal tehlike arz etmemelerinden ötürü tehlikeli ve zararlı madde sayılmamışlardır. Kömür³³, indirgenmiş demir, odun yongası gibi maddeler ise toplu halde

²³ Gemiyi elinde bulunduran kişinin gemiyi haklı bir sebebe dayanarak ya da haksız olarak kullanması halinde de sonuç aynıdır: KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon/YAZICIOĞLU, Emine: Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt-I, XII Levha, İstanbul 2016, s.100.

²⁴ DEMİR, "HNS", s.208.

²⁵ Bu yöntemle, sözleşmelerin hacminin gereksiz artmasının önüne geçildiği ve listelerin en güncel hallerine yapılacak atıflar ile HNS Sözleşmesi'nin teknik gelişmelere ayak uyduracağı savunulmuştur: GÖRANSSON, s.253; GANTEN, Reinhard H.: "HNS and Oil Pollution Developments in the Field of Compensation for Damage to the Marine Environment" ("HNS"), Environmental Policy and Law, 27(4), 1997, s.313.

²⁶ "(i) 1978 Protokolü ile Değişik 1973 tarihli Gemilerden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin (MARPOL 73/78) Ek-I'nin Kural 1'inde tanımlanan, dökme halde taşınan petrol, (ii) MARPOL 73/78'in Ek-II'sinin Kural 1.10'unda tanımlanan dökme halde taşınan zararlı sıvı maddeler ile Kural 6.3'ün X, Y ve Z kirlilik kategorisinde geçici olarak sınıflandırılan madde ve karışımlar, (iii) Tehlikeli Kimyasalları Dökme Halde Taşınan Gemilerin İnşası ve Teçhizatına İlişkin Uluslararası Kod'un Bölüm 17'sinde belirtilen dökme halde taşınan tehlikeli sıvı maddeler ile Paragraf 1.1.6'daki İdare ve liman idareleri tarafından taşınması için uygun ön koşulların belirlendiği tehlikeli ürünler, (iv) IMDG kapsamında paketlenmiş tehlikeli, riskli ve zararlı maddeler, (v) Sıvılaştırılmış Gazları Dökme Halde Taşınan Gemilerin İnşası ve Teçhizatına İlişkin Uluslararası Kod'un Bölüm 19'unda listelenen likit gazlar ile söz konusu Kod'un Paragraf 1.1.6'daki İdare ve liman idareleri tarafından taşınması için uygun ön koşulların belirlendiği ürünler, (vi) Parlama noktası 60 dereceyi aşmayan dökme halde taşınan sıvı maddeler, (vii) IMSCB tadil edilmiş halinde yer alan kimyasal risk taşıyan katı dökme ve bu maddelerin 1996 tarihli IMDG kapsamında paketlenmiş halleri 2010 HNS bakımından tehlikeli ve zararlı maddelerdendir. "

²⁷ GÖRANSSON, s.252.

²⁸ GANTEN, "HNS", s.312.

²⁹ CHRISTODOLOU VAROTSI, s.328.

³⁰ Denizde taşınan tehlikeli ve çevreye zarar verme potansiyeli olan maddelerin gemiler tarafından taşınması, Uluslararası Denizce Hayatın Korunması Sözleşmesi (SOLAS) ve Gemilerden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (MARPOL) tarafından düzenlenmektedir. Bu iki sözleşmenin ilgili bölümlerinde, bu tür maddelerin taşınmasına ilişkin gereken düzenlemeler, IMDG adıyla ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. 1 Ocak 2024 tarihinden itibaren IMDG Kodu SOLAS'ın bir parçası olarak zorunlu hale getirilmiştir: [https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/DangerousGoodsdefault.aspx#:~:text=The%20IMDG%20Code%20was%20developed,prevent%20pollution%20to%20the%20environment,\(Erişim:09.01.2024\)](https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/DangerousGoodsdefault.aspx#:~:text=The%20IMDG%20Code%20was%20developed,prevent%20pollution%20to%20the%20environment,(Erişim:09.01.2024)).

³¹ IMSBC Kodu, SOLAS hükümleri uyarınca 01.01.2011'den itibaren zorunlu hale getirilen Kod, deniz yoluyla taşınan katı dökme yüklerle ilişkin esasları içermektedir: [https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/CargoesInBulk-default.aspx,\(Erişim:09.01.2024\)](https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/CargoesInBulk-default.aspx,(Erişim:09.01.2024)).

³² BERLINGIERI, Francesco.: International Maritime Conventions Volume 3 Protection of the Marine Environment, Oxon 2015, s.211; CHRISTODOLOU VAROTSI, s.328.

³³ Özellikle kömürün, nispeten düşük tehlike riskine sahip olmasına rağmen yüklü miktarda taşınması fona yapılacak katkılar

bulduklarında tehlikeli olsalar da Sözleşme kapsamına alınmamışlardır³⁴.

Dökme halde taşınan sıvıların güvenlik, kirlilik ve patlama tehlikelerinin yüksek olmasından dolayı liste daha geniştir. Sıvı halde taşınan tehlikeli ve zararlı maddelere örnek olarak, organik kimyasallar olan metanol, ksilen, stiren; inorganik kimyasallar olan sülfürik asit, fosforik asit ve kostik soda gibi kimyasallar; bitkisel ve hayvansal sıvı yağlar (palm yağı, soya yağı...); dirençli ve dirençli olmayan petrol menşeli yağlar örnek verilebilir.

Dökme halde taşınan sıvılaştırılmış gazlar ise sıvılaştırılmış doğal gaz (LNG), sıvılaştırılmış petrol gazı (LPG), amonyak, etan, etilen, bütadien, propilen ve diğer tüm sıvılaştırılmış gazlardır³⁵.

Paketli taşınan tehlikeli ve zararlı madde, IMDG Kodu kapsamına giren maddelerdir. Patlayıcı gazlar, yanıcı sıvılar ve katılar, oksitleyici maddeler, organik peroksitler, zehirli maddeler, aşındırıcılar ve deniz kirleticileri olarak sayıları bir hayli fazladır³⁶. Sayıları fazla olsa da, IMDG Kodu uyarınca küçük paketli maddeler uygulama alanı dışında bırakıldığından, 2010 HNS küçük paketli maddelere uygulanmaz³⁷.

4. Katkı Sağlayıcı Yük

2010 HNS'nin 1(10). maddesinde katkı sağlayıcı yük tanımı yapılmıştır. Madde uyarınca, deniz yoluyla bir taraf devletin liman veya terminaline taşınan ve orada boşaltılan dökme haldeki tehlikeli ve zararlı madde, katkı sağlayıcı yüküdür. Katkı sağlayıcı yükün tespiti, HNS Fonu'na yapılan katkıların belirlenmesi bakımından önemlidir.

5. Alıcı

2010 HNS'de taşıtan veya yükletenin tespitinin zor olabileceği göz önünde bulundurularak, doğrudan bir alıcı tanımı getirilmiştir³⁸. Alıcının doğrudan tespiti önemlidir. Zira alıcı, 2010 HNS kapsamında katkı sağlayıcı yükü teslim alan kişi olarak bildirim yapmakla ve Fonu finanse etmektedir.

2010 HNS'nin 1(4)(a). maddesinde alıcı, bir taraf devletin liman ve terminallerinde boşaltılan katkı sağlayıcı yükü fiilen teslim alan kişi olarak tanımlanmıştır. Maddenin devamında yükü fiilen teslim alan kişinin temsilci olması hali düzenlenmiştir. Eğer bu kişi başka bir taraf devletin yargılama yetkisi altındaysa, HNS Fonu'na bildirilmesi şartıyla temsil olunan, fiziki olarak yükü teslim almamış olsa dahi alıcı sayılmaktadır³⁹.

2010 HNS'nin 1(4)(b) bendi ise taraf devlete, ulusal hukukuna uygun bir alıcı tanımı getirme imkânı sunulmuştur. Ulusal hukuk tarafından tayin edilen alıcı, en az 2010 HNS'nin 18 ve 19. maddeleri uyarınca belirlenen bildirim limitleri kadar, katkı sağlayıcı yük teslim almalıdır. Bu alternatif alıcı kavramı, hiçbir suretle katkı sağlayıcı yükün azaltılmasına, yani 2010 HNS Fonu'na yapılacak katkıların azaltılmasına sebep olacak şekilde tayin edilemez⁴⁰. Aksi halde, ulusal hukuklarca getirilen alıcının 2010 HNS'deki katkı hükümlerinden muaf olması söz konusu olup, Sözleşme ile buna imkan verildiği düşünülemez.

2010 HNS'nin 1(4)(a). maddesindeki temsilci ve temsil olunan arasındaki ilişkinin Sözleşme'de düzenlenmediğinden bahisle belirsiz olabileceği, temsil ilişkisinin hüküm ve koşullarının taraf devletlerin ulusal hukuklarına göre şekilleneceği⁴¹ ve bu durumun Sözleşme ile getirilmeye çalışılan yeknesak tanımla çatışabileceği gibi endişeler söz konusu olmuştur⁴². Ayrıca, temsilci ve temsil olunanın farklı taraf devletlerde olmasının katkı sağlayıcı yük miktarının raporlanmasıyla ilgili sorun yaratabileceği belirtilmiştir⁴³. Bu sebeple sorunun çözümüne ilişkin IMO bir ek yayımlanmıştır⁴⁴. İlgili Ek uyarınca katkı sağlayıcı yükün bildiriminde, 1(4)(a)'daki tanımın nasıl anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir⁴⁵. Maddedeki tanıma göre alıcı:

- Fiziki alıcı olabilir, bu durumda taraf devletin liman ve terminallerinde boşaltılan katkı sağlayıcı yükü fiilen teslim alan kişidir, ya da

- Alıcı farz edilen temsil olunan olabilir, bu durumda katkı sağlayıcı yük, temsil olunan adına hareket eden bir temsilci tarafından fiziksel olarak teslim alınmaktadır. Ancak, temsil olunanın alıcı sayılabilmesi için, 2010 HNS'ye taraf bir devletin yargı yetkisi altında bulunması ve temsilcinin de bu kişiyi HNS Fonu'na alıcı olarak bildirmiş olması gerekmektedir.

1992 FS'deki gibi yükü fiziki olarak teslim almış bulunan kişinin yükü bildirim esas alınıp, Sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri bu kişinin gerçekleştirmesi özellikle 2010 HNS'nin yürürlüğe girmesinden

bakımından değerlendirildiğinde, alıcılar arasında bir orantısızlık yaratabileceği de düşünülmüştür: DE LA RUE/ANDERSON, Environment, s.275.

³⁴ JACOBSSON, s.27.

³⁵ Bkz. <https://www.hnsconvention.org/hns-finder/>, (Erişim: 09.01.2024).

³⁶ MERRAC Technical Report No.8, s.121.

³⁷ JACOBSSON, s.27; GÖRANSSON, s.254.

³⁸ DEMİR, "HNS", s.209.

³⁹ Hükümün amacı, depolama tesisleri işletenlerin her bir teslimde alıcı sayılmalarının önüne geçmektir: DEMİR, "HNS", s.209.

⁴⁰ 2010 HNS 1(4)(b).

⁴¹ DEMİR, "HNS", s.210.

⁴² IMO: "Guidelines on Reporting of HNS Contributing Cargo", s.4, https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2018/08/Guidelines_2014.pdf, (Erişim: 09.01.2024).

⁴³ IMO: "Guidelines on Reporting of HNS Contributing Cargo", s.4.

⁴⁴ Bkz. IMO: 10.02.2023 tarihli LEG 110/INF.5, ANNEX 1, s.2,

https://webaccounts.imo.org/Common/WebLogin.aspx?ReturnUrl=%2f&error_message=interaction_required, (Erişim: 09.01.2024).

⁴⁵ Bkz. IMO: 10.02.2023 tarihli LEG 110/INF.5, ANNEX 1, s.3.

önceki dönem için pratik bir çözüm olarak önerilebilir.

6. Zarar

2010 HNS'nin 1(6). maddesinde zarar, tehlikeli ve zararlı madde taşınması sonucunda gemide veya geminin dışında meydana gelen yaşam kaybı ve bedensel zarar; geminin dışında bulunan eşyanın ziyayı ve hasarı; çevrenin kirlenmesi sonucu meydana hasar ve zıya ile önleyici tedbirler ve önleyici tedbirlerden kaynaklanan masraflar olarak tanımlanmıştır.

2010 HNS kapsamında yaşam kaybı ve bedensel zararlar karşılanmaktadır. Madde uyarınca gemide bulunan kişiler ile geminin dışında bulunan üçüncü kişiler, tehlikeli ve zararlı madde taşınması sonucu zarar görmüş iseortaya çıkan zarar tazmin edilecektir. Ancak söz konusu zararın doğrudan tehlikeli ve zararlı madde taşınmasından kaynaklanması gerekir. Örneğin, tehlikeli ve zararlı madde taşıyan bir konteynerin gemi adamının üstüne düşmesi sonucu oluşan zarar, 2010 HNS kapsamında tazmin edilemez. Ancak, tehlikeli ve zararlı maddenin konteynerden sızıp, gemi adamına herhangi bir şekilde zarar vermesi halinde durum farklıdır, bu halde zarar 2010 HNS kapsamında tazmin edilebilir⁴⁶.

Tehlikeli ve zararlı maddelerin deniz yoluyla taşınmasından kaynaklanan ve çevrenin kirlenmesi sonucu meydana gelen hasar ve zıya 2010 HNS kapsamındadır. Çevrenin kirlenmesi zararı ancak fiilen yapılan veya yapılacak olan makul masraflarla sınırlandırılmıştır⁴⁷. Kirlenme sonucunda balıkçılığın veya turizmin sekteye uğramasından kaynaklanan ekonomik kayıplar da Sözleşme kapsamında karşılanmaktadır. Bu halde herhangi bir sınır öngörülmemiştir, kişilerin yoksun kaldıkları kar 2010 HNS uyarınca tazmin edilmektedir.

Madde uyarınca tazmin edilebilecek diğer talepler, önleyici tedbirlerden kaynaklanan masraflar ile önleyici tedbirlerin neden olduğu zıya ve hasardır. Sözleşmenin 1(7). maddesi uyarınca önleyici tedbir, zararı önlemek veya etkilerini en aza indirmek için herhangi bir kişinin aldığı makul tedbir olarak tanımlanmıştır. Tehlikeli ve zararlı maddelerin temizlenmesi ile enkaz haldeki gemiden bu maddelerin çıkarılmasına yönelik gerçekleştirilen masraflar önleyici tedbir olarak tazmin edilmektedir ancak söz konusu tedbirlerin makul olması gerekmektedir⁴⁸. Önleyici tedbirlerin objektif olarak değerlendirilmesiyle saptanabilecek bir husus olan makul olma şartı, somut olaya göre değerlendirilmektedir⁴⁹. Örneğin, yolun, rıhtımın ve iskelenin temizlenmesinden kaynaklanan eylemler zıya ve hasara sebebiyet verirse, tamir etme masrafları 2010 HNS uyarınca tazmin edilmektedir⁵⁰.

Bir zararın tehlikeli ve zararlı maddeden mi yoksa başka bir bileşenden mi kaynaklı olduğu ayırt edilemezse, zararın tehlikeli ve zararlı madde taşınmasından kaynaklandığı kabul edilir⁵¹. 2010 HNS'nin 4(1). maddesi uyarınca, deniz yoluyla eşya ve yolcu taşımalarından kaynaklanan sözleşmesel talepler uygulama alanı dışındadır. Maddede, eşya ve yolcu taşımadan doğan tüm sözleşmesel taleplerin mi yoksa sadece bahsi geçen sözleşmelerde düzenlenen hüküm ve koşullara ilişkin taleplerin mi 2010 HNS'nin uygulama alanı dışında bırakıldığı açık değildir⁵². Maddenin lafzı sözleşmesel talepleri içerdiğinden, yaşam kaybına veya bedensel zarara uğrayan yolcuların ilgili taşıma sözleşmeleri uyarınca düzenlenmeyen talepleri için 2010 HNS'ye başvurabilecekleri düşünülmektedir⁵³. 2010 HNS, çatma halinde diğer gemide, o geminin yolcularında veya yükünde meydana gelen yaşam kaybı, bedensel zarar ve maddi zararlara da uygulanmaktadır⁵⁴.

2010 HNS, tehlikeli ve zararlı madde taşınması sonucunda geminin dışında meydana gelen zıya ve hasar taleplerine uygulanmaktadır⁵⁵. Bu sebeple gönderenin eşyaya ilişkin zarar taleplerine uygulanmamaktadır⁵⁶. Eşyaya gelen zararın geminin dışında olması gereklidir⁵⁷.

2010 HNS'nin 4(3). maddesine göre, 1992 HSS'de düzenlenen petrolden kaynaklanan kirlenme zararları 2010 HNS'nin uygulama alanı dışındadır⁵⁸. 2010 HNS'nin dirençli petrol taşınması dışındaki diğer tehlikeli ve zararlı maddeleri düzenlemesi ve 1992 HSS ile 1992 FS'yi tamamlaması amaçlandığından, bu hükmün amacı açıktır⁵⁹. Söz konusu kirlenme zararları, 1992 HSS uyarınca tazmin edilmese dahi 2010 HNS uyarınca talep edilemezler⁶⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, petrolden kaynaklanan yangın ve patlama riskleri,

⁴⁶ DE LA RUE/ANDERSON, Environment, s.277; JACOBSSON, s.30.

⁴⁷ KUYUCU MERİÇ, s.240.

⁴⁸ KUYUCU MERİÇ, s.241.

⁴⁹ JACOBSSON, s.31.

⁵⁰ JACOBSSON, s.31.

⁵¹ GÖRANSSON, s.259.

⁵² JACOBSSON, s.29.

⁵³ JACOBSSON, s.29.

⁵⁴ JACOBSSON, s.28; GÖRANSSON, s.258.

⁵⁵ JACOBSSON, s.29.

⁵⁶ BERLINGIERI, s.216.

⁵⁷ GÖRANSSON, s.259.

⁵⁸ DE LA RUE/ANDERSON, Environment, s.275.

⁵⁹ BERLINGIERI, s.216.

⁶⁰ KUYUCU MERİÇ, Gülfer: "Deniz Yoluyla Taşınan Tehlike ve Zararlı Maddelerden Kaynaklanan Zararın Tazmini ve Sorumluluğu Hakkında Milletlerarası Sözleşme", İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2), 2017, s.237; JACOBSSON, s.30.

2010 HNS kapsamında tazmin edilmektedir.

7. Deniz Yoluyla Taşıma

Deniz yoluyla tehlikeli ve zararlı madde taşınmasından kaynaklanan zararların 2010 HNS uyarınca tazmin edilebilmesinin koşulu, zararın bu maddelerin gemide taşınması sırasında ortaya çıkması gereğidir. Bu sebeple 2010 HNS'nin 1(9). maddesinde deniz yolu ile taşıma tanımlanmıştır. Tanıma göre deniz yoluyla taşıma, tehlikeli ve zararlı maddenin gemiye yüklendiği andan, boşaltıldığı ana kadar geçen süreyi kapsar. Eğer yükleme ve boşaltmada herhangi bir teçhizat kullanılmadıysa bu süre, tehlikeli ve zararlı maddenin geminin küpeştesinden geçtiği an başlar ve sona erer.

B. Uygulama Alanı

2010 HNS'nin coğrafi uygulama alanı, ortaya çıkan zararın niteliği ve zararın meydana geldiği yere göre belirlenmektedir⁶¹. Sözleşme'nin 3. maddesi uyarınca,

- (a) taraf devletin karasuları dâhil ülkesinde meydana gelen tüm zararlar,
- (b) taraf devletin uluslararası hukuka uygun olarak ilan ettiği münhasır ekonomik bölgesinde, eğer böyle bir bölge ilan edilmemiş ise uluslararası hukuka göre belirlenmiş ve karasularının ölçüldüğü hattan itibaren 200 deniz mili uzanan karasularının ötesinde meydana gelen çevrenin kirlenmesi sonucu oluşan zararlar,
- (c) kirlenme zararları haricinde, bir taraf devletin karasularının dışında, taraf devletin siciline kayıtlı bir gemide veya sicile kayıtlı olmamakla birlikte taraf devletin bayrağını çekme hakkına sahip bulunan bir gemide taşınan bir maddeden kaynaklanan diğer zararlar,
- (d) nerede alındıkları önem arz etmeksizin (a-b-c) bentlerinde yazılı zararları önlemek ve en aza indirmek üzere alınan önleyici tedbirlere⁶² uygulanır.

Zararın türünden bağımsız, taraf devlette meydana gelen, karasuları dahil, içsularında tehlikeli ve zararlı madde taşınmasından kaynaklanan talepler, 2010 HNS kapsamındadır. Çevrenin kirlenmesi zararlarında ise, taraf devletin münhasır ekonomik bölgesi dahil olmak üzere, ortaya çıkan zararlar 2010 HNS uygulanır. Taraf devletin karasularının dışında meydana gelen çevrenin kirlenmesi haricindeki diğer zararlar, tehlikeli ve zararlı madde taşınması yapan geminin bayrağına bakılır. Bayrak devleti taraf devlet ise, söz konusu zararlar 2010 HNS kapsamında karşılanır.

Kirlenme zararları, bedensel zararlar ve eşyaya gelen zararları önlemek veya en aza indirmek üzere yapılan önleyici tedbirlerin nerede alındıkları önem arz etmeksizin 2010 HNS uygulanır⁶³. Önleyici tedbirlerin 2010 HNS kapsamında sayılması için belirtilen zararlarla ilgili olması gerekir. Bu bakımdan, taraf devletlere sirayet eden bir zarara yönelik alınan önleyici tedbirlerin nerede alındıkları önem arz etmez. Sözleşmeye taraf olmayan bir devletin karasularında alınan önleyici tedbirlere Sözleşme uygulanmaz⁶⁴.

Açık denizde meydana gelen tehlikeli ve zararlı madde taşınmasından kaynaklanan olay, taraf devletin münhasır ekonomik bölgesine veya uluslararası hukuka uygun 200 deniz miline uzanan karasularının ötesine, karasularına ve içsularına kirlenme zararı olarak sirayet ettiği müddetçe, 2010 HNS'nin uygulama alanına girmektedir⁶⁵.

III. SORUMLULUK REJİMİ

2010 HNS'nin 7. maddesine göre, meydana gelen zarardan, zarara sebep olan olayın gerçekleştiği andaki gemi maliki sorumludur. Gemi maliki, sicilde kayıtlı görünen kişidir. Çarter partide belirtilmiş olması kaydıyla, çıplak gemi kiracısının da sorumlu tutulması mümkündür⁶⁶.

Çevre hukukuna hâkim "kirleten öder" prensibi uyarınca sorumlu olan kişinin doğrudan gemi maliki olması yerindedir⁶⁷. 2010 HNS ile tazmin sisteminde ilk derece güvenceyi sağlayan sigorta veya başkaca teminatı getirmekle yükümlü kişi yine geminin malikidir.

2010 HNS'nin 7(5). maddesine göre tazminat talebi, gemi adamlarına, gemi malikinin hizmetinde bulunanlara, temsilcisine; gemi adamı olmayan ancak geminin hizmetinde çalışan kılavuz kaptan ya da diğer kişilere, çarterere, gemi müdürü veya işletmecisine; gemi malikinin izni veya yetkili kamu merciinin talimatı ile kurtarma operasyonu ifa eden şahsa, önleyici tedbirleri alan şahıslara ve temsilcilerine yöneltilemez. Madde uyarınca gemi malikinin sorumluluğunun başka birine kanalize edilemediği görülmektedir. Ancak zarar, zarar verme kastıyla ya da pervasızca ve muhtemelen zarara sebebiyet vereceği bilinerek gerçekleştirilen kişisel bir hareket veya ihmalden kaynaklanmış olursa, söz konusu kişilere de tazminat talebi yöneltilebilir.

2010 HNS uyarınca gemi maliki meydana gelen zarardan kusursuz olsa dahi sorumludur. Ortaya çıkan zarar ile deniz yoluyla tehlikeli ve zararlı madde taşınması arasında nedensellik bağının olması

⁶¹ BERLINGIERI, s.210; CHRISTODOLOU VAROTSI, s.328; DE LA RUE /ANDERSON, Environment, s.272.

⁶² Söz konusu bent, 1996 HNS'de "nerede olursa olsun alınan önleyici tedbirler" şeklindeydi. Sözleşme'ye 2010 Protokolü ile "(a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı zararlar" ibaresi eklenmiştir. Esaslı bir değişiklik olmamakla beraber, ilgili zararlarla bağlantılı olarak alınan önleyici tedbirlerin kastedildiği vurgulanmakta ve olası yorum yanlışlıklarının önüne geçilmektedir: DEMİR, "HNS", s.228.

⁶³ JACOBSSON, s.30.

⁶⁴ DEMİR, "HNS", s.229.

⁶⁵ DE LA RUE/ANDERSON, Environment, s.273.

⁶⁶ BERLINGIERI, s.218.

⁶⁷ GASKELL, Nicholas/FORREST, Craig: "Marine Pollution Damage in Australia: Implementing the Bunker Oil Convention 2001 and the Supplementary Fund Protocol 2003", The University of Queensland Law Journal, 27(2), 2008, s.105.

yeterlidir⁶⁸. Sözleşme'nin 7(2)(a) maddesinde gemi malikinin sorumluluktan kurtulduğu haller düzenlenmektedir. Madde uyarınca zararın savaş, düşmanca hareket, iç savaş veya isyan nedeniyle meydana geldiği ispatlanırsa gemi maliki sorumluluktan kurtulur. Ayrıca, 2010 HNS'nin 7(3). maddesi uyarınca gemi maliki, kirlenme zararının, kısmen veya tamamen zarar gören kişinin, zarar verme kastıyla ortaya çıkan bir hareket veya ihmalden ileri geldiğini ispatlarsa bu kişiye karşı sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulabilir.

Kirlenme zararının olağanüstü, önlenemez ve kaçınılmaz bir doğa olayından, örneğin bir tsunamiden kaynaklanması halinde, diğer faktörlerin zararın oluşumuna katkısı dahi olsa, gemi malikinin sorumluluktan kurtulacağı düşünülmektedir. Burada gözetilmesi gereken kıstas, olağanüstü, önlenemez ve kaçınılmaz doğa olayının baskın nitelikte ve yakın bir tehdit oluşturmasıdır⁶⁹. Kirlenme zararının münhasıran üçüncü kişinin zarara neden olma niyetiyle yaptığı bir hareket veya ihmalden kaynaklanması hallerine örnek olarak terör olayları ve deniz haydutluğu gösterilebilir⁷⁰.

A. Sorumluluğun Sınırlandırılması

Sorumluluğun sınırlandırılması 2010 HNS'nin 9(1). maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre dökme halde taşınan tehlikeli ve zararlı madde bakımından sorumluluk, 2.000 grostonu geçmeyen bir gemi için sorumluluk 10 milyon hesap birimi (özel çekme hakkı – SDR)⁷¹ ve bunu aşan bir gemi için ek olarak, 2.001 ile 50.000 groston arasındaki her bir tonaj birimi için 1.500 hesap birimi ve 50.000 grostonu aşan her bir tonaj birimi için 360 hesap birimi ile sınırlıdır. Toplam tutar hiçbir şekilde 100 milyon hesap birimini aşamaz.

Dökme halde taşınan maddeler bakımından sorumluluk, zararın paketli tehlikeli ve zararlı madde veya hem paketli hem de dökme yükten kaynaklanması veya kaynağının belirlenememesi durumlarında farklı sınırlamalara tabi tutulmuştur. 2.000 grostonu geçmeyen bir gemi için sorumluluk 11.5 milyon hesap birimi ve bunu aşan bir gemi için ek olarak, 2.001 ile 50.000 groston arasındaki her bir tonaj birimi için 1.725 hesap birimi ve 50.000 grostonu aşan her bir tonaj birimi için 414 hesap birimi ile sınırlıdır. Maddeye göre toplam tutar hiçbir şekilde 115 milyon hesap birimini aşamaz. 2010 HNS'nin dökme ve paketli tehlikeli ve zararlı madde taşımalarına, %15 oranında farklı sınırlama getirmesi yerinde görülmektedir⁷². Zira, paketli tehlikeli ve zararlı madde katkı sağlayıcı yük tanımından muaf tutulduğundan, sorumluluk limiti artırılarak bir denge sağlanmaya çalışılmıştır⁷³.

Bununla birlikte malikin sınırlı sorumluluğu mutlak değildir. Zira 2010 HNS'nin 9(2). maddesi zararın, gemi malikinin zarar verme kastıyla ya da pervasızca ve muhtemelen zarara sebebiyet vereceğini bilerek gerçekleştirilen kişisel bir hareket veya ihmalden kaynaklanması halinde, sorumluluğun sınırlanamayacağını hükme bağlamıştır.

Sorumluluğunu sınırlandırmak isteyen gemi maliki veya sigortacısı, sorumlu olduğu tutardaki fonu, dava açılan taraflardan birinin mahkemesinde veya diğer bir yetkili otoritesinde; dava açılmamışsa 2010 HNS'nin 38. maddesi uyarınca dava açılacak bir tarafın mahkemesinde veya diğer yetkili otoritesinde oluşturmalıdır⁷⁴. Fon, toplam tutarın tevdi edilmesi veya fon oluşturan tarafın mevzuatı kapsamında kabul edilebilir ve yeterli bir banka teminatı veya diğer bir teminat sağlanarak da oluşturulabilir. Fon, talep miktarları ile orantılı olarak talep sahipleri arasında dağıtılır. Fon tesis edildiğinde malikin başka malvarlığına gidilemez. önce el konulan veya haczedilen mallar varsa serbest bırakılır⁷⁵.

B. Zorunlu Sorumluluk Sigortası

Taraf devletin siciline kayıtlı bir geminin maliki ile fiili olarak tehlikeli ve zararlı madde taşıyanların, 2010 HNS'nin 12. maddesi uyarınca sigorta veya banka teminatı ya da benzeri finans kuruluşundan alınmış bir teminatı sağlamaları gerekir.

2010 HNS'nin 12(2). maddesine uygun olarak getirilen zorunlu sigortanın veya benzeri teminatın Sözleşme'ye uygun olarak o gemide olduğunu gösteren sertifika, taraf devletin ilgili makamı tarafından düzenlenir. Taraf devletin limanlarına giren gemilerin söz konusu zorunlu sertifikayı taşımaları gerekir.

⁶⁸ KUYUCU MERİÇ, s.242.

⁶⁹ JACOBSSON, s.33.

⁷⁰ READMAN, L.: "Recent Developments in P&I Cover for Pollution: Terrorism, Piracy and Sanctions", in Soyer, Barış/Tettenborn, Andrew (ed.), Pollution at Seas. Law and Liability, Informa Law from Routledge, Essex 2012, s.185.

⁷¹ Uluslararası Para Fonu tarafından getirilmiş, uluslararası rezerv para birimi: <https://www.imf.org/en/Topics/special-drawing-right>, (Erişim: 09.01.2024).

⁷² BERLINGIERI, s.220.

⁷³ DEMİR, "HNS", s.230.

⁷⁴ Tanker kazalarından kaynaklı tazminat taleplerinin çoğunluğu IOPC Fonu'na gitmeden, Uluslararası Koruma ve Tazminat Kulüpleri Grubu tarafından karşılanmaktadır. Toplam tanker tonajının % 90'ını sigortalayan 13 büyük P&I Kulübü, gemi maliklerini mavi kart ile teminat altına almakta, tazminat taleplerini karşılamaktadırlar. IG kulüpleri yaklaşık olarak yıllık 7000 mavi kart düzenlemektedir: ANDERSON, Charles B./DE LA RUE, Colin.: "The Role of the P&I Clubs in Marine Pollution Incidents" ("P&I"), Tulane Law Review, 85, 2011, s.1257-1304, s.1300; JACOBSSON, s.35; KAMAL, Bünyamin/ÇİLOĞLU, Erhan:"Petrol Kirliliği Kaynaklı Uluslararası Tazminat Sistemi ve Mesuliyetin Paylaştırılması", Anadolu Çevre ve Hayvancılık Bilimleri Dergisi, 2, 2020, s.161-172.

⁷⁵ GÖRANSSON, s.261; DEMİR, "HNS", s.213.

Dolayısıyla Sözleşme'ye taraf olmayan bir devletin bayrağını taşıyan bir gemi için bu sertifika herhangi bir taraf devlet düzenleyebilir. Sertifika düzenlenmesinin koşullarını ve sertifikanın geçerliliğine ilişkin hükümleri düzenleme yetkisi taraf devletindir.

2010 HNS'nin 12(8). maddesine göre zarar gören, sigortacıya veya benzeri teminatı sağlamış kişiye doğrudan dava açabilir⁷⁶. Doğrudan dava açılan bu kişiler, gemi maliki sorumluluğunu sınırlama hakkına haiz olmasa bile kendileri sorumluluklarını sınırlandırabilirler.

IV. HNS FONU

HNS Fonu veya kısaca Fon, tehlikeli ve zararlı madde taşımalarından kaynaklanan taleplerin, gemi malikince sağlanan zorunlu sigortadan veya başkaca teminattan karşılanamaması veya gemi malikinin sorumlu olmaması halinde devreye giren ikinci kademe güvencedir. 2010 HNS'de "Uluslararası Tehlikeli ve Zararlı Maddeler Fonu (HNS Fonu) Tarafından Tazmin" başlığı altında düzenlenmiştir. 2010 HNS'nin yürürlüğünün ardından Fon kurulacaktır.

Söz konusu Fon, taraf devletteki belirli tutarın üstünde tehlikeli ve zararlı madde alan kişiler (LNG'de ise yük üzerinde tasarruf hakkı sahipleri) tarafından finanse edilmektedir. Fon temelde iki özelliğe sahiptir⁷⁷. Bunlardan ilki, gemi malikinin sorumlu olmadığı hallerde devreye girerek ikame nitelik göstermesi, diğeri ise tazminat tutarının sözleşmelerin öngördüğü sorumluluk limitlerini aşması halinde aşan kısmı teminat altına almasıdır⁷⁸.

A. Fonun Kurulması

2010 HNS'nin 13. maddesi uyarınca HNS Fonu'na, zararın gemi malikinin sınırlı sorumluluğunun üzerinde olması ile mali güvencenin yeterli veya mevcut olmaması halinde başvurulur. Ayrıca gemi malikinin sorumluluktan kurtulduğu hallerde ve gemi malikinin mali olarak yükümlülüklerini yerine getiremediği durumlarda da Fon devreye girer. Bu açıdan Fon, kirlenme zararlarını tazmine yönelik oluşturulan teminat sisteminin ikinci basamağını oluşturur⁷⁹.

HNS Fonu haklara ve borçlara haiz, yasal işlemlere taraf olabilen bir tüzel kişiliktir ve Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonları'ndan (IOPC Fonları)⁸⁰ alınan model ile Genel Kurul, Sekreteryaya ve Yönetici'den oluşmaktadır⁸¹. Fon'un Yöneticisi, taraf devletlerce yasal temsilci olarak kabul edilir. Genel Kurul ise taraf devletlerden oluşur.

B. Tazminat

HNS Fonu, gemi malikinin sorumluluğunun doğmaması veya yükümlülüklerini mali olarak karşılayabilme imkanının olmaması, getirilen teminatın tazminat taleplerini karşılamada yetersiz olması ve zarar görenin tüm makul yasal imkanları kullanmasına rağmen öngörülen tazminat miktarından tatmin olmaması halinde zarar görene tazminat öder. Ayrıca 2010 HNS'nin 14(2). maddesi uyarınca, gemi malikinin gönüllü olarak zararı önlemek veya en aza indirmek üzere yaptığı makul masraflar veya fedakarlıklar, zarar olarak kabul edip HNS Fonu'ndan karşılanır.

2010 HNS'nin 14(3). maddesi uyarınca kirlenme zararının savaş, silahlı çatışma, iç savaş, ayaklanma ve olayın gerçekleştiği anda münhasıran kamu hizmeti görmek için kullanılan bir devletin mülkiyetinde olan veya devlet tarafından işletilen gemilerden ve savaş gemilerinden kaynaklanması halinde HNS Fonu'na başvurulamaz.

Kirlenme zararından kaynaklanan bir tazminat talebi söz konusu ise, bu zarar bir veya birden fazla geminin karıştığı bir hadiseden kaynaklanıyorsa, tazminat talebinde bulunan bunu ispatlamalıdır. Aksi halde Fon'a başvuru hakkını kaybeder. Bu noktada, taleplerin kabul edilebilmesi için kirlenme zararının bir veya birden fazla geminin karıştığı bir hadisenin makul sonucu olduğunun ispatlanması gereklidir. Kirlenme zararına sebep olan gemi tek başına belirlenemese bile hadise ile kirlenme zararı arasındaki bağın kurulması önemlidir⁸².

Sözleşme'nin 14(4). maddesine göre HNS Fonu, zarar görenin, zararın kısmen ya da tamamen zarar verme kastıyla yapılan bir hareketinden veya ihmalden kaynaklandığını ispatlarsa tazminat ödeme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtulabilir. Bu bakımdan, çevre hukukuna hâkim kirlenme öder prensibinin devam ettiği söylenebilir⁸³. Ancak, önleyici tedbirler bakımından böyle bir muafiyet söz konusu

⁷⁶ CHRISTODOLOU VAROTSI, s.316; ANDERSON/DE LA RUE, "P&I", s.1300; DEMİR, "HNS", s.214.

⁷⁷ KARA, Hac.: Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukuku'na Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk, Yamaner, İstanbul 2005, s.222.

⁷⁸ KARA, s.223.

⁷⁹ IOPC Funds: An Overview of the International Convention on Liability and Compensation for Damage in connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances By Sea, 2010 (The 2010 HNS Convention), (Explanatory Note), s.5, https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2018/08/HNS-Convention-Overview_e.pdf, (Erişim: 09.01.2024).

⁸⁰ GANTEN, "HNS", s.312. Kuruluş tarihi olan 1978 tarihinden itibaren IOPC Fonları, toplamda 154 hadise ile ilgilenmiştir. 30/06/2020 tarihine kadar 744 Milyon £ tazminat ödenmiştir. Bu tutarın 331 Milyon £'u 1971 Fonu'ndan tazmin edilmiştir. 1992 Fonu halihazırda 11 hadiseden kaynaklanan talep ve davalarla ilgilenmektedir: <https://iopcfunds.org/incidents/incident-map#1918-11-August-2006>, (Erişim: 09.01.2024).

⁸¹ IOPC Fonları'na benzer bir yapı 2010 HNS Fonu için teşkil edilecektir: BERLINGIERI, s.209; JACOBSSON, s.45; DEMİR, "HNS", s.214.

⁸² Explanatory Note, s.5; JACOBSSON, s.41. Petrol kirliliğine ilişkin bir hadisede, IOPC Fonları geminin belirlenemediği hallerde dahi söz konusu makul sonucun ispatlanması halinde Fon'un ödemede bulunacağını kabul etmiştir, kirlenmeye sebebiyet veren geminin değil fakat hadisenin kanıtlanması aranmaktadır: KARA, s.225.

⁸³ GANTEN, "HNS", s.314.

değildir.

2010 HNS'nin 14(5). maddesi gereğince, her bir hadise bakımından ödenen tazminat miktarı, gemi maliki veya sigortacı tarafından ödenen tazminat dâhil olmak üzere, toplam 250 milyon hesap birimini geçemez. Benzer şekilde, olağanüstü, kaçınılmaz ve önlenemez bir doğa olayından kaynaklanan zararlar için HNS Fonu tarafından ödenebilir en yüksek tutar 250 hesap birimidir. HNS Fonu'nun ödeyeceği tazminat miktarının (5). bent uyarınca ödenecek toplam tazminat tutarını aşması halinde, mevcut talepler arasında orantılı olarak dağıtım yapılacaktır. Sadece dökme olarak taşınan yükler dikkate alınıp, ödenecek tazminatın tamamının üçte ikisi ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminata ayrılmaktadır⁸⁴.

Tahakkuk eden faiz, HNS Fonu tarafından ödenecek azami tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmaz. Belirtilen tutarlar, HNS Fonu'nun Genel Kurulu'nun ilk tazminat ödeme tarihine karar verdiği tarihteki SDR'ye istinaden o para biriminin değeri esas alınarak ulusal para birimine çevrilmiştir.

C. Yıllık Katkılara İlişkin Genel Hükümler

2010 HNS'nin 16. maddesi uyarınca Fon, dört hesaptan oluşmaktadır. Bunlar katı dökme yük ve diğer tehlikeli ve zararlı maddenin alıcıları tarafından finanse edilen genel hesap, petrol hesabı, LNG hesabı ve LPG hesabıdır⁸⁵. Tehlikeli ve zararlı maddelerin çeşitliliğinden dolayı, IOPC Fonları'nın aksine HNS Fonu daha karmaşık yapıdadır⁸⁶.

Söz konusu hesaplar, taraf devlette bir takvim yılında katkı sağlayıcı yükü alan kişiler, alıcılar, tarafından finanse edilir. LNG hesabında ise, alıcı dışında söz konusu yükün boşaltılmasından hemen önce yük üzerinde tasarruf hakkı bulunan kişinin (*titleholder*) hesaba katkı sağlaması söz konusudur. Daha önce de ifade edildiği üzere, katkı sağlayıcı yüklerin nerede yüklendiklerinden bağımsız olarak boşaltıldıkları yer esas alınmaktadır⁸⁷. Taraf devlette katkı sağlayıcı yükü alan kişi, Sözleşme uyarınca belirlenen limitlerin aşılması durumunda aldıkları yük miktarını taraf devlete bildirmekle yükümlüdür.

Her bir alıcının ödemesi gereken katkı tutarı, ithal edilen tutar ile taraf devletlerin limanları arasında taşınan tehlikeli ve zararlı madde baz alarak hesaplanır⁸⁸. Bu anlamda sadece ithal edilen maddelerin değil taraf devletin limanları arasında dolaşan tehlikeli ve zararlı maddelerin de hesaba katıldıkları görülmektedir. Taşınan maddeler, sadece transit oldukları sürece katkı payı hesaplanırken dikkate alınmazlar⁸⁹.

Genel hesaba ve diğer müstakil hesaplara yapılacak yıllık katkılar, bir önceki takvim yılında veya Genel Kurul'un belirlediği başka bir yıl içerisinde alınan katkı sağlayıcı yük miktarına göre, yine Genel Kurul tarafından belirlenir. Söz konusu katkı yılda bir defaya mahsus ödenmektedir⁹⁰. Hesaplamalar, hesaplama esas önceki takvim yılı içerisinde katkı ödemekle yükümlü kişinin ödediği her bir birim için sabit bir tutar bazında yapılır. Sabit tutar, takvim yılına göre belirlenen yıllık katkının, o hesaba katkıda bulunan toplam yük miktarına bölünmesiyle hesaplanır. Genel Kurul ayrıca farklı hesaplara ve sektörlere giren iki ya da fazla maddenin neden olduğu zararın tazmini için ödenecek tutarların ilgili hesaplar ve sektörler arasında dağıtılmasına karar verme yetkisine haizdir. tehlikeli ve zararlı madde alıcılarının bir veya birden fazla hesaba katkıda bulunmaları söz konusu olabilir.

1. Genel Hesaba Yapılan Yıllık Katkılar

Bir önceki takvim yılında veya Genel Kurul'un belirlediği başka bir yıl içerisinde alınan katkı sağlayıcı yük miktarının 20.000 tonu aşması halinde genel hesaba katkı yapılır. Taraf devlette alınan, genel hesabın alt sektörlerini oluşturan, katı dökme yükler ile diğer tehlikeli ve zararlı maddenin 20.000 tonu aşması halinde genel hesaba katkıda bulunma yükümlülüğü doğar.

2. Müstakil Hesaplara Yapılan Yıllık Katkılar

2010 HNS'nin 19(1)(a). maddesinde petrol hesabına yapılan katkı düzenlenmektedir. Maddeye göre petrol hesabına yapılacak yıllık katkılar, 1971 FS'nin 1(3). maddesinde tanımlanan petrolün, aynı Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca katkı payı ödemekle yükümlü olan kişiler tarafından 150.000 tondan fazla alınması halinde ödenir.

2010 HNS Fonu ile kirlenme zararları dışındaki ölüm, bedensel zarar ve eşyaya gelen zarardan kaynaklanan talepler, 2010 HNS Fonu tarafından tazmin edilir. Bu anlamda, uluslararası petrol kirliliğinden kaynaklanan zararların hukuki ve tazmin rejiminin tamamlayıcısı olarak görülen 2010 HNS, mağdurların dirençli petrolün sebebiyet verdiği kirlenme zararı dışındaki taleplerini karşılamaktadır.

⁸⁴ JACOBSSON, s.41.

⁸⁵ Sektörlerin katkı sağlayacağı ayrı hesapların kurulması, tehlikeli ve zararlı maddeler ile ticaret hacmi ve güvenlik kayıtları gibi farklı koşulların dikkate alınması bakımından önemlidir. Zararı meydana getiren maddenin alıcıları, ayrı hesaplar aracılığıyla münhasır sorumlu tutularak, ticaretin bozulması veya çapraz sübvansiyon riski ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır: GÖRANSSON, s.265.

⁸⁶ GANTEN, "HNS", s.314; GÖRANSSON, s.263; RØSÆG/ŞEKER, s.21.

⁸⁷ GANTEN, Reinhard H.: "The International Oil Pollution Compensation Fund" ("Fund"), Environmental Policy and Law, 12(1/2), 1984, s.7.

⁸⁸ MERİÇ KUYUCU, s.241.

⁸⁹ Explanatory Note, s.6; JACOBSSON, s.48.

⁹⁰ GANTEN, "Fund", s.7.

2010 HNS'nin 16(1)(a)(ii). maddesine göre, dökme halde taşınan diğer petrol bakımından, bir önceki takvim yılında veya Genel Kurul'un belirlediği başka bir yıl içerisinde alınan petrol miktarının 20.000 tonu aşması halinde katkı yapılır. Diğer dökme halde taşınan petrol, Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme (MARPOL 73/78)⁹¹ Ek-1'inin Kural 1'inde tanımlanan petroldür.

2010 HNS'nin 16(1)(b). maddesinde LPG hesabına yapılan katkı düzenlenmektedir. LPG hesabına benzer şekilde, bir önceki takvim yılında veya Genel Kurul'un belirlediği başka bir yıl içerisinde alınan katkı sağlayıcı yük miktarının 20.000 tonu aşması halinde katkı yapılır. Taraf devletteki LPG alıcısı, katkıyı ödemekle yükümlüdür.

LNG hesabı ise 19. maddenin 1bis paragrafında düzenlenir. Buna göre, bir önceki takvim yılında veya Genel Kurul'un belirlediği başka bir yıl içerisinde, miktar önemli olmaksızın, LNG alan kişiler tarafından LNG fonuna katkı yapılır. Bununla birlikte, LNG'nin taraf devlette boşaltılmasından hemen önce yük üzerindeki tasarruf hakkına sahip olan kişi de katkı yapmakla yükümlü olabilir. 1996 HNS'nin yürürlüğe girmesini engellediği düşünülen hususlardan biri de yapılacak katkılar bakımından fiziki alıcı ve tasarruf hakkı sahibi arasındaki ilişkidir. Böyle bir durumda, alıcı ile tasarruf hakkı sahibi arasında katkıya ilişkin bir sözleşmenin yapılması ve alıcının bu durumu taraf devlete bildirmesi yerinde olur⁹². Katkı payı ödemekle yükümlü tutulan tasarruf hakkı sahibi, katkıları hiç veya gereği gibi ödemez ise, alıcı kalan tutarlardan sorumludur. Bu durum alıcının, tasarruf hakkı sahibine karşı sahip olduğu rücu ve tazminat hakkına halel getirmez.

2010 HNS'nin 19(3). maddesi uyarınca müstakil hesaplar, katkı sağlayıcı yük miktarının aşılması halinde kurulur. Söz konusu limitler aşılmaz ise, müstakil hesaplar faaliyete geçmesi ertelenebilir. Aynı maddenin (4). bendine göre ise müstakil hesaplar, bir önceki takvim yılındaki ilgili katkı sağlayıcı yükün (3). bentte belirlenen miktardan az olması veya katkıların vadesinden altı ay geçtikten sonra, ödenmemiş katkıların toplamı, ilgili müstakil hesaba yapılan en son katkının %10'unu aşıyorsa hesaplar askıya alınabilir. Bu durumda müstakil hesaplar, genel hesaba aktarılır⁹³.

Her bir hesaptan, ilgili olduğu maddeden kaynaklanan zararların tazminini gerçekleştirilir. Müstakil hesaplardan birinden diğerine aktarım yapılamaz⁹⁴.

Paketli tehlikeli ve zararlı madde alıcıları, HNS Fonu'na katkı yapmazlar⁹⁵. Bunun sebebi, paketli tehlikeli ve zararlı madde tespitinin teknik ve ayrıntılı inceleme gerektirmesi sebebiyle bildirim zoruğudur⁹⁶. Fon'a katkı sunmamakla birlikte, paketli halde taşınan tehlikeli ve zararlı maddeden kaynaklanan zararlar, HNS Fonu kapsamında tazmin edilecektir⁹⁷.

D. Bildirim

2010 HNS uyarınca taraf devletlerin, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önce ve yürürlüğünden sonra olmak üzere iki farklı bildirim yükümlülükleri söz konusudur. 2010 HNS'nin yürürlüğünden önce, katkı sağlayıcı yükün toplam miktarının bildirilmesi yeterliyken, yürürlüğünden sonra bireysel katkıda bulunanlar ve her bir katkıda bulunanın hesap ve sektör için aldığı katkı sağlayıcı yük miktarı da dahil olmak üzere, daha ayrıntılı rapor sunmaları gerekmektedir. Bildirim yükümlülüğü Fon sisteminin özünü oluşturan katkı sağlayıcı yükün tespitinde önemli olduğundan, bildirim yapmayan devletin statüsü geçici olarak askıya alınabilir⁹⁸.

Sözleşmenin 21bis maddesi uyarınca, taraf devletin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle HNS Fonu zarara uğrarsa, taraf devlet Fon'un zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, 2010 HNS uyarınca ölüm ve bedensel zararlar dışında talep edilebilecek zarar kalemleri HNS Fonu kapsamında tazmin edilmeyecektir.

2010 HNS'nin 28(2)(a)(ii). maddesi uyarınca, 2022 yılı için altı taraf devletin yük katkısına ilişkin aşağıdaki tablo yayımlanmıştır⁹⁹:

⁹¹ RG: 24.06.1990, 20558.

⁹² IMO: "Guidelines on Reporting of HNS Contributing Cargo", s.5, https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2018/08/Guidelines_2014.pdf, (Erişim: 09.01.2024).

⁹³ DEMİR, "HNS", s.216.

⁹⁴ GANTEN, "HNS", s.314; Explanatory Note, s.7; DEMİR, "HNS", s.216.

⁹⁵ DEMİR, "HNS", s.228.

⁹⁶ DEMİR, "HNS", s.224.

⁹⁷ JACOBSSON, s.50.

⁹⁸ DEMİR, "HNS", s.236.

⁹⁹ Kaynak: IMO: 07.09.2023 tarihli HNS.2/Circ.11, https://webaccounts.imo.org/Common/WebLogin.aspx?ReturnUrl=%2f&error_message=interaction_required, (Erişim: 09.01.2024). Yakın zamanda taraf olan Fransa'nın ve Slovakya'nın katkı sağlayıcı yüke ilişkin bildirimlerine yönelik bkz. IMO: 23.10.2023 tarihli HNS.2/Circ.12-13 Belgesi, https://webaccounts.imo.org/Common/WebLogin.aspx?ReturnUrl=%2f&error_message=interaction_required, (Erişim: 21.11.2023).

	General account	Oil account	LNG account	LPG account
Canada	1,289,150	53,456,160	221,917	0
Denmark	819,515	14,180,828	0	34,993
Estonia	472,900	2,626,059	0	40,605
Norway	1,532,195	12,687,988	102,404	129,771
South Africa	4,310,815	37,511,658	0	417,518
Türkiye	6,078,741	48,404,787	9,303,305	1,636,332
Total	13,683,801	168,867,480	9,627,626	2,259,219

V. YÜRÜRLÜK ŞARTI

2010 HNS'nin yürürlüğe girmesi için 12 devletin Sözleşme'ye bağlanma iradesini ortaya koyması ve Genel Hesaba katkı sağlayıcı yükün en az 40 milyon tonunun alındığının Genel Sekreterliğe sunulması gereklidir. Şartların sağlanmasından on sekiz ay sonra Sözleşme yürürlüğe girecektir. Halen sekiz devlet, 2010 HNS'ye bağlanma iradesini ortaya koyup onay belgesini tevdi etmiştir. Sözleşme, yürürlük koşullarını sağlamadığından yürürlükte değildir¹⁰⁰. Gerekli belgeleri tevdi edip Sözleşme'yi onayladığını bildiren sekiz devlet, Sözleşme'nin 46(a) bendindeki "bağlanma iradesini ortaya koyan dört devletin her birinin en az 2 milyon groston biriminde sicile kayıtlı gemiye sahip olma" şartını karşılamaktadır. Sözleşme'nin 2026 yılında yürürlüğe girmesi beklenmektedir¹⁰¹.

2010 HNS henüz yürürlüğe girmemiştir ancak düzenli olarak IMO Hukuk Komitesi'nde gündeme alınmakta ve Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için devletler teşvik edilmektedir¹⁰². Bu kapsamda IMO Sekreterliği, IOPC Fon Sekreterliği ile bölgesel ve ulusal çalıştaylar düzenlemektedir¹⁰³. Ayrıca, 2010 HNS'nin yürürlüğünü kolaylaştırmak adına taraf devletlere ve taraf olmaya hazırlanan devletlere yönelik bir anket oluşturulmuş IMO Hukuk Komitesi'nin 110. Toplantısında görüşülmek üzere devletlere gönderilmiştir¹⁰⁴.

VI. SONUÇ

2010 HNS, iki kademeli bir sorumluluk ve tazminat rejimi getirmektedir. Zorunlu sigorta, birinci kademe güvenceyi oluştururken, ortaya çıkan zararın gemi malikinin sınırlı sorumluluğunu aşması veya 2010 HNS çerçevesinde tazmin edilememesi halinde, HNS Fonu ikinci kademe güvence olarak devreye girmektedir. HNS Fonu, katkı sağlayıcı yükü alanlar tarafından finanse edilmektedir.

2010 HNS'de gemi malikinin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Bununla birlikte gemi maliki sorumluluktan kurtulma veya sorumluluğunu sınırlama hakkına da sahiptir. 2010 HNS kirlenme zararları yanında yaşam kaybı, bedensel zarar ve eşyaya gelen zararları da tazmin eder. Bu açıdan, tehlikeli ve zararlı maddenin deniz yoluyla taşınmasına karşı oluşabilecek risklere kapsamlı çözümler getirdiği söylenebilir. Yine Fon sistemi IOPC Fonları'nı örnek alınarak kurulduğundan, tazminat taleplerinin dava yoluna gidilmeden, hızlı ve etkili bir şekilde çözüleceğini söylemek mümkündür.

2010 HNS'deki fiziki alıcı tanımı, katkı sağlayıcı yük ve devletlerin bildirim yükümlülükleri gibi üzerine kılavuzların geliştirilip, devletlerin kabul usullerinin kolaylaştırılması olumlu gelişmelerdendir. 2010 HNS'nin yürürlüğe girmesiyle beraber, deniz yoluyla taşınan petrol ile tehlikeli ve zararlı maddenin neden olduğu kirlenme zararlarına karşı yeknesak bir rejim sağlanacağı dikkate alınarak, devletlerin bu sisteme dahil olmalarının teşvik edilmesi de önemlidir. Nitekim, IMO'nun bu amaçla yaptığı çalışmalar devam etmekte ve yakın zamanda 2010 HNS'nin yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

¹⁰⁰ 2010 HNS'nin yürürlüğe girmesini teşvik etmek üzere yapılan güncel çalışmalar için bkz.: IMO: 14.01.2022 tarihli LEG 109/3/1 Belgesi, https://webaccounts.imo.org/Common/WebLogin.aspx?ReturnUrl=%2f&error_message=interaction_required, (Erişim: 09.01.2024).

¹⁰¹ <https://www.hnsconvention.org/activity/another-step-towards-entry-into-force-as-slovakia-ratifies-the-2010-hns-protocol/>, (Erişim: 09.01.2024).

¹⁰² Örneğin, IMO: 10.10.2022 tarihli 4620/Rev.1 Belgesi, <https://iopcfunds.org/wp-content/uploads/2022/10/Circular-Letter-No.4620-Rev.1-new-dates-3-and-4-April-2023-Secretariat.pdf>, (Erişim: 09.01.2024).

¹⁰³ IMO: 14.01.2022 tarihli LEG 109/3/1 Belgesi, https://webaccounts.imo.org/Common/WebLogin.aspx?ReturnUrl=%2f&error_message=interaction_required, (Erişim: 09.01.2024).

¹⁰⁴ IMO: 10.02.2023 tarihli LEG 110/INF.5 Belgesi.

KAYNAKÇA

- ABDULLAYEV, Cavid: Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- ANDERSON, Charles B./DE LA RUE, Colin.: “The Role of the P&I Clubs in Marine Pollution Incidents” (“P&I”), Tulane Law Review, 85, 2011, s.1257-1304.
- ANDERSON, Charles B./DE LA RUE, Colin.: Shipping and the Environment, 2. Bası, Informa, Oxon 2009.
- BERLINGIERI, Francesco.: International Maritime Conventions Volume 3 Protection of the Marine Environment, Informa Law from Routledge, Oxon 2015.
- DE BIEVRE, Aline F. M.: “Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea”, Journal of Maritime Law and Commerce 17, 1986, s.72-87.
- CHRISTODOLOU VAROTSI, Iliana.: Marine Pollution Control Legal and Managerial Frameworks, Informa Law from Routledge, Oxon 2018.
- DEMİR, İsmail.: “1992 Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulmasıyla İlgili Uluslararası Sözleşme’de 2003 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler” (“Petrol Kirliliği”), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1), 2012, s.213-256.
- DEMİR, İsmail.: “1996 Tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Zararlardan Sorumluluk ve Tazminata Dair Milletlerarası Sözleşme’de 2010 Tarihli Protokol ile Kabul Edilen Değişiklikler” (“HNS”), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 27(3), 2011, s.199-245.
- DEMİR, İsmail.: “Uluslararası Petrol Kirliliği Tazmin Fonlarının Gemi Tanımının Yorumuna İlişkin Yürütülen Çalışmalar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 66(3), 2017, s.517-550.
- GANTEN, Reinhard H.: “HNS and Oil Pollution Developments in the Field of Compensation for Damage to the Marine Environment” (“HNS”), Environmental Policy and Law, 27(4), 1997, s.310-314.
- GANTEN, Reinhard H.: “The International Oil Pollution Compensation Fund”, Environmental Policy and Law, 12(1/2), 1984, s.1-12 (Fund).
- GANTEN, Reinhard H.: “Developments in Oil Pollution Liability” (“Developments”), Environmental Policy and Law, 38(6), 2008, s.312-315.
- GASKELL, Nicholas/FORREST, Craig: “Marine Pollution Damage in Australia: Implementing the Bunker Oil Convention 2001 and the Supplementary Fund Protocol 2003”, The University of Queensland Law Journal, 27(2), 2008, s.103-166.
- GAUCI, Gotthard M.: “Protection of the Marine Environment through the International Ship-Source Oil Pollution Compensation Regimes”, Review of European Community and International Environmental Law, 8(1), 1999, s.28-36.
- GÜNER ÖZBEK, Meltem Deniz.: The Carriage of Dangerous Goods by Sea, Springer, Berlin 2008.
- GÖRANSSON, Magnus: “The HNS Convention”, Uniform Law Review, 2, 1997, s.249-270.
- IOPC Funds: An Overview of the International Convention on Liability and Compensation for Damage in connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances By Sea, 2010 (The 2010 HNS Convention), (Explanatory Note), https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2018/08/HNS-Convention-Overview_e.pdf, (Erişim: 09.01.2024)
- JACOBSSON, Mans.: “The HNS Convention and Its 2010 Protokol”, in Soyer, Barış/ Tettenborn, Andrew (ed.), Pollution at Seas. Law and Liability, Informa Law from Routledge, Essex 2012.
- KAMAL, Bünyamin/ÇİLOĞLU, Erhan: “Petrol Kirliliği Kaynaklı Uluslararası Tazminat Sistemi ve Mesuliyetin Paylaştırılması”, Anadolu Çevre ve Hayvancılık Bilimleri Dergisi, 2, 2020, s.161-172.
- KARA, Hacı.: Uluslararası Sözleşmeler ve Türk Hukuku’na Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk, Yamaner, İstanbul 2005.
- KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon/YAZICIOĞLU, Emine: Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler Cilt-I, XII Levha, İstanbul 2016.
- KUYUCU MERİÇ, Gülfer.: “Deniz Yoluyla Taşınan Tehlike ve Zararlı Maddelerden Kaynaklanan Zararın Tazmini ve Sorumluluğu Hakkında Milletlerarası Sözleşme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 16(2), 2017, s.231-250.
- MERT, Alper/ÇETİNYOKUŞ, S.: “Deniz yolu Tehlikeli Madde Taşımacılığına Yönelik Kazaların Analizi”, Journal of Humanities and Tourism Research, 10(1), 2020, s.41-45.
- NANDA, Ved P.: “The Torrey Canyon Disaster: Some Legal Aspects”, Denver Law Journal, 44(3), 1967, s.400-425.
- READMAN, Luke: “Recent Developments in P&I Cover for Pollution: Terrorism, Piracy and Sanctions”, in Soyer, Barış/Tettenborn, Andrew (ed.), Pollution at Seas. Law and Liability, Informa Law from Routledge, Essex 2012, s.185.
- RØSÆG, Erik/ŞEKER, Mehmet: “HNS Konvansiyonu’nun Yeniden Doğuşu”, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi 8(24), 2018, s.17-27.
- UN Environment Program: MERRAC Technical Report No.8, Manual for HNS Training, NOWPAP MERRAC, 2011.3, <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/26214>, (Erişim: 09.01.2024).
- ZHUO, Ruixuan: “The HNS Convention: Will It Be a Game Changer for China’s Marine Pollution Law?”, Natural Resources Journal, 60(2), 2020, s.207-238.
- IMO:07.09.2023 tarihli HNS.2/Circ.11 Belgesi, https://webaccounts.imo.org/Common/WebLogin.aspx?ReturnUrl=%2f&error_message=interaction_required, (Erişim: 09.01.2024).
- IMO:23.10.2023 tarihli HNS.2/Circ.12 Belgesi, https://webaccounts.imo.org/Common/WebLogin.aspx?ReturnUrl=%2f&error_message=interaction_required, (Erişim: 09.01.2024).
- IMO:10.02.2023 tarihli LEG 110/INF.5. Belgesi,

IMO:14.01.2022	https://webaccounts.imo.org/Common/WebLogin.aspx?ReturnUrl=%2f&error_message=interaction_required, (Erişim: 09.01.2024).	tarihli	LEG	109/3/1	Belgesi,
IMO: 10.10.2022	https://webaccounts.imo.org/Common/WebLogin.aspx?ReturnUrl=%2f&error_message=interaction_required, (Erişim: 09.01.2024).	tarihli	4620/Rev.1	Belgesi,	https://iopcfunds.org/wp-content/uploads/2022/10/Circular-Letter-No.4620-Rev.1-new-dates-3-and-4-April-2023-Secretariat.pdf, (Erişim: 09.01.2024).
IMO:	“Guidelines on Reporting of HNS Contributing Cargo”, s.5,				https://www.hnsconvention.org/wp-content/uploads/2018/08/Guidelines_2014.pdf, (Erişim: 09.01.2024)

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar İzel VARAN SAMUT, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | İzel VARAN SAMUT, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

VERGİ MÜKELLEFİNİN İTİBARININ UNUTULMA HAKKI KAPSAMINDA KORUNMASI

EXAMINING THE REPUTATION OF THE TAXPAYER WITHIN THE FRAMEWORK OF THE RIGHT TO BE FORGOTTEN

Arzu KALYON*  

Makale Bilgi

Gönderi: 02/10/2023
Kabul : 21/02/2024

Anahtar Kelimeler

Vergi Mükellefi,
Unutulma Hakkı,
Vergi Mahremiyeti.

Article Info

Received: 02/10/2023
Accepted: 21/02/2024

Keywords

Taxpayer,
Right to be Forgotten,
Tax Privacy.

Özet

Kamu makamları, yasal bir zorunluluk olması veya kamu yararına yürütülen bir işin gerekli olması halinde vergi mükellefinin kişisel verilerini ekonomik nitelikte olsun veya olmasın işlemektedir. Kamu makamlarının vergilendirilebilir gelir ve varlıklara erişmesinde kamu yararı vardır ancak burada kamu yararı olması, söz konusu verilerin yayımlanması ve ifşasında da kamu yararı olduğu anlamına gelmemektedir. Özellikle vergi mükellefinin kişisel verileri yalnızca ekonomik nitelikte değil aynı zamanda hassas nitelikte veriler içeriyorsa mükellefin itibarının korunması daha da önemli hale gelecektir. Mevzuatımızda unutulma hakkı doğrudan düzenlenmemiş olsa bile, vergi mükellefi, “vergi yüzszüleri listesi” gibi yayımlanmış verileri var ise bunların belli bir süre sonra silinmesini talep edebilmelidir. Bunun yanı sıra, vergi mükellefleri verilerinin yayımı öncesi idare ile etkin bir iş birliği yaparak hangi verilerinin yayınlanacağı konusunda bilgilendirilmez. Bu çalışmada, vergi mükellefinin verisinin yayımlanmamasını isteme hakkı olup olmadığı tartışılmış ve de yayımlanmış verilerin silinmesini talep etme hakkı olup olmadığı hem Türk hukuk mevzuatı hem de güncel Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çerçevesinde incelenmiştir.

[10.21492/inuhfd.1362880](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1362880) 

Abstract

Public authorities process the taxpayer's personal data whether economical or not if there is a legal obligation or it is required for the public interest. It is usually accepted that there is a public interest to access the taxable information of the taxpayer, but the public interest here does not mean that there is a public interest in the publication and disclosure of the data in question. Protecting the taxpayer's reputation will become even more important, especially if the taxpayer's personal data contains not only economic but also sensitive data. Even if the right to be forgotten is not directly regulated in our legislation, the taxpayer can request the erasure of published data such as the "list of tax fraudsters" after a certain period. In addition, taxpayers should cooperate effectively with the administration before the publication of their data and determine which data will be published and they should be informed about it. In this study, it has been examined within the framework of Turkish legislation and the European Court of Human Rights decisions whether the taxpayer has the right to demand to erasure of the information published about him.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** KALYON, Arzu, “Vergi Mükellefinin İtibarının Unutulma Hakkı Kapsamında Korunması”, İnÜHFD, 15(1), 2024, s.69-80. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

While the principle of legality protects the individual, it also requires the state to take the necessary actions to collect taxes. The state must collect, archive, and sometimes disclose taxpayers' data for public expenditures. Payment of the taxes is a constitutional obligation for the taxpayer but also, taxpayer should be informed about data collected by the state, thus, they could ask for rectifying or erasing the data about themselves.

The right to be forgotten is a right that regulates the partial or complete erasure of a person's data that has been the subject of a publication in the past after a certain period. The right to be forgotten, like other fundamental rights and freedoms, is not unlimited. This fundamental right can be limited, especially if there is a legitimate purpose or public interest. However, the data should be stored for a limited period or deleted if there is no longer any public interest in storing it. In this study, we examine whether the personal data of taxpayers could be published if taxation obligations are not fulfilled. And we also examine if the taxpayer benefits from the right to be forgotten for their published personal data. We researched the answers to these questions in the light of current legislation and human rights court decisions.

Although there is no provision directly regulating the right to be forgotten, we examine Turkish Constitution, Protection of the Personal Data Law, the jurisprudences rendered by the Constitutional Court and Civil Court regarding the "right to be forgotten". And, since Türkiye has recognized the competence of the European Court of Human Right, we analyse in detail the decisions of the said Court.

Turkish Constitution Court and Civil Court have accepted "the right to be forgotten" on the base of the articles 17 and 20 of the Turkish Constitution. In their jurisprudences, it is stated that everyone has a right to claim to protect their dignity if there is no public interest to disclose the data. Also, the ECHR accepted that taxpayers' data is protected under the article 8 of the European Human Right Convention. ECHR examines the cases before it primarily based on the following three criteria: legality, legitimate aim, and necessity in a democratic society.

There should be a balance between the public interest in ensuring tax discipline and the economic well-being of the country and the interests of private persons in the protection of certain forms of data held by the state for tax collection purposes.

On the other hand, it is generally accepted that the state has discretionary power when the public interest and the taxpayer's interest are at stake. The margin of discretion of the state will tend to be narrower in cases where the right in question is crucial for the individual's fundamental rights. When it comes to a particularly important aspect of an individual's existence or identity. If the data is purely fiscal, the state has more discretion, and the margin will be constrained. In our opinion, there is no need for the taxpayer to prove the effects of the taxpayer being included in the list of major tax debtors by the Tax Office. Publicly publishing the taxpayer's identity on the list will undoubtedly negatively affect his reputation.

It will be necessary to examine whether the balance has been achieved between the public interest in ensuring tax discipline and the economic well-being of the country and, on the one hand, the interests of private persons in the protection of certain forms of data held by the state and on the other hand, in the protection of certain forms of data held by the state for the purpose of tax collection.

In our view, the right to be forgotten will also find application in terms of taxpayers because it is stated in the first sentence of Article 20 of the Constitution that everyone has the right to request the protection of personal data about their personal data. For example, the taxpayer whose name is mentioned in a tax penalty case has the right to prevent the decision in question from being published in the public domain without anonymity. In another example, the taxpayer whose name is published on the website may request the removal of his name based on Convention No. 108, to which Türkiye is a party, the ECHR jurisprudence, and the Constitution and Personal Protection Data Law in national legislation.

As a result, the legal and social justifications for publishing taxpayer debtor lists must be clear. It should be determined whether there is a conflict of fundamental rights regarding the protection of personal data with the lists in question. To establish the balance between social and personal interest, a minimum standard model must be established. The taxpayer should be involved in the process and the taxpayer, and the tax office must be in communication.

As a result, processing and subsequent disclosure should be in accordance with the constitutional rules contained in national legislation. Imposing sanctions on a person who does not pay his tax debt, the method and duration should be regulated in detail.

I. GİRİŞ

Vergi hukukunda mükelleflerin ödevlerinin yanı sıra haklarının olduğu da bilinmektedir. Mükellef haklarının yasal dayanakları ise başta Anayasa olmak üzere uluslararası anlaşmalar, kanunlar ve bunlara bağlı olarak yapılan düzenlemelerdir.

Verginin yasallığı ilkesi, keyfi vergilendirmeyi önleyerek mükellef için güvence sağlarken aynı zamanda devletin vergisel işlemleri yerine getirmesi için bir buyruktur¹. Bu işlemlerden biri de hiç şüphesiz mükellefin verilerinin toplanması, arşivlenmesi ve kimi zamanda ifşası olabilir. Nitekim, kamu ve internet arşivlerinin sürdürülmesinde çoğu zaman kamu yararı vardır. Kişilerin verilerin silinmesini istemede menfaati varsa çoğu zaman verilerin silinmemesi için de bir kamu menfaati olabilir. Bu durumda kamu makamları tarafından veri işlemenin, mükellefin verilerinin ifşasının bir kanuni temele dayanması gerekmektedir. Bu hukuki temelde, verilerin kamu makamları tarafından işlenmesi halinde veri sahiplerinin verilere erişim ve düzeltme hakkını vurgulamak önemlidir². Bu nedenle veri sorumlusunun işlemeyle ilgili olarak mükelleflere karşı şeffaf olması esastır³.

Vergi mevzuatına daha iyi uyumu teşvik etmek amacıyla, vergi ödeme yükümlülüğüne uymayanları ifşa etmek amacıyla yasal araçlar getirilmiştir. Ülkeler, daha fazla şeffaflık bayrağı altında, vergi kaçakçılığını engellemede bir araç olarak vergi mükelleflerinin kişisel verilerinin otomatik olarak işlenmesini kullanmaktadırlar⁴. Bu önlemler, temerrüde düşen kişinin geliri ve serveti, vergi borcu (tahakkuk edilen cezalar dahil) ve ilgili tüm yasal mahkumiyetler dahil olmak üzere vergi borçlusu sicillerinde verilerin yayımlanmasını içerebilir⁵.

Vergi mükellefinin itibarının korunması ve kendisine ait bilgilerin gizliliği hakkı vergi hukukunda vergi mahremiyeti olarak karşımıza çıkar⁶. Vergi mahremiyeti ile mükellefin özel hayatının gizliliği, kişisel verilerinin korunmasının amaçlandığı söylenebilir⁷. Zorunlu hallerde toplanan bilgiler, bazı durumlarda özel hayatın gizliliğini ihlal ederken, aynı zamanda kişisel verilerin ihlali de söz konusu olabilmektedir.⁸ Vergi kanunlarının uygulanması sırasında elde edilen bilgilerin, kişinin özel hayatı ile ilgili olduğu unutulmamalıdır⁹. Kişinin özel hayatı kavramına mesleki bilgi ve deneyimleri de girmektedir ve bu bilgilerin muhafazası aynı zamanda devlet için bir anayasal ödevdir (Anayasa 20. m.son fıkra). Vergi mahremiyeti kapsamında elde edilen bilgilerin alenileşmesini engellemek üzere çeşitli kanunlarda düzenlemelere yer verilmiştir (VUK 5. m.1. fıkra ve AATUHK m.107). Ancak mükellefin itibarının, özel hayatının ve kişisel verilerinin mutlak bir korunması söz konusu olmayıp¹⁰ Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) birtakım istisnalara yer verilmiştir.

Vergi mahremiyeti ve istisnalarını düzenleyen VUK'un 5. maddesinin 3. fıkrasına göre de mükelleflerin kesinleşmiş vergileri ve cezalarının ilgili Bakanlıkça açıklanabileceği düzenlenmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken açıklanacak olan vergi ve cezaların kesinleşmiş olması gerektiğidir. Vergilerin ve cezaların sadece tahakkuk etmesi kesinleşme için yeterli değildir; aynı zamanda vergi ve cezaların ödeme zamanının da geçmiş olması gerekmektedir. Alınan önlemler arasında “vergi mükellefi borçlu listeleri” yer almaktadır. Vakaların çoğunda, vergi mükellefi verilerinin isim vererek ve utandırılarak yayımlanmasına izin veren mevzuat mali kriz sırasında çıkarılmıştır. Bu, finansal kurumlara yönelik sosyal hoşnutsuzluğu ve ilgisizliği azaltma ihtiyacından kaynaklanmıştır. Ancak bu tedbirler, kişinin itibarını, özel ve aile hayatını ve kişisel verilerin korunması gibi bazı temel haklarını büyük ölçüde etkilediği için tartışmalıdır¹¹.

Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından en çok vergi verenin “vergi rekortmeni”, en çok vergi borcu bulunanın “vergi yüzüzü” olarak nitelendirildiği görülmektedir¹². Ancak, söz konusu listelerin yayımlanması kişinin hem vergi mahremiyetini hem de “lekelenmeme hakkını” ihlal etmektedir¹³. Söz konusu listeleri, kesin bir mahkeme kararına göre değil, çoğu zaman tahakkuk etmiş ancak zamanında ödenmemiş vergi ve cezaları için yayımlanmaktadır.

¹ GÜNEŞ, Gülsen: Verginin Yasallığı İlkesi, On iki levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s.21.

² AKÇAOĞLU, Ertuğrul: Vergi Mükellefinin Verilerinin Korunması, Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkının Vergi Hukukuna Etkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.61.

³ KLINGENBERG, A.M.: “Catches to the Right to be Forgotten, Looking From an Administrative Law Perspective to Data Processing by Public Authorities”, International Review of Law, Computers & Technologies, 30(1-2), 2016, s.67.

⁴ ATEŞ, Leyla: Dijital Platformlar Aracılığıyla Elde Edilen Gelir Bilgisinin Uluslararası Otomatik Değişimi ve Türkiye”, SÜHFD., 31(1) 2023, s.304.

⁵ OLIVARES, Bernardo D.: “The impact of GDPR on European Name & Shame Tax Defaulter Lists”, In Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, 35(3), 2019, s.241.

⁶ KALYON, Arzu: Türk Vergi Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.78.

⁷ GEDİK, Gülşen, “Vergi Mahremiyeti Hakkındaki Bilgilerin Basında Yayımlanması, Vergi Dünyası Dergisi, 317, 2008, s.130.

⁸ AKDAĞ, Hale: Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s.46.

⁹ ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan, Vergi Hukuku, 13. Bası, Ekin Yayın, Bursa 2022, s.121.

¹⁰ BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: “Vergilendirme Yolu ile Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, ULUSAN, İlhan/ ÖZTÜRK, Bahri(ed.), Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.157.

¹¹ GÜNEŞ, s.54.

¹² 12.09.2019 tarihli Milliyet Gazetesi Haberi, <https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/vergi-yuzuzleri-listesi-aciklandi-6032164>, (Erişim: 12.09.2023).

¹³ YILMAZ FURTUNA, Elif/BİLGİN, Sibel: “Kişisel Verilerin Korunması ve Lekelenmeme Hakkı Açısından Vergi Mahremiyeti”, SÜHFD, 30(2), 2022, s.748.

Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 3 Ağustos 2019 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 508 No’lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile VUK 5. maddeye dayanılarak gerekli usulü düzenlemeleri en son 2019 yılında yapılmıştır. Buna göre, vergi dairesine 250.000 TL ve daha fazla borcu olan ve aynı zamanda kesinleşen vergi ve cezası olan mükelleflerin ismi listede yayımlanabilecektir.

Ancak araştırmamıza göre en son 2019 yılında, vadesi geldiği halde borcunu ödemeyen vergi borçluları listesi yayımlanmıştır¹⁴. 2019 yılında bir tebliğ ile vergi borçluları en az 250.000 TL olanların yayınlanacağı belirtilmiş ancak buna ilişkin bir ilan 2020 yılından itibaren yayımlanmamaktadır. VUK 5. maddenin 4. fıkrası halen yürürlüktedir. Yasal olarak vergi borçluların yayımlanmasının önünde bir engel gözükmemektedir. Ancak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) yürürlüğe girmesi ile paralel olarak vergi borçluları listesinin yayımlanması da hukuken değil ancak fiilen sona ermiştir. Vergi mahremiyeti her ne kadar yürürlükte olsa da vergi kanunları ile birçok istisna getirilmiş ve VUK 5. maddesinde vergi mahremiyetini ihlal etmemekle yükümlü kişiler, sınırlı sayıda sayılmıştır. Bu da vergi mükellefinin korunması kapsamını oldukça daraltmaktadır¹⁵.

Unutulma hakkı ise, kişinin geçmişte bir yayına konu olmuş verilerinin belli bir süre geçtikten sonra kısmen veya tamamen silinmesini düzenleyen bir haktır¹⁶. Aynı zamanda, unutulma hakkı söz konusu veriye erişimin kaldırılmasını isteme hakkıdır¹⁷. Kişinin rızası dışında işlenmiş olan verilerinin üçüncü kişiler tarafından ulaştırılması halinde kişinin özel yaşamına saygı hakkı ihlal olacaktır. Unutulma hakkının kapsamına kişinin vergi numarası, sosyal sigorta numarası, meslek sıraları gibi mali nitelikteki bilgileri veya kan grubu, sağlık bilgileri gibi mali nitelikte olmayan bilgileri de girmektedir. Unutulma hakkı, diğer temel hak ve özgürlükler gibi sınırsız değildir. Özellikle kamuoyunun geçmiş olaylar hakkında bilgilendirilmesinde meşru amaç var ise bu hak sınırlandırılabilir. Ancak, verilerinin süresiz saklanması¹⁸ veya artık saklanması için kamu yararının bulunmaması durumlarında ise silinmesi gerekmektedir¹⁹. Vergi idaresi, işlediği verinin kişisel veri niteliği taşıdığı hallerde ise, “Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik” hükümlerini de dikkate almak ve uygulamak durumundadır²⁰.

Türk Ceza Kanunu (TCK) ile de kişisel verilerin korunması için cezai koruma getirilmiştir. KVKK yürürlüğe girene kadar, TCK’da düzenlenen kişisel verilere ilişkin suç tiplerinde “kişisel veri” kavramı olmaması uygulamada problem yaratmış, KVKK’nın yürürlüğe girmesi ve “kişisel veri” tanımının yer alması ile kişisel veri tanımı net olarak anlaşılmıştır²¹. TCK ile KVKK’yı karşılaştırdığımızda kişisel verilerin korunması alanında bir terim birliği bulunmamaktadır. Örneğin TCK’da kişisel verilerin yok edilmesi ifadesi yer alırken, KVKK’da kişisel verilerin, silinmesi, yok edilmesi ve anonim hale getirilmesi ifadeleri yer almaktadır. Kişisel verilerin silinmesi durumunda, silinen verilerin türlü yolla geri getirilebileceği düşünüldüğünde, silinmenin tam anlamıyla bir yok etme olmadığı göz ardı edilmemelidir²².

Bu çalışmada, vergi mükelleflerinin vergisel yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle isimleri, ev adresleri, vergi numaraları gibi kişisel bilgilerinin, yayımlanması durumunda, unutulma hakkından yararlanıp yararlanmayacağı güncel mevzuat ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışığında değerlendirilmiştir.

II. TÜRK VERGİ HUKUKUNDA UNUTULMA HAKKI

A. Normatif Temeller

Ulusal mevzuatımızda, unutulma hakkını doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmasa da Anayasa’nın 17, 20. maddesi ve KVKK kapsamında vergi mükellefi de dahil herkesin kişisel verilerinin, dolayısıyla itibarının korunmasını isteme hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın 17. maddesi herkesin kendi maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenlerken Anayasa’nın 20. maddesinin son fıkrası, herkesin kişisel verilerinin korunmasını talep etme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Fikrimizce, mükellefin itibarının korunmasını isteme hakkının söz konusu anayasa maddeleri ve KVKK kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Unutulma hakkı ile kişisel verilerin korunması iç

¹⁴ 12.09.2019 tarihli Milliyet Gazetesi Haberi, <https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/vergi-yuzsuzleri-listesi-aciklandi-6032164>, (Erişim: 12.09.2023).

¹⁵ NUR, Pınar: “Unutulma Hakkı Açısından Vergi Mahremiyetinin İstisnalarının Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası Dergisi, 42(500), 2023, s.43.

¹⁶ KARAKAŞ, Muhammed Emin: “Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması “Unutulma Hakkı” ve Türk Hukukunda Görünümü”, NEÜHFD, 3(2), 2020, s.267.

¹⁷ KARAN, Ulaş: “İnternette Haber Arşivlerinde Unutulma Hakkı: İfade Özgürlüğü İhlali mi, Özel Yaşama Saygı Hakkının Doğal Sonucu mu?”, Legal Hukuk Dergisi, 16(189), 2018, s.4208.

¹⁸ Cour Européenne Des Droits De L’Homme, Affaire Aycaguer c. France, Requête No 8806/12, 22.09.2017. (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024)

¹⁹ Cour Européenne Des Droits De L’Homme, Affaire Brunet c. France, Requête No 21010/10,18.12.2014. (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024)

²⁰ AKÇAOĞLU, s.156.

²¹ KILIÇ, Kerem: “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135)”, EBYÜHFD, 25(1), 2021, s.43.

²² ORHAN, Uğur: “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Kanunu Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler”, AUHFD, 70(4) 2021, s.1371.

çe geçmişir²³. Unutulma hakkının esas fonksiyonu, “özel hayatın gizliliği” ve “kişisel verilerin korunması” olduğu için²⁴ bunun yanı sıra, kişiye ait bir başka hak ve hukuki değer ihlali ayrıca aranmasına gerek yoktur²⁵.

Anayasa, pozitif hukukta en üst hukuk normudur ve Anayasa 11. maddesi gereği yasama, yürütme ve yargı organlarını ve diğer tüm idari kuruluşları bağlayan temel hukuk kuralıdır. Anayasa 17. ve 20. maddeleri de tüm vergi mükellefleri için koruma sağlamaktadır. Ancak, KVKK'nın devletin egemenlik alanının oldukça geniş olduğu vergi hukuku açısından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bazı çekinceler olabilecektir. Bu nedenle öncelikle, Anayasa'nın 20. maddesinin 4. fıkrasına dayanılarak çıkarılan KVKK'nın, verilerin kamu tarafından işlenmesi halinde uygulanıp uygulanmayacağını belirlemek gerekmektedir. KVKK'nın 28. maddesinin 1. fıkrasında “ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi” halinde kanunun uygulanmayacağı hakkında tam istisna düzenlenmektedir. Aynı zamanda kısmi istisnayı düzenleyen 28. maddenin 2. fıkrasının ç bendi “Kişisel veri işlenmenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.” halinde KVKK'nın aydınlatma yükümlülüğü, ilgili kişinin hakları ve tazminat istemeye ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Vergi mükellefinin karşısında “devletin ekonomik ve mali çıkarları” çıkmaktadır²⁶. Aslında mevcut KVKK bu haliyle vergi borçlu listesinin açıklanmasında tam olarak bir engel teşkil etmemektedir. Vergi borçluları listesi, KVKK28. maddenin istisnası kapsamında kabul edilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar istisna kapsamında olsa da vergi mükelleflerinin kişisel verilerinin korunması hakkından tamamen mahrum olduğunu kabul etmek mümkün değildir²⁷. Lakin, kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinde bir temel hak olarak tanımlanmıştır. Temel hak ve özgürlükler Anayasa 13. maddesi gereği sadece belirli koşullar altında, öze dokunmaksızın kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir (Anayasa m.2). Hukuk devletinde, yasama ve yürütüme tarafından vergilendirme yetkisinin Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılması gerekmektedir²⁸. Hukuk devleti ilkesinin alt ilkelerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesi gereği de vergi kanunlarının anlaşılabilir olması, belirgin olması, geçmişe yürümemesi ve kıyasa yer vermemesi gerekmektedir

B. Vergi Mükellefinin Unutulma Hakkı

Vergi, devletin kişinin özgürlüklerine en fazla müdahale ettiği alanlardan biri olduğu için hukuki güvenlik ilkesinin tam olarak uygulanması büyük önem taşımaktadır²⁹.

Aynı zamanda vergi mükellefinin de masumiyet karinesi ve adil yargılanma ilkesinin bir sonucu olarak lekelenmeme hakkı vardır. Lekelenmeme hakkı kişinin toplumdaki itibarının korunması olarak anlaşılabilir. Hakkında kesin hüküm verilmemiş kişilerin, toplum nezdindeki şeref ve itibarının korunması lekelenmeme hakkı gereğidir ve söz konusu hakkın vergi mahremiyeti ile ilişkisi vardır³⁰. VUK 5. maddenin son fıkrasında “Açıklanan bu bilgiler ele alınarak mükelleflerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz edilemez” denilerek vergi mükellefinin lekelenmeme hakkını da korumaktadır. Bu noktada devletten büyük gelir kaynağı olan verginin toplanması, verginin genelliği ve vergi yükünün adil dağıtılması ilkesi gereği kimi zaman tedbirler alabilir. Bu alınan tedbirler ile vergi mükellefin şeref ve haysiyeti ve kişisel verilerinin korunması hakkı ile ölçülü olmalıdır. Bunun için mükellefin itibarını zedeleyebilecek liste şeklinde kişisel verileri açıklanırken bazı ölçütler olmalıdır. Vergi şeffaflığı için vergi borçluları listesi açıklarken mükellefin temel hak ve özgürlüğü de korunmalıdır. KVKK'ya göre kişisel bilgi ifşasının, işleme amaçlarıyla ilgili olarak yeterli, ilgili ve gerekli olanla sınırlı olması gerekliliğini zorunlu kılar. Ancak, kimi zaman da vergi borçlularının mali durumuna ilişkin ifşa tedbirinin, iş ilişkilerinin şeffaflığına ve güvenilirliğine “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına” hizmet ettiği kabul edilmektedir. Burada mükellefin itibarı ve kamu menfaati arasında denge kurmak için fikrimizce vergi borçlu listesine alındığı KVKK ve Anayasa 20. madde gereği, öncelikle mükellefe bildirilmelidir. Bunun yanı sıra, vergi mükellefi mükellef hakları gereği tüm vergilendirme süreçleri ile bilgilendirilmelidir³¹. Aynı zamanda unutulmamalıdır ki mükellefin talebi üzerine bilgilendirilme hakkı VUK 413. maddesi ile de düzenlenmiştir.

KVVK'nın 10. maddesindeki amaç sınırlaması ilkesi gereği kişisel verilerin herhangi bir şekilde işlenmesi belirli, iyi tanımlanmış bir amaç için ve yalnızca Kanun ile uyumlu ek amaçlar için yapılmalıdır³².

²³ ÇELİK/YEŞİM: “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, TAAD, (32), 2017, s.391.

²⁴ AKKURT, Sinan Sami: “17.06.2015 Tarih, E.2014/4-56, K.2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Unutulma Hakkı”, AUHFD, 65(4), 2016, s.2614.

²⁵ SAYGIN, Didem/YILMAZ, Yağmur Ekin: “C-131/12- Google İspanya v. AEPD Davası ve 2014/19685 Numaralı C.K. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvurusu Kapsamında Avrupa Birliği Hukukunda Unutulma Hakkı ve Türk Hukuk Sistemine Yansıması”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 23(3), 2023, s.696.

²⁶ SABAN, s.388.

²⁷ YILDIZ, Yiğit: Kişisel Verilerin Korunmasının Vergi Mahremiyeti ile Etkileşimi, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 1(2), 2019, s.3, AKÇAOĞLU, s.62.

²⁸ ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami/GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s.51.

²⁹ BATI, Murat: Vergi Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.44.

³⁰ YILMAZ FURTUNA/BİLGİN, s.727.

³¹ ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.121.

³² AKÇAOĞLU, s.114.

Kişisel verilerin toplanmalarının asıl amacından bağımsız amaçlarla ifşa edilmesine ve kullanılmasına izin veren geniş yetkinin, başvuranın özel hayata saygı hakkına orantısız bir müdahale oluşturacaktır³³.

KVKK'nın 4. maddesinin 2. fıkrasının ç bendinde düzenlenen veri minimizasyonu ilkesi gereği kişisel verilerin yeterli, ilgili ve işlendikleri amaçlarla ilgili olarak gerekli olanla sınırlı olması gerekmektedir. Buna göre, kamuyu bilgilendirme amacı dışında hassas özel detayların aşırı ve gereksiz ifşası haklı kabul edilmeyecektir³⁴.

Kişisel verilerin, ilgili amaçlar için gerekli olandan daha uzun süre veri konularının tanımlanmasına izin veren bir biçimde tutulmasına ilişkin saklama sınırlaması ilkesi toplanma veya yayınlanma amaçları ışığında artık gerekli olmadığı durumlarda, zaman içinde silinmesine de karar verebilir ancak kimi durumlarda toplumun bilgi alma menfaati daha üstün ise kişi unutulma hakkından yararlandırılmamıştır.

Yayınlanan herhangi bir kişisel veri, vergi mükellefi listeleri ile amaçlanana ulaşmak için gereken minimum veri olmalıdır. Kamuya açık bilgilerin yalnızca vergi borçlusunun kimliğini ve ilgili temerrüde ilişkin sınırlı ayrıntıları içermesi gerekmektedir. KVKK'nın 4. maddesinin 2. fıkrasının d bendi gereğince verilerin yayın süresi sınırlandırılmalıdır. KVKK'nın 12. maddesine göre de temel veri koruma hakkıyla olan çatışma, uyumsuzluğun sıklığı, büyüklüğü ve türü gibi niceliksel ve niteliksel kriterler getirilerek dengelenmelidir.

KVKK'nın 11. maddesi uyarınca mükelleflere kimlikleri açıklanmadan bilgi verilmeli ve liste yayımlanmadan önce kişisel verilerin düzeltilmesi veya silinmesi imkânı tanınmalıdır³⁵.

Vergi borçluları listeleri, vergi şeffaflığını artırarak vergi mükelleflerinin daha iyi bir mükellef yapma amacı taşıyabileceği gibi sadece borcun tahsil edilmesi amacı da taşıyabilir. Örneğin, yalnızca önemli miktarda borcu olanların isimlerinin ifşası yerine vergisini düzenli ödeyen tüm kişilerin isimlerinin isteğe bağlı yayımlanması bireylerin vergi ödeme konusundaki inancını arttıracaktır. Unutulmamalıdır ki, vergi ödevi hukuksal bir ödevdir ve aynı zamanda mükellefin anayasal ödevidir³⁶.

İfşanın şekli ve süresi incelendiğinde, herhangi bir süre sınırı konulmamakta, 2018 yılının vergi borçlularının isimlerine bile halen ulaşılabilir olduğu görülmektedir. Listede olan kişinin listeden otomatik olarak geri çekilmesi için yasal düzenlemeler öngörülebilir veya listede ismin kalacağı süre sınırlaması getirilebilir.

Geçmiş yıllarda yayımlanmış ve gelecekte yayınlanacak olan vergi borçluları listelerinin KVKK ve ilgili yönetmeliklerle uyumluluğu sağlayan belirli düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Özellikle, vergi idaresi bilgilendirme yükümlülüğünü, verilerin en aza indirilmesini, düzeltme ve silme haklarının mükelleflerce ne zaman ve nasıl uygulanacağını düzenlenmelidir. Vergi idaresi borcu tahsilat hedefine ulaşmak için gerekli olan minimum verileri ifşa etmelidir. Yayımlama sürecinin mekânı incelendiğinde, vergi idarelerinin bilgilendirme yükümlülüğü ile düzeltme ve silme hakkını uygulaması için ideal an, veri sahibinin listeye alındığının ilk kez kendisine bildirildiği zaman olması şeklinde düzenlenmesi uygun olacaktır.

Unutulmamalıdır ki, vergi borçlu listelerinin yayımı veya ödenmemiş vergi borçlularının ifşası her zaman tahakkuk etmiş ancak kesinleşmiş yani süresinde ödenmemiş vergi borçluları için yapılan bir eylem olarak anlaşılmaktadır. Tahakkuk ile vergi borcu kesinleşmemiş olsa bile idare tarafından artık tahsil edilebilir safhaya gelmektedir. Verginin tahakkuk etmesi tahsili için geçerli hukuki sebebi oluşturur³⁷. Vergi borcunun tahakkuk ettirilmesi için gerekli aşamaları yerine getirmiş mükellefi, kayıt dışı ekonomi gerçeği ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Tahakkuk ile devletin vergi “alacak hakkı” doğmuş olduğundan³⁸ ifşanın da ölçülü olması alacak hakkını tehlikeye düşürmeyecektir. Aksine, çok katı ifşa kurallarının uygulanması, mükellefleri vergiyi doğuran olayın meydana geldikten sonra yapması gereken işlemleri geciktirebilir veya aksatabilir.

Diğer taraftan, borçlu listelerinin yayımlanmasının ödenmemiş vergi borçlularının tahsili için yararlı bir önlem olduğunu düşünülebilir. Vergide adalet ilkesi gereği herkesin mali gücüne göre kamu hizmetlerinin finansmanına katılması beklenmektedir (Anayasa m.73). Vergi adaletinin sağlanması için iki ilke geçerlidir. Öncelikle genellik ilkesine göre herkes vergi ödemekle yükümlü olacaktır, herkesin mali güce göre vergi ödemesi de vergi adaletinin ikinci unsurudur³⁹. Vergisini ödemeyen mükelleflerin, ifşa yoluyla listelenmesi bir bakıma vergisini ödeyen mükellefler için bir motivasyon olacaktır.

Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerini de göz ardı etmeden, kişinin her zaman kendisine “yeni bir sayfa açma” hakkı olduğu unutulmamalıdır. Örneğin, hakkında daha önce iflas kararı verilmiş kişinin, bu haberin silinmesini isteme hakkı olmalıdır. Söz konusu haber sınırsız süre internette yayımlanırsa, kişinin bir daha

³³ European Court of Human Rights, Case of Surikoy v. Ukraine, Application No: 42788/06, 26.04.2017. (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024)

³⁴ European Court of Human Rights, Case of Khadija Ismayilova v. Azerbaijan, Applications No: 65286/13 and 57270/14, 10.04.2019. (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024)

³⁵ OLIVARES, s.122.

³⁶ SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s.16.

³⁷ ŞENYÜZ/YÜCE/GERÇEK, s.164.

³⁸ SABAN, s.279.

³⁹ KUMRULU, Ahmet: Vergi Hukukunun Bir kısmı Anayasal Temelleri”, AUHFD, 36(1-4), 1979, s.156-157.

ticari ve mesleki hayatına başlaması imkânsız hale gelebilecektir⁴⁰. Mevcut dijital gelişmeler ışığında bir verinin bir kez internette yer aldıktan sonra bir daha asla söz konusu verinin internette yer almayacak şekilde ortadan kaldırılması çok zordur⁴¹. Bu noktada kişilerin kendisi ile ilgili haberlerin silinmesini talep etme hakkı her zaman var mıdır, haberlerin silinmemesinde toplum menfaatinin olup olmadığına bakılması gerekmekte midir konuları tartışmalıdır. Toplum menfaati, basın özgürlüğü gibi değerler kişinin unutulma hakkı ile çatışması halinde nasıl bir yol izlememiz gerekeceği her olaya özgü ayrı değerlendirilmelidir. Kamu menfaati gereği, kişi ile ilgili haberin yayımlanması kişinin özel hayatının korunması hakkında daha baskın ise söz konusu haber kişinin özel hayatı ile ilgili olsa bile yayımlanabilir. Ancak, bu noktada önemli olan yayımlanma süresidir. Genel kaniye göre yayımlanması süresi ne kadar uzarsa toplum menfaati de gittikçe azalacaktır. Unutulma hakkı da kişinin verilerinin sınırsız olarak yayımlanmasını, şimdiki zamanla bir ilgisi kalmayan geçmiş yıllara ait bir bilginin etkilileri nedeniyle kişinin yaşamının olumsuz etkilenmesini engelleyecektir⁴². Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar unutulma hakkı ile ilgili açık bir düzenleme Türk hukukunda mevcut değilse de unutulma hakkının hem Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükler temelinde hem de KVKK kapsamında düzenlenmektedir. KVKK’nın 7. maddesi ile kişisel verilerin silinmesi düzenlenmiştir. Bu bendi inceldiğimizde verilerin artık saklanması için bir yarar kalmadığı zaman silinmesi düzenlenmektedir. Fikrimizce buradaki temel ilkeler de unutulma hakkına dayanak teşkil etmektedir⁴³.

Anayasa’nın “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi yaşamı”nı düzenleyen 17. ve “özel hayatın gizliliği”ni düzenleyen 20. maddelerine dayanarak, Anayasa Mahkemesi geçmiş suçlara ilişkin eski internet haberlerine erişimin engellenmesinde unutulma hakkını tanımıştır. Anayasa Mahkemesi’nin unutulma hakkı hakkında verdiği bir kararında⁴⁴ başvurucunun şeref ve itibarının korunması için internette yayımlanmış habere erişimin engellenmesine karar vermiştir. Her ne kadar söz konusu karar doğrudan vergi mükellefi ile ilgili olmasa da altı çizilen temel ilkeye göre kişinin internette şeref ve itibarına zarar verecek ve güncelliği kalmamış haberlerin silinmesi gerekmektedir. Yargıtay da bir ceza davasındaki unutulma hakkını Anayasa 20. maddesindeki kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında tanımıştır⁴⁵. Buna göre, dijital veya fiziksel ortamda yayımlanmış veriler “geçersiz, eksik, tamamen ilgisiz veya sonradan ilgisiz hale gelmiş” ise artık bu verilerin silinmesi gerekmektedir.

KVKK’nın 16. maddesinin f bendinde, veri sorumlusu tarafından kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan “azami süre”nin belirlenmesi öngörülmüştür. Fikrimizce de bu düzenleme, kişinin verilerinin işlenmesinde ifşa edilmesinde kamu menfaati olsa bile, unutulma hakkına dayanak teşkil edecektir. Bunun yanı sıra, “kişisel verinin işlenmesindeki objektif amacın kaybolması” gibi durumlarda da belirtilen azami süreden öncede kişisel verilerin silinmesi talep edilebilmelidir.

Hukuki düzenlemeleri incelediğimizde, hukukumuzda unutulma hakkının, belli koşulların gerçekleşmesi halinde ileri sürülebileceği ve kişisel verilerin korunması hakkının bir görünümü olduğu⁴⁶ görülmektedir. Oysaki, unutulma hakkının devletlere pozitif yükümlülük yükleyen bir insan hakkı olarak mevzuatımızda yer alması gerekmektedir⁴⁷.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA UNUTULMA HAKKI

AİHS’nin, vergi hukuku ile ilgili de uygulama alanı bulunmaktadır⁴⁸. AİHM kararlarını incelediğimizde mükellefin mülkiyet hakkı, adil yargılanma hakkı, özel hayatına saygı, ayrımcılık olmak üzere çeşitli konularda kararlar verilmiştir⁴⁹. Vergilendirme, tüm ekonomik menfaatler anlamında mülkiyet hakkına bir müdahaledir; ancak bu müdahalenin meşru olup olmadığı AİHS çerçevesinde ölçülmektedir⁵⁰. AİHM vergi ile ilgili uyumsuzluklarda karar verirken sıkı bir şekilde AİHS’nin özel ifadesi ile bağlı kalmamış ama devletin vergilendirme yetkisine de saygı göstermiştir⁵¹. Bu nedenle kişinin mülkiyet hakkı ile vergilendirme yetkisi arasında bir denge olması gerektiği kararlara yansımıştır. Denge kurarken kullandığı araçları, devletin takdir yetkisi ve ölçülülük olarak sıralayabiliriz. AİHM hakkın sınırlandırılması hakkında karar verirken demokratik bir toplumda gereklilik konusunda devletin takdiri olduğunu

⁴⁰ CANYAŞ, Oytun, BAYATA CANYAŞ, Aslı: “Approach Towards the Right to be Forgotten under Turkish Law in Comparison with EU and US Laws: a Need for Reform?”, *Judicial Tribune Journal*, 11(2), 2022, s.175.

⁴¹ SALİHPAŞAOĞLU, Salih/DEĞİRMENCİOĞLU, Burcu: Unutulma Hakkının bir “İnsan Hakkı”na Dönüşme Yolculuğu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(2), 2020, s.368. NALBANTOĞLU, Seray: “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, *TAAD*, (35), 2018, s.601.

⁴² ALESSANDRO, Mantelero: “The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the ‘Right to be Forgotten’ In Computer Law and Security Review”: *The International Journal of Technology and Practice*. 29(3), 2013, s.230.

⁴³ ELMALICA, Hasan, “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, *AUHFD*, 65(4), 2016, s.1631.

⁴⁴ AYM, N.B., B.N. 2013/5653, 03/03/2016, (anayasa.gov.tr) (Erişim: 12.01.2024).

⁴⁵ Yargıtay HGK, 17.06.2015, E.2014/4-56, K.2015/1679.

⁴⁶ ELMALICA, s.1603.

⁴⁷ SALİHPAŞAOĞLU/DEĞİRMENCİOĞLU, s.381.

⁴⁸ ARSLAN ÖNCÜ, Gülay: “Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği”, *TAAD*, 6(20), s.159.

⁴⁹ YALTI, Billur: *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s.46.

⁵⁰ YALTI, s.49.

⁵¹ YALTI, s.44.

belirtmektedir. Ancak yine de AİHS'den farklı olarak devletler, hakkın kısıtlanmasında meşru amacı olduğunu ve bunun toplumsal acil ihtiyaç için gerekli olduğunu ispatlamalıdır⁵². Bir vergi mükellefinin kimliğinin ifşa edilmesinin haklı gerekçesi, her bir devletin ödenmesi gereken vergiyi tahsil etme konusundaki temel mali çıkarı olarak gösterilir. Aynı zamanda, ifşa tüm mükellefleri vergi yükümlülüklerine uymaya iten daha fazla vergi mükellefi şeffaflığı kurallarına da katkıda bulunur⁵³.

Ancak ifşa, bir vergi mükellefinin kişisel verilerini koruma hakkına ters düşebilir. Mükellefler, kişiler hakları ve kişisel verilerin yaklaşmakta olan işlenmesi hakkında açıkça bilgilendirilmelidir. Bu hak, kişilere kişisel bilgilerinin işlenmesini kontrol etme yetkisi verir ve verilerin veri sorumluları tarafından şeffaf bir şekilde yasal, adil ve adil bir şekilde işlenmesini gerektirir. Ancak mükellefin kişisel verilerinin korunması hakları mutlak değildir ve analiz edeceğimiz gibi zaman zaman diğer çelişen çıkarlarla dengelenmesi gerekmektedir.

Vergi bilgilerinin ifşası, tüm ülkelerde genel vergi gizliliği kuralın bir istisnasıdır. Ancak AİHM kararlarında vergi idaresi tarafından vergi mükellefinin verileri korumak için idarenin birtakım tedbirler alması gerektiğini belirtmesi önemlidir⁵⁴. AİHM'nin bir kararında, ulusal veri tabanında saklanan kişisel verilere erişimin kötüye kullanılmasına karşı yeterli güvencelerin bulunmadığı iddiası tartışılmıştır. Mahkeme, başvuruyu İtalyan hükümetine bildirmiş ve İtalyan hükümetine sorular yöneltilmiştir. AİHM, Vergi Mükellefleri Bilgi Servisi (Servizioper le informazionisulcontribuente – Ser.P.I.Co.) veri tabanında saklanan kişisel verilere erişimin kötüye kullanılmasına karşı yeterli güvencelerin bulunup bulunmadığını araştırmıştır. AİHM aşağıdaki soruları İtalyan hükümetinden yanıtlamasını istemiştir:

- “(a) veri tabanında toplanan veriler;
- (b) veri tabanında veri saklama süresinin uzunluğu;
- (c) veri tabanına erişimi olan organlar veya yetkililer;
- (d) veri tabanında saklanan verilerin hangi amaçlarla kullanılabilmesi;
- (e) veri tabanındaki aramaları kim ve nasıl yetkilendirebilir;
- (f) iç hukuka uygunluğu gözden geçiren organlar veya yetkililer.”

Mahkemenin, İtalyan hükümetine sorduğu sorulardan yola çıkarak denilebilir ki, devletler mükellef verilerini toplarken aynı zaman kötüye kullanıma karşı bir takım somut tedbirler de almalıdır. Ayrıca, devletler, verilerin kötüye kullanıma karşı geçerli koruma mekanizmalarını ayrıntılı tanımlamalıdır.

Bir diğer dava konusu olayda, mükellefin kişisel verilerinin yayımlanması AİHS 8. maddenin ihlali iddiası ile AİHM önüne gelmiştir. AİHM öncelikle kişisel veri yayımının 8. madde kapsamına girip girmediğini incelemiş ve vergi mükellefinin verilerinin ifşa edilmesini 8. madde de korunan özel hayatın korunması hakkına bir müdahale teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir. AİHM süregelen içtihatları ile özel hayat kavramının tanımın yapılmasını mümkün olmadığını ve bunun çok geniş bir kavram olduğunu yinelemiştir⁵⁵. Bununla birlikte, bir kişinin itibarına yönelik bir saldırının belirli bir ciddiyet düzeyine ulaşması ve özel hayata saygı hakkının kişisel olarak kullanılmasına hanel getirecek şekilde yapılması halinde, 8. maddenin kapsamına gireceğini vurgulamıştır⁵⁶. Ancak, itibar kaybı iddiasının kişinin kendi eylemlerinin öngörülebilir bir sonucu olduğu durumlarda, örneğin bir suçun işlenmesinde, 8. maddeye dayanılmayacağı belirtilmektedir. Buna göre denilebilir ki, AİHM kişinin işlediği suçun mahiyeti ve hakkında yayımlanan bilgilerin doğruluğu söz konusu olduğunda kişinin gizliliğinin korunması konusunda esnek davranmıştır. Ancak, mükellef hakkında ifşa edilecek olan bilgilerin özellikle ticari itibarının sarsılması vb. gibi onun hakkında ciddi sonuçlara yol açabileceği göz ardı edilmemelidir⁵⁷.

Mahkeme, yetkililer tarafından tutulan kişisel bilgilerin herhangi bir özel hayat unsuru içerip içermediğini belirlerken, söz konusu bilgilerin neden ve hangi konu ile ilgili kaydedildiği ve tutulduğu, kayıtların niteliğini, bunların alınma şeklini dikkate alacaktır. Kayıtların kullanılması ve işlenmesi prosedürleri de açık olmalıdır.

AİHM, önüne gelen davalarda öncelikle şu üç kriter üzerinden inceleme yapmaktadır: kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik. Mükellef özel hayatına ilişkin verilerin kanunla yayımlanması ve yasallığı konusunda genellikle mahkeme içtihatlarında tartışma yoktur, çünkü devletler genelde bir kanuni düzenleme ile verilerin yayımlanması karar vermektedir. Asıl sorun kanuni düzenlemenin “meşru amaç” taşıyıp taşımadığı hususundadır Meşru amaç (legitimate aim) oldukça geniş bir kavramdır ve esnek yorumlanabilir⁵⁸.

Mükellefin kişisel verilerinin vergi borcunu yerine getirmede için yayımlanması bir kanun tarafından öngörülen bir düzenleme sonucu olsa da devlet, bunun meşru amacı olduğunu ve demokratik

⁵² YALTI, Billur: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yakın Tarihli İchtihadında Mülkiyet Hakkı İhlalleri: N.K.M ve Yehova Şahitleri Kararları: Ağır Vergilendirme ve Ayrımcı Vergilendirme”, Vergi Sorunları Dergisi, (300), 2013, s.67.

⁵³ BAŞARAN YAĞAŞLAR, Funda/CANYAŞ Oytun: “Türkiye’de Vergi Şeffaflığı”, Vergi Dünyası Dergisi, 37(443), 2018, s.17.

⁵⁴ European Court of Human Rights, Casarini v. Italy, Application No: 25578/11, 01.03. 2021. (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim:12.01.2024)

⁵⁵ OVEY, Clara/WHITE, Robin C.A.: The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2002, s.198.

⁵⁶ European Court of Human Rights, Case of Axel Springer AG v. Germany, Application No: 39954/08, 07.02.2012. (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024).

⁵⁷ AKÇAOĞLU, s.53.

⁵⁸ YALTI, s.63.

toplumda bir gereklilik olduğunu ispatlaması gerekecektir⁵⁹. Mahkeme'nin incelemesinin asıl odak noktası, kısıtlamanın gerekli (necessary) veya haklı olup (justified) olmadığı, yani ilgili ve yeterli nedenlere dayalı olup olmadığı ve izin verildiği amaç veya gerekçelerin orantılı olup olmadığıdır. Bu amaçlar ve gerekçeler, gereklilik veya gerekçelendirilmenin ölçüldüğü kistaslardır.

Bununla birlikte, söz konusu bir davada mükellef, borçlu listesi yayımlama amacının kamuoyunda küçük düşürmek olduğunu ve ulusal yasama organı tarafından vergi dairesinin amaçlanan sonuca ulaşıp ulaşılmadığını hiçbir zaman değerlendirmedini ileri sürerek meşru amaç olmadığını iddia etmiştir. Davalı hükümete göre ise, vergi borçlu listelerinin yayını, caydırıcılık yoluyla vergi uyumunu artırarak ülkenin ekonomik refahına katkıda bulunmuştur. Potansiyel iş ortaklarını bilgilendirerek ve eşit yük paylaşımını (vergi yükünün eşit paylaşımı) sağlayarak başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına da hizmet etmiştir.

Hükümet tarafından başvuru amaçlarından ilki olan "ülkenin ekonomik refahının ... çıkarlarının" gözetilmesi ile ilgili olarak, vergi tahsilatının güvence altına alınmasının ekonomik ve sosyal bir araç olduğu fikrimizce de tartışmalıdır. Devletin politikası ve vergi gelirlerini optimize etmenin meşru amaca denk geldiği kabul edilmektedir. Vergi mükelleflerinin uyumsuzluğunu gidermeyi hedef alan bir önlem, vergi sisteminin etkinliğini artırmayı amaçlamaktadır. Büyük vergi borçlularının verilerinin kamuya açıklanması, vergi uyumsuzluğu olasılıklarını azaltmak ve vergi mükelleflerini vergi borçlarını ödememekten caydırmak için tasarlanmıştır. Tedbirin ilke olarak vergi disipliniyle iyileştirmeler sağlamayı amaçladığını ve bu amaca ulaşabilecek kapasitede olabileceğini kabul etmektedir. Mükelleflere kamuya ifşadan önce borçlarını ödemeleri halinde, listede yer almayacaklarının bir bildirim yapılması ile kimi ülkelerde uzlaşma yolu ile vergi borçlarının tahsili başarı ile gerçekleştirmiştir⁶⁰.

Bir diğer kriter olan, müdahalenin "acil bir toplumsal ihtiyaca" (pressing social need) cevap vermesi, özellikle ulusal makamların müdahaleyi gerekçelendirmek için ileri sürdükleri bir argümandır. Hükümet tarafından kullanılan "araç" (vergi borçlu listeleri), "ilgili ve yeterli" ise, meşru bir amaca ulaşılması için meşru amaç ile orantılı ise, "demokratik bir toplumda gerekli" kabul edilecektir.

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 8. maddesine ilişkin içtihadı ışığında, vergi dairesi tarafından vergi ödeme yükümlülüklerini yerine getirmemesine ilişkin olarak mükellefin yayımlanmış adı ve ev adresi gibi veriler anlaşılmaktadır. Ayrıca mükellefin vergi numarasını yayımlanması da kişisel verilerin ihlalidir. Pek çok yerde vergi numarası ile kişinin diğer özel bilgilerine erişilebilmektedir⁶¹.

Vergi dairesi tarafından mükellefin büyük vergi borçluları listesinde yer almasının etkilerini mükellefin kanıtlanmasına da fikrimizce ihtiyaç yoktur. Mükellefin kimliğinin listede açık bir şekilde yayımlanması hiç kuşkusuz ki itibarını olumsuz bir şekilde etkileyecektir.

Vergi disiplini ve ülkenin ekonomik refahının sağlanmasındaki kamu menfaati ile özel kişilerin, vergi tahsilatı amacıyla devlet tarafından tutulan belirli veri biçimlerinin korunmasına ilişkin çıkarları arasındaki dengenin sağlanıp sağlanmadığını irdelemek gerekecektir.

Genellikle kamu menfaati ve mükellefin menfaati çatıştığında, devletin takdir yetkisi daha ağır basmaktadır. Devletin takdir yetkisinin marjı ise söz konusu hakkın, bireyin mahrem veya temel haklardan etkin şekilde yararlanması için çok önemli olduğu durumlarda daha dar yorumlanmaktadır. Bir kişinin varlığının veya kimliğinin özellikle önemli bir yönü söz konusu olduğunda, marj kısıtlanacaktır.

Mahkeme, kişisel verilerin yayınlanmasından kaynaklanan bir müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğunu değerlendirirken, açıklanan bilgilerin niteliğini ve sağlık durumu gibi bir bireyin en mahrem yönleriyle ilgili olup olmadığını dikkate almıştır⁶². Buna karşılık Mahkeme, kişilerin kimlikle yakından bağlantılı verilerin aktarımını içermeyen tamamen mali bilgilerin, gelişmiş korumayı hak etmediğini değerlendirmiştir⁶³.

AİHM'ye üye devletler arasında da vergi mükelleflerinin hangi kişisel verilerini ifşa edebileceği ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı zamanda, ödenmemiş vergi borcunun miktarı ve vergi borçlarının ne kadar süreyle ödeneceği de dahil olmak üzere yayın ön koşulları açısından ulusal mevzuatta büyük farklılıklar olduğu belirtilmelidir. Türk hukuku açısından ise, yukarıda da belirtildiği üzere, belli bir miktarın üstünde ödenmemiş vergi borçlarının ifşası söz konusudur.

AİHM, 2023 yılının mart ayında, Macar vergi makamları tarafından bir iş adamının isminin yayımlanması nedeniyle onun mahremiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁴. Kararda başvuru mahremiyetinin ihlal edildiğini belirtirken doğrudan unutulma hakkına dayanmıştır. AİHM başvurusunun hak ihlalini kabul ederken veri minimizasyon ilkesi gereğince kişinin ev adresinin vb. bilgilerinin

⁵⁹ European Court of Human Rights, Case of L.B. v. Hungary, Application No: 36345/16, 9.03.2023 (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024).

⁶⁰ Vietnam's Name and Shame Corporate Tax List Gets Quick Success", Boudreau, John, Uyen, Nguyen Dieu Tu, Bloomberg.com, 7/24/2015, Vietnam's Name-and-Shame Corporate Tax List Enjoys Success - Bloomberg (Erişim: 15.09.2023).

⁶¹ European Court of Human Rights, Case of Samoylova v. Russia, Application No: 49108/11, 14.03.2022. (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024).

⁶² European Court of Human Rights, Case of Z v. Finland, Application No: 22009/93, 25.02.1997. (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024).

⁶³ European Court of Human Rights, Case of G.S.B. v. Switzerland, Application No: 28601/11, 22.03.2016.(www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024).

⁶⁴ European Court of Human Rights, Case of L.B. v. Hungary, Application No: 36345/16, 9.03.2023 (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim: 11.01.2024).

yayımlanmasını özel hayatın ihlali olarak değerlendirmiştir ve idare tarafından ekonominin şeffaflığı gerekçesiyle kişinin vergi borcuyla birlikte ev adresinin de yayımlanmasını orantılılık ilkesine aykırı bulmuştur.

Mahkeme, vergi ödeme yükümlülüklerini yerine getirmeyen vergi mükelleflerinin kişisel verilerinin yayımlanmasına yönelik bir plan oluşturma ihtiyacını değerlendirirken, devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu kanaatinde. Ancak devletler takdir yetkisini kullanırken sınırsız değildirler. Söz konusu bilgilerin yayılmasındaki kamu yararı, açıklanan bilgilerin niteliği, ilgili kişilerin özel hayatlarının kullanılması üzerindeki etkileri ve zarar görme riski, bilginin yayılması için kullanılan ortamın, özellikle internetin potansiyel erişimi ve ayrıca amaç sınırlaması, depolama sınırlaması, veri minimizasyonu ve veri doğruluğu dahil olmak üzere temel veri koruma ilkelerine İdarenin uyması gerektiğini belirtmiştir.

Unutulma hakkı ile ifade özgürlüğü çatışmasında ise, adil denge çoğu zaman ilkinde yanadır⁶⁵. Unutulma hakkına konu verinin niteliği ve kamu ile ilgisine göre iki temel hak arasında adil denge kurulacaktır. İfade özgürlüğünün üstün tutulduğu AİHM kararında, ilgili verinin yayımlanmasında genel kamu menfaati ve bilgilerin doğruluğu göz önüne alınmaktadır⁶⁶. Unutulma hakkının ifade özgürlüğüne üstün tutulduğu bir diğer kararda ise, internette yayımlanan verinin kamunun genel menfaatini ilgilendiren bir konuyu tartışılmasına katkısı olmadığı ve verinin internette bir kez yayımlanmasından sonra sonuza dek ulaşımda kalma olasılığı göz önüne alınmıştır⁶⁷. Buna göre denilebilir ki, kişisel verileri yayımlayanlar buna ilişkin toplumda meşru bir amaç olduğunu ortaya koymak durumundadır. Verilerin üçüncü kişiler tarafından ulaşılabilir olmasında meşru bir amaç yok ise o zaman da verisi yayımlanan kişinin verilerinin silinmesini ve kaldırılmasını talep etme hakkı verilmelidir⁶⁸.

Vergi mükelleflerinin ev adreslerini içeren vergi mükellefi verilerinin sistematik olarak yayımlanması göz önüne alındığında, Mahkeme, davalı devletin takdir marjına rağmen, hak ihlaline karar vermiştir. Mahkeme, verileri süresiz olarak saklanması, kişiye verilerinin silinmesi için başvuru hakkı verilmemesi, artık gerekli olan verilerin silinmesi için gerekli güvencelerin verilmemesi, hassas nitelikte veriler için azami saklama süresi bulunmaması, durumlarında devletlerin takdir marjlarını aştığı görüşündedir.

Sonuç olarak, unutulma hakkı da mutlak değildir. Kamu yararı ne kadar önemli olursa olsun, kişinin mahremiyetine ilişkin müdahale ile kamu yararı arasında adil denge her zaman kurulmalıdır⁶⁹.

IV. SONUÇ

Unutulma hakkı, üstün bir kamu yararı olmadığı sürece vergi mükellefleri açısından da uygulama alanı bulacaktır. Yukarıda incelenen mahkeme kararlarında görülmektedir ki üstün bir kamu yararı bulunmadığı sürece kişilerin verilerinin hem kamu hem de internet arşivinden belirli bir süre sonra silinmesi gerekmektedir. Özellikle kişinin itibarı ve geleceğine etkileyecek nitelikteki haberlerin basın özgürlüğü veya kamu yararı için süresiz saklanması çoğu zaman kamunun menfaati görülmemiştir. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, Anayasamız ve KVKK gereği de işleme amacı ortadan kalkan verilerin silinmesi, kişinin kendine yeni bir gelecek kurmak için fırsat verilmesi aynı zamanda devletin pozitif yükümlülüklerindedir.

Üstün bir kamu yararı olması durumunda ise vergi mükellefi borçlu listelerinin yayımlanması için yasal ve sosyal gerekçeleri belirli olmalıdır. Bilgilerin web sitesinde sınırsız bir süre için işlenmesi ve saklanması fikrimizce KVKK ve Anayasal mevzuat gereği mümkün değildir.

Söz konusu listeler ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel hak çatışması olup olmadığı belirlenmelidir; bir çatışma durumunda ise toplumsal ve kişisel çıkar arasındaki dengeyi kurmak için asgari standart bir model oluşturmalıdır (listede yayımlanma süresi, listeden kaldırılma koşulları vb.).

Kamu makamlarının verileri işlemeye başlama sebepleri kati bir şekilde düzenlenmeli ve mükellefe açık erişim hakları ve de veri konusu için düzeltme hakkı sağlanmalıdır. Saklanmasında kamu yararı kalmayan verilerin silinmesi, arşivden kaldırılmasında da çoğu zaman mükellefin bir yararı vardır. Çözüm önerimiz, mahkeme mali bir ceza gibi vergi hakkında kesin karar verdiğinde bunun yayımlanması; kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmadan yayımlanmaması gerekmektedir. Sonuç olarak, vergi mükellefinin verilerinin işlenmesi ve kamuya açık hale getirilmesi anayasa ve kanunlarda belirtilen ilkelere ayrı düşünülemez. AİHM kararlarında görüldüğü üzere vergi borcunu ödemeyen kişiye yaptırım uygulanması, yöntem ve süre her ülke için önemli farklılıkları ortaya koymaktadır. Ancak genellikle eksik olan mükellefin sürece dahil edilmemesidir. Fikrimizce, mükellef sürece etkin bir şekilde dahil edilmelidir. Mükellef ile vergi dairesi iletişim halinde olmalı, mükellefe kamuya ifşadan önce de vergi ve borçlarını ödemesi için bir şans yaratılmalıdır. Ancak mükellefin verileri sadece ekonomik nitelikte ise unutulma hakkı, kişisel verilerin silinmesini talep etme hakkı, bu durumda, kişinin haklarının korunmasında sınırlı bir rol oynayacaktır.

⁶⁵ OCAK, AYŞENUR: “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, TAAD, 33, 2018, s.526.

⁶⁶ European Court of Human Rights, Case of Węgrzynowski and Smolczewski v. Poland, Application No: 33846/07, 16.7.2013, para. 65. (www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim:12.01.2024)

⁶⁷ European Court of Human Rights, Case of Axel Springer AG v. Germany, Application No: 39954/08, 7.2.2012(www.hudoc.echr.coe.int) (Erişim:12.01.2024)

⁶⁸ KARAN, s.4212.

⁶⁹ GEDİK, s.137.

KAYNAKÇA

- AKÇAOĞLU, Ertuğrul: Vergi Mükellefinin Verilerinin Korunması, Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkının Vergi Hukukuna Etkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- AKDAĞ, Hale: Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınları, Ankara 2013.
- AKKURT, Sinan Sami: “17.06.2015 Tarih, E.2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Unutulma Hakkı”, AUHFD, 65(4), 2016, s.2605-2635.
- ALESSANDRO, Mantelero: “The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the ‘Right to be Forgotten’ In Computer Law and Security Review”, The International Journal of Technology and Practice, 9(3), 2013, s.229-235.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay: “Vergi Hukuku ve Yargılamasına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanabilirliği”, TAAD, 6(20), s.139-190.
- ATEŞ, Leyla: Dijital Platformlar Aracılığıyla Elde Edilen Gelir Bilgisinin Uluslararası Otomatik Değişimi ve Türkiye”, SÜHFD, 31(1) 2023, s.297-324.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda/CANYAŞ Oytun: “Türkiye’de Vergi Şeffaflığı”, Vergi Dünyası Dergisi, 37(443), 2018, s.1-19.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: “Vergilendirme Yolu ile Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahalede Sınır”, ULUSAN, İlhan/ÖZTÜRK, Bahri (ed.), Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda: “Vergilendirme Yolu ile Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahale”, in Ulsan, İlhan/Öztürk, Bahri (ed.), Kamu Hukuku Sempozyumu, Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Alanlarında Kamunun Önderliği ve Bireysel Özerklik Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.147-202.
- BATI, Murat: Vergi Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- CANYAŞ, Oytun/BAYATA ANYAŞ, Aslı: “Approach Towards the Right to be Forgotten Under Turkish Law in Comparison with EU and US Laws: A Need for Reform?”, Judicial Tribune Journal, 11(2), 2012, s.174-202.
- ÇELİK, YEŞİM: “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansımaları Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, TAAD, (32), 2017, s.391-410.
- DÜLGER, Murat Volkan: “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İMUHFD, 3(2), 2016, s.101-167.
- ELMALICA, Hasan: “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, AUHFD, 65(4), 2016, s.1603-1636.
- GEDİK, Gülşen: “Vergi Mahremiyeti Hakkındaki Bilgilerin Basında Yayımlanması, Vergi Dünyası Dergisi, (317), 2008, s.125-138
- GÜNEŞ, Gülşen: Verginin Yasallığı İlkesi, On iki levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- KALYON, Arzu: Türk Vergi Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- KARAKAŞ, Muhammed Emin: “Dijital Geçmişin İnternet Erişiminden Kaldırılması “Unutulma Hakkı” ve Türk Hukukunda Görünümü”, NEÜHFD, 3(2), 2020, s.262-289.
- KARAN, Ulaş: “İnternette Haber Arşivlerinde Unutulma Hakkı: İfade Özgürlüğü İhlali mi, Özel Yaşama Saygı Hakkının Doğal Sonucu mu?”, Legal Hukuk Dergisi, 16(189), 2018, s.4201-4254.
- KILIÇ, Kerem: “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135)”, EBYÜHFD, 25(1), 2021, s.1-45.
- KLINGENBERG, A.M.: “Catches to the Right to be Forgotten, Looking From an Administrative Law Perspective to Data Processing by Public Authorities”, International Review of Law, Computers& Technologies”, 30(1-2), 2016, s.67-77.
- KUMRULU, Ahmet: “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri”, AUHFD, 36(1-4), 1979, s.147-162.
- NALBANTOĞLU, Seray: “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, TAAD, (35), 2018, s.583-605.
- NUR, Pınar: “Unutulma Hakkı Açısından Vergi Mahremiyetinin İstisnalarının Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası Dergisi, 42(500), 2023, s.42-43.
- OCAK, Ayşenur: “Hakları Dengelemek: Unutulma Hakkı İfade Özgürlüğüne Karşı”, TAAD, (33), 2018, s.507-535.
- OLIVARES, Bernardo: “The impact of GDPR on European Name &Shame Tax Defaulter Lists“, In Computer Law& Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, 35(3), 2019, s.241-250.
- OVEY, Clara/WHITE, Robin C.A.: The European Convention on Human Rights, 3rd Edition, Oxford University Press, 2002.
- ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami/GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2023.
- SABAN, Nihal: Vergi Hukuku, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.
- SALİHPAŞAOĞLU, Salih/DEĞİRMENCİOĞLU, Burcu: Unutulma Hakkının bir “İnsan Hakkı”na Dönüşme Yolculuğu, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(2), 2020, s.361-388.
- SAYGIN, Didem/YILMAZ, Yağmur Ekin: “C-131/12- Google İspanya v. AEPD Davası ve 2014/19685 Numaralı C.K. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvurusu Kapsamında Avrupa Birliği Hukukunda Unutulma Hakkı ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları”, AÜSBD, 23(3), 2023, s.685-700.
- SINAR, Hasan: “Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK Md. 136)”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi. 2(1), 2020, s.33-62.
- ŞENYÜZ, Doğan/YÜCE, Mehmet/GERÇEK, Adnan: Vergi Hukuku, Ekin Yayıncılık, Bursa 2021.
- ORHAN, Uğur: “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Kanunu Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler”, AUHFD, 70(4) 2021, s.1359-1384.
- YALTI, Billur: Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.
- YALTI, Billur: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yakın Tarihli İçtihadında Mülkiyet Hakkı İhlalleri: N.K.M ve Yehova Şahitleri Kararları: Ağır Vergilendirme ve Ayrımcı Vergilendirme”, Vergi Sorunları Dergisi, (300), 2013, s.63-71.

YILDIZ, Yiğit: Kişisel Verilerin Korunmasının Vergi Mahremiyeti ile Etkileşimi, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 1(2),2019, s.1-16.
YILMAZ FURTUNA, Elif/BİLGİN, Sibel: “Kişisel Verilerin Korunması ve Lekelenmeme Hakkı Açısından Vergi Mahremiyeti”, SUHFD, 30(2), 2022, s.727-753.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Arzu KALYON, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Arzu KALYON, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

BORÇLANMAYA DAYALI KİTLE FONLAMASININ FİNANSMAN HUKUKU VE MALİ HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**REVIEW ON LENDING BASED CROWDFUNDING FROM THE PERSPECTIVE OF FINANCE LAW AND FISCAL LAW**Zeynep MÜFTÜOĞLU *  **Makale Bilgi**Gönderi: 25/09/2023
Kabul : 28/01/2024**Anahtar Kelimeler**Kitle Fonlaması,
Kitleli Fonlama,
Borçlanmaya Dayalı
Kitle Fonlaması,
Vergi.**Article Info**Received: 25/09/2023
Accepted: 28/01/2024**Keywords**Crowdfunding,
Crowdsourcing,
Lending Based
Crowdfunding,
Taxation.**Özet**

Kitle fonlaması, temeli çok eskilere dayanan bir girişim-yatırım sistemi olup özellikle son yıllarda çeşitleri ve uygulama alanı gittikçe artmaktadır. Ülkemizde uygulamanın yasal alt yapısı 2017 yılında 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda kurulmuştur. Kitle fonlamasının, paya, borçlanmaya, bağışa ve ödüle dayalı olmak üzere farklı türleri bulunmaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu'nda paya ve borca dayalı kitle fonlaması düzenlenmektedir. Ülkemizde paya dayalı kitle fonlamasının birçok verimli uygulaması bulunmakla birlikte borca dayalı kitle fonlamasının uygulama alanı bulunmamaktadır. Çalışmada, borçlanmaya dayalı kitle fonlaması yöntemi ele alınmakta; bu yöntem finansman hukuku ve mali hukuk perspektifinden disiplinlerarası bakış açısı ile incelenmektedir. Bu amaçla çalışmada karşılaştırmalı yöntem benimsenmekte, borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının ülkemizdeki diğer yatırım araçları karşısında durumu analiz edilmektedir. Söz konusu analizin ardından borçlanmaya dayalı kitle fonlaması yönteminin tabi olduğu vergi rejimi saptanmaktadır. Yapılan analiz ve saptama sonucunda görülmektedir ki borçlanmaya dayalı kitle fonlaması ülkemiz ekonomik ortamında diğer sermaye piyasası araçları karşısında girişimci ve yatırımcıya avantajlı bir ortam sunabilmek konusunda etkin olamamaktadır. Bu yöntemi cazip kılmak için herhangi özel bir vergi düzenlemesi de bulunmamaktadır. Elde edilen bulgulardan yola çıkarak çalışmada, borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının daha etkin bir araç haline gelebilmesi için vergi kolaylıkları getirilmesi yönünde önerilere yer verilmiştir.

Abstract

Crowdfunding is a venture-investment system whose basis is based on very old times and whose types and application area have been increasing especially in recent years. The legal infrastructure of the application in our country was established in 2017 in the Capital Markets Law No. 6362. There are different types of crowdfunding, based on shares, borrowing, donations and rewards. In the Capital Markets Law, crowdfunding based on shares and debt is regulated. Although there are many efficient applications of share-based crowdfunding in our country, debt-based crowdfunding does not have an application area. In the study, the debt-based crowdfunding method is discussed. This method is examined from an interdisciplinary perspective from the perspective of finance law and financial law. For this purpose, the comparative method is adopted in the study and the situation of debt-based crowdfunding compared to other investment instruments in our country is analyzed. Following this analysis, the tax regime to which the borrowing-based crowdfunding method is subject is determined. As a result of the analysis and determination, it is seen that crowdfunding based on borrowing is not effective in offering an advantageous environment to entrepreneurs and investors against other capital market instruments in the economic environment of our country. There are also no special tax regulations to make this method attractive. Based on the findings obtained, the study proposes a number of tax relief recommendations in order to make borrowing-based crowdfunding a more effective tool.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** MÜFTÜOĞLU, Zeynep: "Borçlanmaya Dayalı Kitle Fonlamasının Finansman Hukuku Ve Mali Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.81-100. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Crowdfunding is a financing tool that brings the investor together with a project or business idea that needs investment. Although there are different dates in various sources, this financing tool is a practice that dates back more than a hundred years. Especially in the last half of the 20th century and since the beginning of the 21st century, it has become a method that is used more and more frequently every day. Today, crowdfunding operates through a mechanism where the saver and the entrepreneur come together through an online platform. In the meantime, different types of crowdfunding based on share, debt, donation and reward have been developed. Crowdfunding provides many functions together through different models in the application. Investors and entrepreneurs receive social, material or financial gains at the end of crowdfunding processes.; the process is quick and easy; the cost is low.

The legal infrastructure of the application in our country was established in 2017 with the amendment of Articles 3, 4, 16 and 99 of the Capital Markets Law No. 6362 and the addition of Article 35/A. According to this, amendment made by the Law No. 7061 on the Amendment of Some Tax Laws and Some Other Laws, the Capital Markets Board has the authority to make arrangements in the principles related to control and audit. The Capital Markets Board used this authority in 2019 by issuing the Communiqué on Share-Based Crowdfunding No. III-35/A.1 and regulated the procedures and principles of share-based crowdfunding. Approximately three years after the crowdfunding application was added to the Capital Markets Board with Article 35/A, the Board was platforms by collecting money from the public based on partnership or lending with the Law on the Amendment of Certain Laws with the Banking Law No. 7222. Subsequently, in 2021, the Board issued the Crowdfunding Communiqué III-35/A.2; In this Communiqué, it has regulated the procedures and principles of crowdfunding based on share and borrowing.

Although the legal infrastructure of two types of crowdfunding has been established in our country, there is no authorized platform for lending-based crowdfunding, and a business idea or project financed by lending-based crowdfunding is not carried out. However, crowdfunding based on lending, operates as a very advantageous financing system for savers and entrepreneurs when the economic infrastructure is favorable. In lending based crowdfunding, entrepreneurs who want to implement a business idea or project borrow money from a group of people instead of a bank. In this crowdfunding method, people who have a surplus of funds and aim to obtain investment income lend money to people in need of funds through platforms that function as virtual markets and provide unsecured loans. The process progresses faster than banks in terms of bureaucracy; the cost is low and the fund is collected quickly. Moreover, the entrepreneur does not need to give up or share management rights and powers about his business or business. Crowdfunding is also supported by an increasing frequency and scope in policy documents. As included in the study, 2018-2020 Medium Term Program, Ministry of Industry and Technology 2019-2023 Strategic Plan, 2020-2022 Medium Term Program, Ministry of Treasury and Finance 2019-2023 Strategic Plan, 11th Development Plan is just a few examples of these documents.

In the study, it is investigated why lending based crowdfunding is not implemented despite the establishment of the legal infrastructure. This research is carried out in an interdisciplinary and comparative manner with the perspective of capital market law and tax law, and a critical perspective is adopted.

In the first part of the study, the definition, functions, types and legal infrastructure of crowdfunding in our country are transferred. Then, in the second part, the definition, functions, types and legal infrastructure of lending based crowdfunding in our country are examined. In the third part of the study, alternative tools to this method are investigated in order to find an answer to the study question. These tools are considered separately from the point of view of the entrepreneur and the saver. The examination from the point of view of the saver is carried out on the basis of capital market instruments and money market instruments. In the chapter, the capital market instruments are examined in terms of equity and debt instruments; money market instruments are examined in terms of bonds and deposit accounts. Finally, in the fourth part of the study, since one of the most important factors in the execution of any economic process is the tax burden, the tax burden to which the parties to lending based crowdfunding are subject is investigated. This research is carried out separately in terms of taxes taken from income and expenditure. Taxes on income are examined from the point of view of both the saver and the entrepreneur. In terms of the tax burden taken from expenditures, value added tax, bank and insurance transactions tax and stamp duty are examined.

As a result of this research, it is revealed that due to the traditional alternative instruments, unstable market and high interest rates in today's economic environment; it is very difficult for the entrepreneur to find crowdfunding based on lending for his business idea or project depending on many criteria. On the other hand, it is determined that there is no special tax facility in order to make the relevant funding method preferable, and some tax facilities are proposed in order to fund business ideas with lending based crowdfunding by overcoming the difficulties caused by the economic conjuncture of our country.

I. GİRİŞ

Günümüz piyasaları çok çeşitli girişim modelleri ve yatırım araçları içermektedir. Bunlardan biri de her geçen gün daha çok uygulama alanı bulan kitle fonlaması yöntemidir. Farklı çeşitleri olan kitle fonlaması yöntemi, en sade ifade ile çevrimiçi bir platform aracılığı ile girişim fikri olan fakat sermayesi olmayan girişimci ile tasarruf sahibi olup yatırım yapmak isteyen kişileri bir araya getiren bir fonlama sistemidir. Ülkemizde de yasal dayanağı 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹(SPKn) ile atılan kitle fonlama uygulaması 2017 yılından beri uygulanmakta ve gittikçe büyüyen bir yatırımcı tercihi olmaktadır.

Çalışmada özellikle kitle fonlama araçlarının bir türü olan borçlanmaya dayalı kitle fonlamasına odaklanılmaktadır. Ülkemizde borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının yasal alt yapısı 2020 yılında Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 35/A maddesi kurulmuştur. Çalışmanın hazırlanmakta olduğu 2023 yılında Sermaye Piyasası Kurulu tarafından listeye alınan platformlar arasında faaliyet türü borçlanmaya dayalı kitle fonlaması olan bir platform hala bulunmamaktadır². Çalışmada, etkin kullanılması halinde çok verimli bir fonlama aracı olabilecek bu uygulamanın tercih edilmeme nedenleri finansman hukuku ve mali hukuk perspektifinden irdelenmekte, bu yöntemin uygulama alanı bulabilmesi için öneriler geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Açıklanan amaçtan yola çıkarak çalışmanın ilk bölümünde kitle fonlaması, ikinci bölümünde ise borçlanmaya dayalı kitle fonlaması kavramları kısaca ele alınacaktır. Ardından, çalışmanın üçüncü bölümünde borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, sermaye piyasası hukuku ve bankacılık hukuku araçlarını kapsayacak şekilde finansman hukuku açısından karşılaştırmalı şekilde değerlendirilecek, vergi hukukunun temel unsurları bakımından ele alınacak ve önerilere yer verilecektir. Yatırımcı ve girişimcinin kullanabileceği diğer sermaye piyasası araçlarının irdelenmesinin ardından, konu farklı ülke örneklerinde vergi düzenlemeleri üzerinden incelenecek; vergi hukukunun temel unsurları bakımından ele alınacaktır. Bir yatırım, girişim aracının tercih edilmesi için tabi olacağı vergi kurallarının önemi göz önünde tutularak borçlanmaya dayalı kitle fonlaması vergi sistemi içinde gelir ve harcamalar üzerinden alınan vergiler bakımından da incelenecek, kapsamlı önerilere yer verilecektir. Çalışmanın sonuç bölümünde yer verilen genel değerlendirmede ise borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının finansman hukuku araçları karşısında durumu ve tabi olduğu mali hukuk sistemi ve kuralları dikkate alınarak bu uygulamanın tercih edilebilir kılınması için önceki bölümlerde üretilen kapsamlı öneriler ışığında değerlendirme yapılacaktır.

II. KİTLE FONLAMASINA İLİŞKİN KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Kitle fonlaması en kısa açıklaması ile proje fikirleri geliştiren fakat bunları hayata geçirmek için yeterli mali kaynağa sahip olmayan kişiler ile mali kaynağı olup bu kaynağı yatırım alanlarına yöneltmek isteyen kişilerin çevrimiçi platformlar aracılığı ile bir araya gelmesine/getirilmesine dayanmaktadır. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının analiz edilebilmesi için öncelikle kitle fonlamasının tanımı, işlevleri ve türlerinin özetlenmesi ve Türkiye'de kitle fonlamasının hukuki alt yapısının incelenmesi yerinde olacaktır.

A. Kitle Fonlamasının Tanımı ve İşlevleri

Ülkemizde 'kitle fonlama' veya "kitle fonlama" gibi adlarla da kullanılan kitle fonlaması, girişimci ve yatırımcıları internet aracılığı ile eşleştiren bir finansman tekniğidir³. Terimin temeli İngilizce'de 'crowdfunding' kelimesinden gelmektedir. Kitle fonlamasında sistem, toplumsal hareket ve destek ile girişimcilerin ve yatırımcıların internet sayesinde profesyonel ağ kurması; az ya da çok kişinin küçük ya da çok büyük maddi katkılar sunarak fikirleri finanse etmesi şeklinde işlemektedir⁴. Dolayısı ile kitle fonlaması, sermaye toplamak isteyen girişimci; sermaye kaynağı sunan yatırımcıların internet üzerinden organize olduğu bir finansman modelidir⁵. Bu finansman modeli sayesinde bir proje fikri için finansal desteğe ihtiyaç duyan girişimci ile bu projeye fon sağlayabilecek kişiler internet vasıtası ile bir araya gelmektedir⁶.

Girişimcilerle yatırımcıların birlikte hareket etmesinin temelini beş bin yıl önceye, 18. yüzyıla veya 20. yüzyıla dayandıran farklı çalışmalar bulunmaktadır⁷. Bu yöntemin kitle fonlaması, "crowdfunding"

¹ RG: 30.12.2023, 28513.

² Sermaye Piyasası Kurulu: "Listeye Alınan Platformlar", <https://spk.gov.tr/sirketler/kitle-fonlama-platformlari/listeye-alinan-platformlar>, (Erişim: 08.05.2023). Ülkemizde henüz borçlanmaya dayalı kitle fonlaması platformu olmamakla beraber bu yönde girişimler başlamıştır. Örneğin Fonbulucu CEO'su Hakan Yıldız'ın açıklaması: "Borca dayalı kitle fonlaması sisteminde de finansman maliyetlerinin oluşmayacağı bir model geliştirdik. Bu yeni enstrümanımızla KOBİ'lerimizi de yalnız bırakmayarak finansmana ulaşmalarında ve büyümelerinde önemli bir rol oynayacağız. Hem paya dayalı kitle fonlaması hem de borca dayalı kitle fonlaması bir arada kullanıldığında yatırımların çok daha yoğun biçimde gerçek organizmalara, büyümekte olan şirketlere kanalizasyon olacağını düşünüyoruz." Para Dergisi: Kitle Fonlamasının Avantaj ve Dezavantajları-1, <https://www.paradergi.com.tr/girisimcilik/2023/08/21/kitle-fonlamasinin-avantaj-ve-dezavantajlari-1>, (Erişim: 09.12.2023).

³ ROMANO, Virginia: "Case Study on Crowdfunding, OECD Centre for Entrepreneurship, SMEs and Local Development", [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CFE/SME\(2013\)7/ANN1/FINAL&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CFE/SME(2013)7/ANN1/FINAL&docLanguage=En), (Erişim: 06.08.2022).

⁴ DE BUYSERE, Kristof/GAJDA, Oliver/KLEVERLAAN, Ronald/MAROM, Dan: "A Framework for European Crowdfunding", European Crowdfunding Network, 2012, s.9.

⁵ VALANCIENE, Loreta/JEGELEVICIUTE, Sima: "Valuation of Crowdfunding: Benefits and Drawbacks", Economics and Management, 18(1), 2013, s.41.

⁶ YANLI, Veliye: "Paya Dayalı Kitle Fonlaması Düzenlemesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 36(1), 2020, s.33.

⁷ Kitle fonlamasının tarihine dair ayrıntılı bir kronoloji için bkz: FLANNERY, Matt: "Kiva and the Birth of Person-To-Person Microfinance", Innovations, 2(1-2), 2006, s.31-56. Mozart ve Beethoven'ın dahi bestelerinin ve konserlerinin finansmanı sanatla ilgilenen kişilerden topladıkları gelirlerle sağladıklarına yer veren kaynaklar mevcuttur. HEMER, Joachim: "A Snapshot on Crowdfunding, Arbeitspapiere Unternehmen und Region Fraunhofer-Institut für System- und Innovationsforschung ISI",

kelimesi üzerinden ilk kullanımı ise 2006 yılına dayanmaktadır⁸. Wired dergisinde Howe tarafından kaleme alınan “The Rise of Crowdsourcing” başlıklı makalede, kitlelerin (crowd) dış kaynaklardan faydalanması (outsourcing) anlamına gelecek şekilde bu metodu “crowdsourcing” terimi ile ortaya koyması ile kitle fonlamasının temelleri atılmıştır⁹.

1990’ların sonuna kadar genellikle kâr amacı gözetmeyen kuruluşların ve eğlence sektörünün rağbet ettiği kitle fonlaması¹⁰, son yıllarda dünyanın her yerinde¹¹ hızla yayılan ve çeşitlenen bir finansman yöntemi olmuştur. Bu yöntem ilk zamanlar sanatsal aktivite, toplumsal faaliyet gibi konuların finansmanı için kullanılırken, günümüzde çoğunlukla teknolojik gelişmelere odaklanan fikirler için sermaye arayışına dönüşmüştür. İnternetin ve medya araçlarının çeşitlenmesi ve güçlenmesi ile farkındalık da artmış; kitle fonlaması gittikçe daha sık başvurulmuş bir yöntem haline gelmiş¹², özellikle küçük girişim ve işletmelerin finansmanı için bir ‘devrim’ olarak nitelendirilmiştir¹³.

Kitle fonlaması, uygulamadaki farklı modelleri aracılığı ile birçok işlevi bir arada sağlamaktadır. Yatırımcılar ve girişimciler, kitle fonlaması süreçleri sonunda sosyal, maddi veya finansal kazançlar elde etmektedirler¹⁴. Kitle fonlamasının türlerinin ve kapsamının her geçen gün gelişmesinin altında yatan temel nedenlerin başında sürecin hızlı ve kolay olması gelmektedir¹⁵. Platformların koyduğu temel kriterleri sağlayan girişimcilerin kampanyaları hayata geçmekte; yatırımcılar kampanyalar aracılığı ile yeni fikirlerden haberdar olarak yatırım yapabilmektedir. Kitle fonlaması aynı girişimcilerin projelerinin finansmanını görece daha az maliyetle finanse etmelerini sağlamaktadır¹⁶. Bu finansman modeli sayesinde girişimciler banka gibi finansman kuruluşlarının yarattığı yüksek maliyetlere maruz kalmadan sermaye bulabilmektedir. Melek yatırımcıların genellikle büyük yatırımları finanse etmeyi tercih ettikleri düşünüldüğünde, kitle fonlaması, yeni girişim projeleri için çok işlevsel olmaktadır¹⁷.

Platformların projeleri kabul etme mekanizmaları kalite kontrolü; kampanya sürecinde sundukları destek geri bildirim ise sistemin güvenilir olmasında rol oynamaktadır¹⁸. Güvenilirlik arttıkça proje sayısı ve kampanyalar sayesinde toplanan kaynaklar da artmaktadır. Kitle fonlaması sisteminin çevrimiçi platformlar üzerinden işletilmesi coğrafi sınırların kalkmasını sağlamakta¹⁹ bu durum daha geniş kitlelerin birbirine ulaşmasına destek vermektedir.

Her geçen gün genişleyen bu uygulama için belirli bir amacı destekleyen yatırımcılar projesi desteklenen girişimciler bir profesyonel ağı ve topluluğun parçası haline gelmektedirler²⁰. Böyle bir ağ kurulması, ekonominin gelişmesi ve yatırımların artması bakımından da önem arz etmektedir. Sayılan işlevler küçük girişimciler için de söz hakkı tanınan bir rekabet alanı kurulmasını sağlamakta; geleneksel finansman modelleri içinde sermaye bulamayan girişim fikirlerinin desteklenmesinin önü açılmaktadır²¹.

B. Kitle Fonlaması Türleri

Kitle fonlamasının teorik çalışmalarda ve uygulamada yönteminin farklı modelleri bulunmaktadır. Temel kitle fonlama türlerini başlıca, ödüle, paya ve borca dayalı olarak listelemek mümkündür. Bu yöntemler yatırım yapanlar penceresinden bakılarak yapılan bir sınıflandırmaya göre finansal olan (paya dayalı, borçlanmaya dayalı) ve finansal olmayan (ödüle dayalı, başlıca dayalı) olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır²². Aynı bakış açısı ile bu sınıflandırma yatırım (paya dayalı, borçlanmaya dayalı) ve yardım (ödüle dayalı, başlıca dayalı) amaçlı kitle fonlaması olarak da yapılabilir²³. Farklı kaynaklarda, bu modellerin

Karlsruhe 2011, s.1.

⁸ GOBBLE, Maryanna M.: “Everyone is a Venture Capitalist: The New Age of Crowdfunding”, Research Technology Management, 4(55), 2012, s.5.

⁹ HOWE, Jeff: “The Rise of Crowdsourcing”, <https://www.wired.com/2006/06/crowds/>, (Erişim: 31.07.2022).

¹⁰ ROMANO, s.4; GULATI, Sonya: “Crowdfunding: A Kick Starter for Startups Special Report”, TD Economics, 2014, s.3, 5.

¹¹ Farklı ülke uygulaması örnekleri için bkz: VURAL, Aslı: “Girişimciler İçin Yeni Nesil Bir Finansman Modeli “Kitle Fonlaması-Crowdfunding”: Dünya ve Türkiye Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme ve Model Önerisi”, Başkent Üniversitesi İşletme Fakültesi Doktora Tezi, Ankara 2019, s.77-137.

¹² BEAULIEU, Tanya/SARKER, Suprateek/SARKER, Saonee: “A Conceptual Framework for Understanding Crowdfunding”, Communications of the Association for Information Systems, 37, 2015, s.3.

¹³ BRADFORD, C. Steven: “Crowdfunding and the Federal Securities Laws”, Columbia Business Law Review 2012, s.1.

¹⁴ BUYSERE vd., s.12.

¹⁵ GERBER, Elizabet/HUI, Julie: “Crowdfunding: Motivations and Deterrents for Participation”, ACM Transactions on Computer-Human Interaction, 20(6), 2014, s.8, 9.

¹⁶ GULATI, s.6, 7; GERBER/HUI, s.8, 9.

¹⁷ BRADFORD, s.5.

¹⁸ AGRAWAL, Anjay/CATALİNİ, Christian/GOLDFARB, Avi: “Some Simple Economics of Crowdfunding”, Innovation Policy and the Economy, 14(1), 2014, s.22, 23.

¹⁹ GULATI, s.7.

²⁰ GERBER/HUI, s.14-16; OBA, Beyza: “Strategic Approaches to Successful Crowdfunding, Can Crowdfunding Provide a Solution for the Financial Problems of Smes in Turkey”, in Assadi, Djamchid (ed.), IGI Global, Hershey PA 2015, s.271.

²¹ BEAULIEU vd., s.5.

²² ROMANO, s.7.

²³ GAGO, Umurcan/GÖKLER ZEYİNLER, Elif: “Borçlanmaya Dayalı Kitle Fonlaması”, <https://www.gsg hukuk.com/tr/bultenler-yayinlar/makale-yazilar/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi.html#:~:text=Bor%C3%A7lanmaya%20dayali%C4%B1%20kitle%20fonlamasi%C4%B13,bir%20araya%20getiren%20Osanal%20pazarlard%C4%B1r,> (Erişim: 10.05.2022).

karışımı ile meydana gelen hibrid uygulamalar²⁴ veya ‘ön satış/ön alım’²⁵ niteliğinde farklı türler de yer almaktadır²⁶.

Bağışa dayalı kitle fonlaması, fon sağlayanlara maddi bir getirisi ve riski olmayıp genellikle toplumsal etkinliklerde başvuru bir yöntemdir. Özellikle sivil toplum kuruluşları tarafından oldukça uzun zamandır uygulanmaktadır. Bu yöntemde yatırımcılar, sonucunda faydalı bir amaca hizmet edeceği kanaatine vardıkları durumda ve o amaca yönelik olmak üzere katkıda bulunmaktadır²⁷. Bağışa dayalı kitle fonlaması, fonlanan proje sayısı bakımından en sık başvuru kitle fonlaması yöntemidir²⁸. Bazı görüşlere göre bu yöntemle fon toplanması oldukça zor görülürken²⁹, yatırımcıların temelde sosyal bir amaç yolunda hareket ettiği ve bu şekilde birçok kitle fonlaması projesine göre daha yüksek meblağlarda yatırımda bulunma yöneliminde olabildikleri de saptanmıştır³⁰.

Ödüle dayalı kitle fonlaması, projesi için fon toplayan birey ya da şirket projesinin başarıya ulaşması halinde önceden kararlaştırılmış bir ödüllü fon sağlayıcılara vermeyi taahhüt etmektedir³¹. Bu modelde temel kriter ödülün, yapılan yatırıma göre çok daha düşük bir bedelde olmasıdır. Yatırımcılara, proje için koydukları sermaye karşılığında girişimciler tarafından sembolik bir hediye verilmektedir. Bu sayede girişimcinin projesini hayata geçirmek için yeterli sermayesi kalmaktadır³². Yeni ortaklar edinmekten kaçınma veya küçük arzularla, üretilecek ürün veya hizmete olan talebi önden test etme gibi olumlu yönleri olmakla birlikte ödülün teslim edilmemesi, projenin ilan edildiği gibi yürütülmemesi halinde sorumluluğun ve fonun geri ödeme işlemlerinin belirsiz olması gibi olumsuz yönleri de bulunmaktadır³³.

Paya (hisseye) dayalı kitle fonlamasında, yatırımcılar, kampanyaya koydukları sermaye karşılığında proje fikri sonunda kurulan oluşumda pay sahibi olmaktadır³⁴. Bu kitle fonlaması türünde girişimci firmanın hisseleri üzerinden kar paylaşımı vaadiyle finansman sağlamaktadır³⁵. Yatırımcıların, hayata geçirilen projeler üzerinde pay sahibi olmasına dayanan paya dayalı kitle fonlaması uygulamasının, özellikle piyasaya yeni girecek firmaların piyasa değerini erken aşamalarda belirlenmesinde faydalı olmaktadır³⁶. Kitle fonlaması modelleri arasında kampanyalarda en yüksek meblağlara ulaşılan tür paya dayalı kitle fonlaması olarak görülmektedir³⁷.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında ise tasarruf sahibi yatırımcı, anapara ile birlikte faiz geliri elde etmektedir³⁸. Girişimcilerin, fikirlerini finanse etmek için, bankaların dışarda bırakılarak platformlar aracılığı ile borç alması ve faizi ile geri ödemesine dayanmaktadır³⁹. Bağışa ve ödüle kitle fonlamasının gerçekleştirilmesi için birçok ülkenin hukuki düzeninde ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamaktadır. Paya ve borca dayalı kitle fonlaması ise bir girişim şirketinin güvenilirliği üzerine kurulu olduğundan ve tasarruf sahibinin yatırımdan bir dönüş elde etme amacı olduğundan hukuki düzenleme gerektirmektedir⁴⁰. Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

C. Türkiyede Kitle Fonlamasının Hukuki Altyapısı

Kitle fonlaması piyasası özellikle 2000’li yılların sonuna kadar özel bir hukuki düzenleme olmadan yürütülen bir yapıya sahipti. Ülkeler, kitle fonlaması örneklerinin ve bütçelerinin giderek büyümesi ile mevzuata çerçeve hükümler koymaya başlamışlardır⁴¹. 2012 yılında ABD’de ilk hukuki düzenlemelerin gerçekleştirilmesi ile hem kitle fonlaması sistemi yatırımcı ve girişimcilerin daha çok dikkatini çekmiş hem de birçok farklı ülke hukuki düzenlemeler yapmaya başlamıştır⁴². Dünya genelinde dört çeşidi de yaygın şekilde kullanılmakta olan kitle fonlaması uygulaması, ülkemizde de devlet politikalarına yansımış, yasal alt yapısının kurulmasına dair adımlar atılmıştır.

²⁴ GULATI, s.5.

²⁵ BATTISTA, Paul: “The Taxation of Crowdfunding: Income Tax Uncertainties and a Safe Harbor Test to Claim Gift Tax Exclusion”, Kansas Law Review, 64(1), 2015, s.146; BRADFORD, s.16-20.

²⁶ BEAULIEU vd., s.9.

²⁷ BRADFORD, s.20; BUYSERE vd., s.10.

²⁸ GULATI, s.4.

²⁹ AKBULAK, Yavuz: “Borçlanmaya Dayalı Kitle Fonlaması Faaliyetine Dair SPK Tebliğ Taslağındaki Düzenlemeler”, <https://legal.com.tr/blog/genel/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi-faaliyetine-dair-spk-teblig-taslagindaki-duzenlemeler/>, (Erişim: 04.05.2023).

³⁰ BUYSERE vd., s.10.

³¹ BRADFORD, s.16-18.

³² BUYSERE vd., s.10.

³³ BEAULIEU vd., s.13.

³⁴ GULATI, s.4.

³⁵ AKBULAK: <https://legal.com.tr/blog/genel/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi-faaliyetine-dair-spk-teblig-taslagindaki-duzenlemeler/>, (Erişim: 04.05.2023).

³⁶ ROMANO, s.4.

³⁷ GULATI, s.4.

³⁸ GÜNAL, Vural/OKAT, Yalçın Özge: Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021, s.255, MARTİN, Fiona/O’CONNELL, Ann: “Crowdfunding: What Are the Tax Issues”, Journal of Australian Taxation, 20(2), 2018, s.32.

³⁹ BEAULIEU vd., s.16.

⁴⁰ FUTKO, Jason: “Equity vs. Debt Crowdfunding”, <https://www.crowdfundinsider.com/2014/09/50628-equity-vs-debt-crowdfunding/v/>, (Erişim: 29.05.2023), AKBULAK: <https://legal.com.tr/blog/genel/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi-faaliyetine-dair-spk-teblig-taslagindaki-duzenlemeler/>, (Erişim: 04.05.2023).

⁴¹ ROMANO, s.34.

⁴² ÖZDEMİR, Ozan/KARABULUT, Feyzan: “Current Debates in Accounting and Finance”, Crowdfund for Social Ventures: Benefits Beyond Fundrasing, 3, 2017, s.156.

Kitle fonlamasının Türkiye Cumhuriyeti'nde düzenlendiği ilk belgelerden biri, bütçe süreci başında ilan edilen ve kamu politikaları ile uygulamalarını içeren ve T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı ile T.C. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından hazırlanan 2018-2020 Orta Vadeli Program (Yeni Ekonomi Programı-YEP)'dir. Program'da KOBİ'lerin finansman araçlarına erişiminin kolaylaştırılması yöntemleri arasında kitle fonlaması gibi yenilikçi finansman imkanları ve teknolojik girişimcilik modellerinin geliştirilmesi hedef olarak belirlenmektedir⁴³.

Kitle fonlaması, ülkemizin uzun vadeli kalkınma vizyonunu içeren ve bu vizyonun hayata geçirilmesinde yol haritası niteliğinde olan⁴⁴ 11. Kalkınma Planı'nın politika ve tedbirler arasında da yer almıştır. 2019-2023 yıllarını kapsayan Plan'da kitle fonlaması, mali piyasalar, güçlü finansal yapı ve girişimcilik konularında belirlenen amaçların gerçekleştirilebilmesi için belirlenen politika ve tedbirler arasında sıralanmıştır. Bu politika ve tedbirlere göre kitle fonlaması, modern ve yeni nesil finansman modeli olarak nitelendirilmiş; yaygınlaştırılması ve güçlendirilmesi yönünde hedef belirlenmiştir⁴⁵.

Kalkınma Planı ve Orta Vadeli Program'da yer alan göstergeler Bakanlıkların strateji planlarına da yansımış; kitle fonlamasının yaygınlaşması, ilgili kamu kurumları tarafından da desteklenmiştir. Örneğin Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, 2019-2023 Stratejik Planı'nda da teknoloji alanında faaliyet gösteren yenilikçi girişimlerin artmasını sağlamak amacı kitle fonlamasını desteklemekte⁴⁶; 2023 Sanayi ve Teknoloji Stratejisi'nde de bankacılık sisteminin yatırımları finansmanda zorlandığına dikkat çekilerek sanayi ve teknoloji şirketleri için farklı finansman yolları geliştirilmesine ihtiyaç olduğuna işaret edilmektedir. Bu doğrultuda kitle fonlaması, kullanımının yaygınlaştırılması için çalışma yapılacak konular arasında sayılmaktadır⁴⁷. Paralel şekilde T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı 2019-2023 Stratejik Planı'nda kitle fonlaması, yatırımcılar bakımından alternatif yatırım kanalı, girişimciler açısından ise yeni finansman kanalı olarak belirtilmektedir⁴⁸.

2020-2022 Orta Vadeli Program (YEP)'da ise finansal istikrar başlığı altında sermaye piyasasının gelişmesi için ihtiyaç duyulan mevzuat ve alt yapının güçlendirilmesi hedefi kapsamında yatırımcılar için alternatif yatırım kanalı, girişimciler için alternatif finansman kanalı olarak gösterilmiştir⁴⁹. Kitle fonlaması, 2021-2023 Orta Vadeli Program (YEP)⁵⁰ ve 2022-2024 Orta Vadeli Program (YEP)⁵¹'da yer almamakla birlikte borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının yasal alt yapısının hazırlanması 2022-2024 Orta Vadeli Program (YEP) yürürlükte iken sağlanmıştır. 2023-2025 Orta Vadeli Program (YEP)'da ise küresel likiditenin azaldığı ekonomik ortamda, Türk sermaye piyasalarında olumlu görüşmeler görüldüğü, bu olumlu gelişmelerin sermaye piyasası araçlarının çeşitlendirilmesinde de kendini gösterdiği belirtilmiştir. Ardından, 2022-2024 Orta Vadeli Program döneminde, “yeni iş fikirleri ve girişim şirketlerinin ihtiyaç duyduğu finansal kaynakların toplanması amacıyla” borçlanmaya dayalı kitle fonlamasına dair usul ve esasların belirlendiği; kitle fonlamasına dair mevzuatın ise tek bir Tebliğ'de birleştiği gelişmesine yer verilmiştir⁵². 2024-2026 Orta Vadeli Program (YEP)'da ise kitle fonlaması yer almamıştır⁵³.

Türkiye'de bu uygulamanın hukuki alt yapısı ise 2017 yılında SPKn 3, 4, 16, 99. maddelerde değişiklik yapılması ve 35/A maddesinin eklenmesi ile kurulmuştur. 7061 sayılı Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵⁴ ile yapılan bu değişikliğe göre kontrol ve denetime ilişkin esaslarda düzenleme yapma yetkisi Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'ndadır. SPK bu yetkisini 2019 yılında III-35/A.1 sayılı Paya Dayalı Kitle Fonlaması Tebliği⁵⁵'ni düzenleyerek kullanmış, paya dayalı kitle fonlamasının usul ve esaslarını düzenlemiştir.

III. BORÇLANMAYA DAYALI KİTLE FONLAMASI

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, girişimcinin proje fikrine sermaye koymak isteyen yatırımcının platform aracılığı ile projenin finansmanında borç vererek yer alması ve projenin başarılı olması halinde verdiği ana parayı faizi ile geri alması mekanizmasına dayanmaktadır. Birçok farklı ülkede sıkça başvurulan bir yöntem olan borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, sistemimize 2020 yılında girmiştir. Ancak altyapısının düzenlenmesinin ardından yaklaşık üç yıl geçmesine rağmen uygulama alanı bulamamıştır.

⁴³ Orta Vadeli Program 2018-2020, s.58, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.06.2022).

⁴⁴ TC Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On Birinci Kalkınma Planı, s.1, <https://www.sbb.gov.tr/kalkinma-planlari/>, (Erişim: 04.06.2022).

⁴⁵ TC Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, On Birinci Kalkınma Planı, s.41, 58, 106.

⁴⁶ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı: 2019-2023 Stratejik Planı, s.41, 66, http://www.sp.gov.tr/upload/xSPStratejikPlan/files/jekwi+STB_2019-2023_Stratejik_Plan.pdf, (Erişim: 04.06.2022).

⁴⁷ Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı: 2023 Sanayi ve Teknoloji Stratejisi, s.58, <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/SanayiStratejiBelgesi2023.pdf>, (Erişim: 04.06.2022).

⁴⁸ Hazine ve Maliye Bakanlığı: 2019-2023 Stratejik Planı, s.24 <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2020/03/2019-2023-Maliye-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1-Stratejik-Plan%C4%B1-Bas%C4%B1lacak-Versiyon.28.02.2020.pdf>, (Erişim: 04.06.2022).

⁴⁹ Orta Vadeli Program 2020-2022, s.24, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.06.2022).

⁵⁰ Orta Vadeli Program 2021-2023, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.12.2023).

⁵¹ Orta Vadeli Program 2022-2024, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.12.2023).

⁵² Orta Vadeli Program 2023-2025, s.13, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.12.2023).

⁵³ Orta Vadeli Program 2024-2026, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.12.2023).

⁵⁴ RG: 05.12.2017, 30261.

⁵⁵ RG: 03.10.2019, 30907.

A. Borçlanmaya Dayalı Kitle Fonlamasının Tanımı ve İşlevleri

Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında bir iş fikri veya proje hayata geçirmek isteyen girişimciler parayı bir banka yerine bir grup insandan ödünç almaktadır⁵⁶. Bu kitle fonlaması yönteminde fon fazlası olan ve yatırım geliri elde etmeyi amaçlayan kişiler, fon ihtiyacı olan kişilere sanal pazarlar olarak işlev gören platformlar aracılığı ile borç para vermekte⁵⁷, teminatsız kredi sağlamaktadır⁵⁸. Bu sayede girişimciler bankalara ödeyecekleri yüksek işlem masrafları ve yüksek kredi faizlerden kurtulmuş olmaktadır⁵⁹.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında platform yatırımcı ve girişimciyi bir araya getiren aktör olmanın yanında, faizlerin belirlenmesi konusunda da danışmanlık görevi üstlenmekte ve etkileyici konumda bulunmaktadır.⁶⁰ Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması uygulamaları ABD ve Çin olmak üzere İngiltere, Fransa ve dünyanın birçok ülkesinde oldukça yaygın kullanılan ve büyük miktarda kampanyalar yürütülen bir yöntemdir⁶¹. Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması kampanyalarının paya dayalı kitle fonlaması kampanyalarının neredeyse yarı zamanında gereken fona ulaşıldığı gözlemlendiğinden hızlı bir finansman kaynağı olmak bakımından işlevseldir⁶². Girişimcinin, işi veya işletmesi hakkında yönetim hakları ve yetkilerinden vazgeçmesi veya bunları paylaşmasının gerekmemesi, girişimcilerin bu yöntemi tercih etmesinde rol oynayabilmektedir⁶³.

Girişimcinin iflası halinde yatırımcının alacaklarını öncelikli şekilde tahsil edebilmesi imkanı da bu kitle fonlaması türünü güvenceli ve tercih edilir hale getiren özelliklerden biridir⁶⁴. Bu bakımdan özellikle teknoloji odaklı girişimciler ve girişim şirketleri tarafından başvurulabilecek alternatif bir yöntem olarak karşımıza çıkabilecektir.

(Borçlanmaya dayalı) kitle fonlamasında, devletin siber güvenliğin sağlanması, hilenin önlenmesi, öngörülür kuralları hazırlanması gibi konularda net politikalar benimsemesine ihtiyaç bulunmaktadır⁶⁵. (Borçlanmaya dayalı) kitle fonlamasının işlememesinde temel nedenlerden biri girişimcinin, yatırımcının dikkatini çekememesi; projesini fonlayacak kişilere fikrinin getireceği kazançları açıklayamama durumudur⁶⁶. Diğer bir ihtimal ise, borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında tasarruf sahiplerinin, koydukları sermayeden daha az getiri elde etmesi ihtimali söz konusu olduğundan projenin kampanya ve başarı süreci riskli olabileceğinden bu yöntemin tercih edilirliliğini düşürebilmektedir⁶⁷.

B. Borçlanmaya Dayalı Kitle Fonlamasının Türleri

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması türlerini platformun işlevine göre sınıflandırmak mümkündür. Bazı türlerde platform sadece girişimci ve yatırımcıyı bir araya getirerek aracılık faaliyeti yürütmekte, bazılarında ise borcun ödenmesinde aktif bir rol üstlenmekte ve etkileyici konumda bulunmaktadır⁶⁸. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının yöneldiği amaca dayanarak yapılan sınıflandırmada ise tüketici tipi, ticari ve gayrimenkul kitle fonlaması karşımıza çıkmaktadır. Tüketici tipi kitle fonlaması, borçlanmanın tüketim amacı için, ticari kitle fonlaması ticari işletme veya şirket kurma amacı için, gayrimenkul kitle fonlaması ise gayrimenkul alma amacı ile fonlama talebinde bulunulmasına dayanmaktadır⁶⁹. Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, yatırımcının bir faiz karşılığı elde etmediği sosyal bir borçlanma olarak da uygulanabilmektedir. Örneğin gelişmekte olan bir ülkeye mikro finans sağlamak gibi sosyal amacı ağır basan iş oluşumlarında yatırımcılar faiz geliri elde etmeden borçlanmaya dayalı kitle fonlaması kampanyasına sermaye verebilmektedir⁷⁰.

C. Dünyada (Borçlanmaya Dayalı) Kitle Fonlaması Uygulamaları

2023 yılında dünya genelinde kitle fonlaması yolu ile toplanan miktar 6,4 milyar dolar olmuştur⁷¹.

⁵⁶ BUYSERE vd.: s.10

⁵⁷ GAGO/GÖKLER ZEYTİNLER: <https://www.gshukuk.com/tr/bultenler-yayinlar/makale-yazilar/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi.html#:~:text=Bor%C3%A7lanmaya%20dayal%C4%B1%20kitle%20fonlamas%C4%B13,bir%20araya%20getiren%20sanal%20pazarlard%C4%B1r>, (Erişim: 10.05.2022).

⁵⁸ AKBULAK: <https://legal.com.tr/blog/genel/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi-faaliyetine-dair-spk-teblig-taslagindaki-duzenlemeler/>, (Erişim: 04.05.2023).

⁵⁹ BUYSERE vd., s.11

⁶⁰ ROMANO, s.4; BUYSERE vd., s.13.

⁶¹ DIETRICH, Andreas/AMREIN, Simon/HEYDE, von der Falk/HEUERMANN, Adrian/RÜDİSÜHLİ, Manuel: Crowdfunding Survey 2019, s.12.

⁶² GULATI, s.4, 5.

⁶³ VALANCIENE/JEGELEVICIUTE, s.43.

⁶⁴ AKBULAK, <https://legal.com.tr/blog/genel/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi-faaliyetine-dair-spk-teblig-taslagindaki-duzenlemeler/>, (Erişim: 04.05.2023).

⁶⁵ ROMANO, s.34.

⁶⁶ GERBER/HUI, s.17.

⁶⁷ Financial Conduct Authority: “Crowdfunding”, <https://www.fca.org.uk/consumers/crowdfunding#revisions>, (Erişim: 03.05.2022).

⁶⁸ BUYSERE vd., s.10; GAGO/GÖKLER ZEYTİNLER: <https://www.gshukuk.com/tr/bultenler-yayinlar/makale-azilar/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi.html#:~:text=Bor%C3%A7lanmaya%20dayal%C4%B1%20kitle%20fonlamas%C4%B13,bir%20araya%20getiren%20sanal%20pazarlard%C4%B1r> (Erişim: 10.05.2022).

⁶⁹ GAGO/GÖKLER ZEYTİNLER: <https://www.gshukuk.com/tr/bultenler-yayinlar/makale-yazilar/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi.html#:~:text=Bor%C3%A7lanmaya%20dayal%C4%B1%20kitle%20fonlamas%C4%B13,bir%20araya%20getiren%20sanal%20pazarlard%C4%B1r>, (Erişim: 10.05.2022).

⁷⁰ BUYSERE vd., s.10

⁷¹ Crowdfund Capital Advisors: “Market Dynamics – The Backdrop”, <https://crowdfundcapitaladvisors.com/investment-crowdfunding-november-2023-summary/>, (Erişim: 09.12.2023).

Bu miktar içinde borçlanmaya dayalı kitle fonlaması aşağıda sayılarla verileceği üzere önemli rol oynamakta, başta Amerika olmak üzere dünyanın birçok ülkesinde özellikle küçük ve orta büyüklükte işletmelerin finansmanında ve özellikle finans teknolojisi alanında rağbet görmektedir. Sadece Amerika’da küçük ve orta büyüklükte işletmelerin finansmanında borçlanmaya dayalı kitle fonlamasından elde edilen miktar yaklaşık dokuz milyar dolar olup bu miktar borçlanmaya dayalı kitle fonlamasından elde edilen toplam hasılatın %85’ine denk gelmektedir⁷².

Kanada’da ise on bine yakın işletme, kitle fonlaması platformlarından beş yüz milyon doların üzerinde yatırım alınmış, bu miktarın %96’sı borçlanmaya dayalı kitle fonlaması platformlarından gelmiştir⁷³. Bu verilere de paralel şekilde, Kuzey Amerika’da son on yılda paya ve borçlanmaya dayalı kitle fonlaması platformlarında %90’ın üzerinde bir artış gözlemlenmiştir⁷⁴.

Şili’de borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, toplam yatırımlar içinde büyük paya sahip olmuş, yaklaşık iki yüz elli milyon dolarlık toplam fonlama miktarının %58’i borçlanmaya dayalı kitle fonlaması platformları üzerinden toplanmıştır. Benzer şekilde Meksika’da kitle fonlama platformları üzerinden toplanan yatırımın %56’sı, Brezilya’da ise çok daha yüksek şekilde %83’ü, ise borçlanmaya dayalı kitle fonlaması yolu ile toplanmıştır⁷⁵.

Avrupa Birliği’nde, kitle fonlamasına dair birlik düzeyinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Avrupa Komisyonu, 2011 yılında, paya ve borçlanmaya dayanan piyasalara dair bir aksiyon planı oluşturmuş olmakla birlikte bu düzenleme doğrudan kitle fonlamasını düzenlememektedir. Kitle fonlaması, mevcut durumda Birlik’te kara para aklama, fikri mülkiyet, e-ticaret gibi konuları düzenleyen mevzuat üzerinden yürütülmekte, kitle fonlaması konusunda uzmanlardan oluşan bir çalışma grubu ihtiyaç halinde Avrupa Komisyonu’na destek vermektedir⁷⁶.

Avrupa Birliği içinde borçlanmaya dayalı kitle fonlamasını, finansman modeli olarak etkin şekilde kullanarak en erken başarı yakalayan ülkelerden biri İngiltere olmuştur. 2007’den bu yana yoğun şekilde borçlanmaya dayalı kitle fonlaması kullanan İngiltere’de, yüz elli milyon pounddan fazla fonlama yapılmıştır⁷⁷. İsviçre’de kitle fonlaması yolu ile toplanan yatırım miktarı yıl bazında yaklaşık %40 artış göstererek kitle fonlaması yolu ile elde edilen hasılat iki yüz elli milyon İsviçre Frangının üzerine çıkmıştır. İsviçre’de de kitle fonlaması yoğunlukla küçük ve orta büyüklükte işletmelerin finansmanında işlev üstlenmiş⁷⁸, toplam kitle fonlaması hasılatının üçte birinden fazlası borçlanmaya dayalı kitle fonlaması aracılığı ile toplanmıştır. Hollanda da borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının, diğer kitle fonlaması yöntemlerine göre en çok tercih edildiği ülkelerden biri konumundadır⁷⁹.

D. Borçlanmaya Dayalı Kitle Fonlamasının Türkiye’deki Hukuki Altyapısı

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması uygulaması ulusal sınırlar içine 2020 yılında SPKn’de yapılan değişiklik ile girdiği görülmektedir. Kitle fonlaması uygulamasının SPKn’ye 35/A maddesi ile eklenmesinden yaklaşık üç yıl sonra 7222 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁸⁰ ile Kurul’a, kitle fonlama platformları üzerinden yürütülecek kitle fonlaması faaliyetlerinin ortaklığa veya borçlanmaya dayalı olarak halktan para toplaması suretiyle yapılması konusunda belirleme yapma yetkisi tanınmıştır. Bunun üzerine SPK tarafından 2021 yılında III-35/A.2 Sayılı Kitle Fonlaması Tebliği Taslağı⁸¹ hazırlanmış; Kurul, kişi ve kuruluşları taslağa görüş bildirmeye davet

⁷² The Cambridge Centre for Alternative Finance: “Reaching New Heights The 3rd Americas Alternative Finance Industry Report”, s.27, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-05-ccaf-3rd-americas-alternative-finance-industry-report.pdf>, (Erişim: 09.12.2023).

⁷³ The Cambridge Centre for Alternative Finance: s.29, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-05-ccaf-3rd-americas-alternative-finance-industry-report.pdf>, (Erişim: 09.12.2023).

⁷⁴ The World Bank: “Crowdfunding’s Potential for the Developing World”, s.32, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/409841468327411701/pdf/840000WP0Box380crowdfunding0study00.pdf>, (Erişim: 08.12.2023).

⁷⁵ The Cambridge Centre for Alternative Finance: s.30, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-05-ccaf-3rd-americas-alternative-finance-industry-report.pdf>, (Erişim: 09.12.2023).

⁷⁶ ROBANO, Virginia: “Case Study on Crowdfunding”- OECD SME and Entrepreneurship Papers No. 4, s.34, 35, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/509e2066-en.pdf?expires=1702141719&id=id&accname=guest&checksum=1A7B2593D871C547CD3A02ADDB5CEF85> (Erişim: 09.12.2023).

⁷⁷ The World Bank: s.18, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/409841468327411701/pdf/840000WP0Box380crowdfunding0study00.pdf>, (Erişim: 09.12.2023).

⁷⁸ PricewaterhouseCoopers (PWC): “Crowdlending Survey 2019”, https://www.pwc.ch/en/publications/2019/Crowdlending%20Survey%202019_EN.pdf, (Erişim: 09.12.2023).

⁷⁹ ROBANO: s.26, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/509e2066-en.pdf?expires=1702141719&id=id&accname=guest&checksum=1A7B2593D871C547CD3A02ADDB5CEF85> (Erişim: 09.12.2023). Ayrıca ülke ve bölge bazlı ayrıntılı bilgi ve analiz için bkz: Report Linker: “Crowdfunding Industry”, https://www.reportlinker.com/market-report/Online-Investing/494115/Crowdfunding?term=crowdfunding%20industry&matchtype=b&loc_interest=&loc_physical=1012763&utm_group=standard&utm_term=crowdfunding%20industry&utm_campaign=ppc&utm_source=google_ads&utm_medium=paid_ad_s&utm_content=transactionnel-1&gad_source=1&gclid=CjwKCAiAvdCrBhBREiwAX6-6UnwjmkrVB0lnqKg9_vk7UuhRMy1yR1y4pkozQUcTEyOR9HMmlqob1BoCfUAQAvD_BwE (Erişim: 09.12.2023).

⁸⁰ RG: 25.02.2020, 31050.

⁸¹ Sermaye Piyasası Kurulu: “Kitle Fonlaması Tebliği Taslağı”, <https://spk.gov.tr/data/61e228cf1b41c612388360a0/0bc5f4083e261a89d6e338e4f9cd003a.pdf>, (Erişim: 09.12.2023).

etmiştir⁸². Ardından 2021 yılında III-35/A.2 sayılı Kitle Fonlaması Tebliği⁸³'ni çıkarmış; bu Tebliğ'de paya ve borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının usul ve esaslarını düzenlemiştir.

Tebliğ'de borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, “borçlanma aracı karşılığında platformlar aracılığıyla halktan para toplanması” olarak tanımlanmaktadır (md 4/1, g). Tebliğ'de aynı zamanda kitle fonlama sürecinin üç temel unsuru olan girişimci, yatırımcı ve platform konusunda da düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre girişimci, “Türkiye’de yerleşik gerçek kişileri, limited veya anonim şirket türündeki tüzel kişiler”i ifade etmektedir⁸⁴. Yatırımcıların kimler olabileceği ise yatırım sınırları üzerinden çizilmekte, nitelikli yatırımcı olmayan gerçek kişilere, bir takvim yılı içinde borçlanmaya dayalı kitle fonlamasına yatırım yapabilecekleri azami miktar ve yıllık gelirin belirli bir oranı üzerinden olacak şekilde bazı kriterler belirlenmiştir.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması mekanizmasının genel esasları Tebliğ’de belirtilmiştir. Buna göre platform yönetim kurulu tarafından yatırım komitesi belirlenmektedir. “Girişimci veya girişim şirketi tarafından hazırlanan fizibilite ve/veya kredibilite raporunu değerlendiren, kampanyalara ilişkin hazırlanan bilgi formunu onaylayan” birim olarak görev yapan yatırım komitesi girişim şirketinin kredibilite raporuna ilişkin rapor hazırlamakta (md 11/7), ardından girişimci veya girişim şirketi ile birlikte “çıkarılacak borçlanma aracına ilişkin faiz ve benzeri getiriler, vade ve ödeme koşulları” belirlenmektedir (md 19/3). Koşullarda uzlaşılması üzerine onaylanmış bilgi formu kampanya sayfasında yayımlanmakta, yayım ile kampanya başlamaktadır (md 20/2). Kampanyanın süresi altmış gün ile sınırlanmış olup (md 20/2), ihtiyaç duyulan fonun toplanması ile sona ermektedir (md 20/1). Kampanya süresinin sona ermesi üzerine “platform adına emanet yetkilisi nezdinde açılan hesapta bloke edilen fon, fonlanan şirketin emanet yetkilisi nezdinde açılan bloke hesabına aktarılır” (md 20/7).

Bu hususta özetle ve genel olarak ifade edildiğinde, yukarıda aktarılan sürecin yeni Tebliğ ile birçok güvenlik önlemine bağlanmış olduğu, sistemin hem piyasa hem girişimci hem yatırımcı için daha kolay, şeffaf ve güvenli hale getirilmeye çalışıldığı görülmektedir.

IV. BORÇLANMAYA DAYALI KİTLE FONLAMASININ ALTERNATİF ARAÇLAR KARŞISINDA DURUMU

Paya dayalı kitle fonlaması, ülkemizde, her geçen gün hem fonlanan proje çeşitliliği hem işlem hacmi bakımından daha sık tercih edilmektedir. Bunun temel nedenlerinden biri girişimci ve tasarruf sahibi için diğer yöntemlerden daha avantajlı koşullar sunmasıdır. Bu nedenle borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının mevcut sistemdeki durumunun analiz edilebilmesi için diğer yatırım araçları bakımından incelenmesi faydalı olacaktır.

A. Girişimci Bakımından Değerlendirme

Proje fikrini hayata geçirmek isteyen girişimciler bakımından başvurulabilecek araçlar çoğaltılabilecek olsa da ilk akla gelen örneklerin başında banka kredileri ve halka arz gelmektedir. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının girişimci açısından bankadan kredi çekmekten daha avantajlı olması için kitle fonlaması süreci sonunda ana paraya ödeyeceği faizin, banka kredisine ödeyeceği faiz ve masraflardan daha düşük olması gerekecektir. SPKn kapsamında halka arz sürecine göre tercih edilebilir olması için ise daha rahat ilerleyen bir süreç sunması beklenecektir.

1. Banka Kredisi

Bankalar, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu⁸⁵,’nda yer alan faaliyet konuları arasında da belirtildiği üzere nakdi, gayrinakdi her cins ve surette kredi verme işlemlerini gerçekleştirmektedir. Mevduat ve Kredi Faiz Oranları ve Katılma Hesapları Kâr ve Zarara Katılma Oranları Hakkında Tebliği⁸⁶,’nin Kredi Faiz Oranlarını düzenleyen 4. maddesinde de yer verildiği üzere ise kredilere uygulanacak faiz oranları bankalarca serbestçe belirlenmektedir.

Bankalardan alınan kredilerin yüksek faizleri kredi alan bakımından önemli bir mali yük getirirken, bu kredilerin alınması nedeni dosya masrafı, tahsis ücreti, rehin, ipotek ve ekspertiz işlemleri gibi nedenlerle de ek masraflar çıkmaktadır⁸⁷. Bu masraflar çok sayıda Yargıtay kararına konu olmakta⁸⁸, kredi alanlar bakımından önemli bir mali zorluğa dönüşmektedir. Bu çalışmanın hazırlanmakta olduğu süreçte içinde bulunulan seçim ortamı, enflasyon oranları ve ekonomide belirsizlikler nedeni ile banka kredileri ve dosya masrafları daha da hızla artmaktadır. Kitle fonlamasında ise girişimcinin, mevzuatta belirlenen komisyon dışında katlanması gereken bir mali yükümlülük bulunmamaktadır.

Banka kredisi, birçok girişimci için masraflı da olsa bir alternatifken, bazı durumlarda girişimciler bu faiz oranlarından kredi çekmeye razı olsa dahi bankalar, kredi notu veya teminat yetersizliği gibi nedenlerle

⁸² Sermaye Piyasası Kurulu: <https://spk.gov.tr/duyurular/basin-duyurulari/2021/kitle-fonlamasi-teblig-taslagi>, (Erişim: 09.12.2023).

⁸³ RG: 27.10.2021, 31641.

⁸⁴ Ayrıca girişim şirketi, “Anonim şirket kurma zorunluluğu olmadan faaliyetlerine devam edecek ve Türkiye’de kurulu olan limited şirketlerin, toplanan fonların emanet yetkilisi nezdinde açılan bloke hesabına aktarılması öncesinde anonim şirkete dönüşmesi gerekmektedir.” (md 4/1, g).

⁸⁵ RG: 01.11.2005, 25983 (M).

⁸⁶ RG: 10.02.2022, 21035.

⁸⁷ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK): “Bireysel Müşterilere İlişkin Ücretler”, <https://www.bddk.org.tr/Sss/Liste/114>, (Erişim: 09.12.2023).

⁸⁸ Karar örnekleri listesi için bkz: ERTAŞ, Fatih Coşkun/KABAN, İsmail KABAN/SOBACI Fatih: “Bireysel Kredi Kullanan Finansal Tüketicilerce Üstlenilecek Masraflar; BDDK Düzenlemesi Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 8(14), 2016, s.136, 137.

başvuruculara kredi vermeyebilmektedir. Bu durumda girişimci maliyeti, geri ödeme sürecini ve prosedürleri göze alsın banka kredisi bir alternatif olmaktan çıkmaktadır.

2008 krizinden sonra bankaların kredi koşullarında sıkılaştırmaya gitmesi, özellikle genç inovatif girişimcilik oluşumları için yeni kaynak türlerine yönelmeyi arttırmıştır⁸⁹. Kitle fonlaması, süreç ve masraf bakımından daha avantajlı bir süreç sunabildiğinden⁹⁰ bu yönelim içinde girişimciler açısından tercih edilebilirliği yüksek görünmektedir.

2. Halka Arz/Halka Açık Ortaklık

Proje fikrini hayata geçirmek isteyen girişimciler bakımından başvurulabilecek araçlardan bir diğeri ise fikrini SPKn kapsamında halka arz üzerinden gerçekleştirmektir. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının girişimci açısından fikrini SPKn kapsamında halka arz işlemleri üzerinden pay senedi aracılığı ile gerçekleştirmekten daha avantajlı olması için kitle fonlaması sürecinin halka arz sürecinden daha kolay ve az maliyetle ilerlemesi beklenmektedir.

Pay senedi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁹¹ (TTK)'nin 484-501. maddeleri arasında düzenlenmekte, bu Kanun veya SPKn'de tanımı yapılmamaktadır. Pay senetleri, "ortaklık payını temsil eden anonim ortaklıkların ihraç ettikleri ve sermaye payını temsil eden menkul kıymet ve kıymetli evrak"⁹² olarak tanımlanabilir. Senetlerin ihracı süreci TTK, SPKn'nin çeşitli hükümleri ile VIII-128.1 Seri No'lu Pay Tebliği⁹³ üzerinden yürütmektedir. Bu süreçte izahname, sermaye, hasılat, aracılık, artırımın sınırları, halka açılma sonrası konular olmak üzere pay senedi ihracının türleri ve süreçleri bakımından mevzuatta oldukça sıkı şekilde ve esas şartları bulunmaktadır⁹⁴.

Banka kredi süreçlerinde olduğu gibi halka arz ve ihraç durumlarında da SPKn'de gösterilen şartların yerine getirilmesi sırasında Kurul'a ödenen ücretler, borsa, Merkezi Kayıt Kuruluşu ve Rekabet Kurulu ücretleri, bağımsız denetim raporları ücretleri ve diğer pek çok birçok kalem ve maliyet oluşmaktadır⁹⁵. Bu nedenle söz konusu süreç, yeni bir iş fikrinin bu yöntemle hayata geçirilmesi çok pratik görünmemektedir. Kitle fonlamasında girişimciler, SPKn'nin 3. maddesinde tanımlanan halka açık ortaklık ve ihraççı kapsamının dışında bırakılmaktadır. Bu nedenle borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının tercih edilmesi halinde halka açık, halka arz edilmiş sayılan ortaklık ve ihraççılar bakımından getirilen izahname hazırlama, ihraç belgesi sunma ve onaylatma, bağımsız denetime tabi olma, belirlenen kotalara uyma gibi yükümlülüklerle de tabi olmamaktadırlar. Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, girişimci için sürecin açık ve kolay takip edilir olması nedeni ile pay senedi ihracından daha hızlı ve pratik bir yöntem olarak görülmektedir.

Bir girişimcinin, proje kampanyasının platform üzerinden yürütülmesi için bu girişimcinin herhangi bir notu veya mali kriteri sağlaması, teminat gibi güvenceler göstermesi gerekmemektedir. Kitle fonlamasının sunduğu süreç kolaylığı ve düşük maliyetler, diğer finansman modellerine göre tercih edilmesini kolaylaştırmaya elverişli görünmektedir.

B. Tasarruf Sahibi Bakımından Değerlendirme

Tasarruf sahiplerinin bu tasarruflarını yatırıma çevirmeleri için farklı piyasalar ve araçlar bulunmaktadır. Ekonomik anlamda piyasalar mal ve faktör piyasalarından meydana gelmekte, çalışmanın konusu gereği değerlendirmeye faktör piyasaları alınmaktadır. Faktör piyasaları da işgücü ve sermayeden oluşmakta, sermaye, finansal piyasaları meydana getirmektedir. Finansal piyasalar, tasarruf fazlası olan kişilerin bu tasarruflarını sermayeye ihtiyaç duyan kişilere sundukları, finansal birikimlerin el değiştirdikleri sistemdir. Finansal sistemi meydana getiren bu finansal piyasa genel olarak sermaye piyasası ve para piyasası olarak ikiye ayrılmaktadır⁹⁶.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının etkin şekilde işlemesi için tasarrufu bulunan ve yatırım yapmak isteyen yatırımcının, borçlanmaya dayalı kitle fonlamasını tercih etmesi için piyasadaki diğer yatırım araçlarından daha fazla getiri elde etmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, girişimcinin (yatırım komitesi ile birlikte) vade ve faiz hususlarını düzenlerken, yatırımcıya, piyasadaki diğer yatırım araçlarından daha avantajlı koşullar hazırlaması gerekmektedir. Bu nedenle borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının sermaye piyasası ve para piyasası araçları arasından seçilen birkaç örnek karşısındaki durumunun incelenmesi faydalı olacaktır.

1. Sermaye Piyasası Araçları

Sermaye piyasası işlemleri, bu piyasanın esasını teşkil eden ve bir orkestranın müzik aletleri gibi kabul edilen araçlar aracılığı ile gerçekleştirilmektedir⁹⁷. SPKn'nin tanımların yer aldığı 3. maddesinde

⁸⁹ CICCHIELLO, Antonella/BATTAGLIA, Francesca/MONFERRÀ, Stefano: "Crowdfunding Tax Incentives in Europe: A Comparative Analysis", The European Journal of Finance, 25(18), 2019, s.1856.

⁹⁰ AKBULAK: <https://legal.com.tr/blog/genel/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi-faaliyetine-dair-spk-teblig-taslagindaki-duzenlemeler/>, (Erişim: 04.05.2023).

⁹¹ RG: 14.02.2011, 27846.

⁹² ADIGÜZEL, s.141.

⁹³ RG: 22.06.2013, 28685.

⁹⁴ Süreçlerin ve esasların ayrıntıları için bkz: ADIGÜZEL, s.141-156; GÜNAL/OKAT, s.95-103.

⁹⁵ Sermaye Piyasası Kurulu, Halka Arz, s.17, 18, <https://spk.gov.tr/data/61e34f9a1b41c61270320792/10-Halka%20Arz.pdf>, (Erişim: 09.12.2023).

⁹⁶ ADIGÜZEL, Burak: Sermaye Piyasası Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.1, 2

⁹⁷ SONGUR, Damla Gülseren: "Sermaye Piyasası Aracı" Kavramı, Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan, İstanbul 2011, s.2911.

sermaye piyasası araçları, “menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçları” olarak dört tür olarak belirlenmiştir. Bu belirlemeden yola çıkarak söz konusu araçlar, sermaye piyasası hukukunun konusunu oluşturan, ihraç, halka arz, ikincil piyasada işleme konu olan ve şartları sermaye piyasasına özgü kurallar tarafından belirlenen araçlar olarak tanımlanabilir⁹⁸. Menkul kıymetlerin kapsamı, SPKn'nin 3. maddesinde çizilmiş, bu kapsam, para, çek, poliçe, bono hariç olacak şekilde payları, pay benzeri diğer kıymetleri, borçlanma araçları ve bunlara ilişkin depo sertifikalarını ifade edecek şekilde düzenlenmiştir. Kitle fonlamasına benzer niteliklerinden yola çıkarak, sermaye piyasası araçlarından pay senedi ve borçlanma araçları örnek olarak analiz edilecektir

a. Pay Senedi

TTK ve SPKn kapsamında pay senedi için öngörülen süreç üst başlıkta da ele alındığı üzere birçok şekil şartına bağlanmakta; süreç uzun ve zorlu olmaktadır. Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, tasarruf sahiplerinin, mevcut birikimlerini pay senedi sürecine göre çok daha rahat, ulaşılır ve hızlı bir süreç sunmaktadır.

b. Borçlanma Araçları

Borçlanma araçları devlet tarafından da özel sektör tarafından da kullanılmakta olan piyasa araçlarıdır. Devletin topladığı kamu gelirlerinin kamu harcamalarına yetmemesi durumunda başvurabileceği başlıca yollardan birisi borçlanmadır. Devlet dış aktörlerden borçlanabileceği gibi iç piyasalardan da borçlanabilmektedir. Devletin borçlanma yoluna gitmesi, gerçek kişilerden, tüzel kişilerden, kamu kuruluşlarına vade gelince ana para ve faiz ödemeyi üstlenmesi ile yürütülmektedir⁹⁹. Devlet iç borçlanma yoluna ihale ile ihalesiz veya Merkez Bankası'ndan borçlanma yöntemleri ile gidebilmektedir¹⁰⁰.

Borçlanma sürecinde devlet genellikle tahvil ya da bono çıkarma yoluna gitmektedir¹⁰¹. Devletin bir yıldan uzun ve kısa vadeli iç borçlanma araçlarına Devlet İç Borçlanma Senetleri (DİBS) adı verilmektedir¹⁰². Hazine'nin bir yıl ve daha uzun vade ile borçlanma senedi olan devlet tahvilleri¹⁰³ esas olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen piyasa yapıcı¹⁰⁴ bankalar¹⁰⁵ arasında bir işlem türüdür. Piyasa yapıcı bankalar, devletin gelir elde etmek için ihaleye çıkardığı iç borçlanma senetlerini alarak devlete doğrudan borç vermekte ve birincil piyasayı oluşturmaktadır¹⁰⁶. Tasarruf sahipleri ise bu senetlerin vadeleri dolmadan el değiştirilmesi ile ikincil piyasayı oluşturmaktadır¹⁰⁷, 4947 sayılı Kanun'da “devlet iç borçlanma senetleri ihalelerinde ve söz konusu senetlerin ikincil piyasa işlemlerinde etkinliğin artırılması amacıyla önceden belirlenen kriterlere göre seçilmiş banka” olarak tanımlanan piyasa yapıcı bankalar, ödeyecekleri belirli bir komisyon karşılığında bu tahvilleri alabilmektedir.

Özel sektör tarafından kullanılmakta olan borçlanma araçları, SPKn'de menkul kıymetler arasında yer almakta fakat tanımı yapılmamaktadır. Borçlanma süreçleri SPKn'nin ve TTK'nın ilgili hükümleri ve VII-128.8 Seri No'lu Borçlanma Araçları Tebliği¹⁰⁸ hükümlerine dayanarak gerçekleştirilmektedir. Tebliğ'in tanımların düzenlendiği 3. maddesine göre borçlanma araçları, belirtilen tahvil, bono ve Kurulca niteliği borçlanma aracı olarak kabul edilen sermaye piyasası araçlarını ifade etmektedir.

VII-128.8 Seri No'lu Borçlanma Araçları Tebliği'nin 3. maddesinde işaret edildiği üzere tahviller, bu tahvili ihraç edenlerin borçlu sıfatıyla düzenleyerek sattığı kıymetlerdir. Bu ihraç, yatırımcıya, tahvilin nominal değerini vade tarihine kadar veya vade tarihinde taksitler halinde geri ödenmesi taahhüdü içermektedir. Tebliğ'de düzenlendiği üzere tahviller, vadesi 365 gün veya daha uzun borçlanma araçlarıdır.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, hukuki alt yapısı nispeten yeni kurulmuş bir yöntem olduğundan gelenekselleşmiş borçlanma araçları karşısında tercih edilirliliği kolay olmamaktadır. Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması yoluyla yatırımcı bulmak isteyen girişimcinin, tasarruf sahiplerine borçlanma araçlarından daha kârlı bir dönüş sunmayı vadetmesi gerekmektedir.

2. Para Piyasası Araçları

Fon arz ve talep vadesinin bir yıldan az olduğu piyasalar olup bankaların fon talep edenlere kısa vadeli kredi sağladığı sistemlerdir¹⁰⁹. Para piyasalarının temel işlevi, kısa vadeli likidite fazlası olanlarla

⁹⁸ TANÖR, Reha: Türk Sermaye Piyasası, Halka Arz, C. II, İstanbul 2020, s.81.

⁹⁹ ÖNCEL, Mualla/ÇAĞAN, Nami: Bankacılar İçin Mali Hukuk Bilgisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s.113.

¹⁰⁰ EĞİLMEZ, Mahfi: Kamu Maliyesi, Remzi Kitabevi, İstanbul 2016, s.104.

¹⁰¹ ÖNCEL/ÇAĞAN, s.113.

¹⁰² EĞİLMEZ, s.103.

¹⁰³ EĞİLMEZ, s.103.

¹⁰⁴ Piyasa yapıcılığı, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Tanımlar başlıklı 3. maddesinde “devlet iç borçlanma senetleri ihalelerinde ve söz konusu senetlerin ikincil piyasa işlemlerinde etkinliğin artırılması amacıyla önceden belirlenen kriterlere göre seçilmiş bankalara Müsteşarlık tarafından bazı hak ve görevler verilmesini içeren sistem” olarak tanımlanmaktadır.

¹⁰⁵ Hazine ve Maliye Bakanlığı: “2022 Dönemi Piyasa Yapıcı Bankalara İlişkin Basın Duyurusu”, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/12/2022-Donemi-Piyasa-Yapiciligi.pdf>, (Erişim: 16.06.2022).

¹⁰⁶ KARAKOÇ, Yusuf: “Kamu Kesimi İç Borçlanma İşlemlerinin Hukuki Niteliği, Türkiye’de Kamu Borçlanması”, 18. Türkiye Maliye Sempozyumu, T.C. Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2003, 19, s.63; YILMAZ, Binhan Elif: “Kamu Borç Yönetiminde Piyasa Yapıcılığı Sistemi”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 47, Prof. Dr. Türkan Öncel’e Armağan, 2005, s.63.

¹⁰⁷ ADIGÜZEL, s.4; KARAKOÇ, s.64.

¹⁰⁸ RG: 07.06.2013, 28670.

¹⁰⁹ ADIGÜZEL, s.2.

açığı olanları bir araya getiren piyasalar olmalarıdır¹¹⁰. Bu araçlar farklı çeşit ve niteliklerde olup, çalışmada borçlanmaya dayalı kitle fonlamasına alternatif olabilecek araçlar bakımından iki örnek seçilmiştir.

a. Bono

Sermaye piyasası araçları altında da belirtildiği üzere devletin çeşitli borçlanma araçları olup, bir yıldan kısa vadeli borçlanmalar hazine bonusu ile yapılmaktadır. Bono, özel sektör tarafından da yaygın şekilde kullanılan bir kredi ve teminat aracıdır¹¹¹. Üst başlıkta ele alınan tahviller de bono da hem devlet hem özel sektör tarafından kullanılmakta, özel sektör tahvil ve bonolarının devlet tahvil ve bonolarından farkı ihraççının bir banka veya anonim şirket olmasıdır. İhraççıdaki bu farklılaşma özel sektör tahvil ve bonolarında devlet garantisinin olmamasına neden olmaktadır¹¹². Bonolar da miktarı önceden belirlenmiş bir miktarın ödenmesi konusunda ödeme vaadidir¹¹³. VII-128.8 Seri No'lu Borçlanma Araçları Tebliği'nin 3. maddesinde işaret edildiği üzere bonolar finansman ve kıymetli maden tipi olarak ikiye ayrılmakta ve bu bonoları ihraç edenlerin borçlu sıfatı ile düzenleyerek sattığı, yatırımcıya 30-365 gün içinde nominal değeri ödemeyi taahhüt ettiği değerlerdir.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, yatırımcıya hızlı şekilde kazanç sağlama özelliği bakımından birçok alternatif yatırım aracına göre avantajlı olmakla birlikte, kitle fonlamasının bu özelliği bono karşısında çok da etkili olmamaktadır. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının bono karşısında tercih edilebilirliği ancak bu finansman yöntemine bono getirilerine sağlanmayan birtakım vergi kolaylıkları getirilmesi gibi destek mekanizmaları ile mümkün olabilecektir. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasını, bono karşısında daha işlevsel ve faydalı hale getiren özelliği ise kitle fonlaması ile toplanan getirinin yenilikçi bir projenin hayata geçirilmesinde işlev üstlenmesi, katma değer yaratması ve uzun vadeli dışsal fayda üretmesidir.

b. Mevduat Hesabı

Bir yatırımcının faydalanabileceği piyasa araçları çok çeşitli olmakla birlikte, nitelik olarak borçlanmaya dayalı kitle fonlaması mekanizmasına yakın olan örnekler üzerinden incelenecek olursa, tasarruf sahibi bir yatırımcının başvurabileceği en geleneksel, yaygın ve risksiz araçlardan bir tanesi bankada mevduat hesabı açmaktır. 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu¹¹⁴'nin Temel Görevler ve Yetkiler başlıklı 4. maddesinin temel yetkileri düzenleyen 2. fıkrasının (f) bendinde düzenlendiği üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası (TCMB), “bankaların ödünç para verme işlemlerinde ve mevduat kabulünde uygulayacakları faiz oranlarını, belirleyeceği usul ve esaslara göre bankalardan istemeye yetkilidir.” TCMB, bu yetkisini kullanarak 1 Haziran 2018 tarihinde, bir hafta vadeli repo ihale faiz oranını, Banka'nın politika faizi olarak belirlemiştir¹¹⁵.

Bir girişimcinin, tasarruf sahibini mevduat hesabına yönelmek yerine kendi projesine yatırım yapmaya çekebilmesi projenin güvenilirliğini ispat etmesi ve risksiz bir yöntem olan mevduat hesabı gibi güvenceli bir ortam sunabilmesi ile mümkün olacaktır. Girişimcinin aynı zamanda, tasarruf sahibine projesinin fonlanması ve hayata geçmesi halinde tasarruf sahibine, mevduat hesabından alacağı getiriden daha yüksek bir kazanç sağlamayı başarması beklenecektir. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının, vergi politikaları ile desteklenmesi, tasarruf sahiplerini mevduat hesabına yönelmektense fonlamaya çekmek açısından yine önemli rol oynayabilecektir.

Günümüz piyasa araçları çok çeşitli olup elinde sermaye bulduran yatırımcı bakımından da iş fikri olan girişimci açısından da başvurulabilecek yolların tartışılması kuşkusuz ki sınırsızdır. Çalışmada, borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının işlerlik kazanabilmesi için mevcut durumun ve engellerin ortaya konabilmesi adına sınırlı sayıda örnek tercih edilmiştir.

Seçilen örneklerden görülebileceği üzere borçlanmaya dayalı kitle fonlaması girişimci açısından hem sürecin açık ve kolay olması hem kredi notu ve teminat gibi banka prosedürleri olmaması bakımından kolaylaştırılmış ve hızlandırılmış bir alternatif oluşturmaktadır. Tasarruf sahibi açısından baktığımızda ise borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının tercih edilmesi için bu yolun, daha geleneksel, karlı ve düşük riskli olarak görülen sermaye piyasası ve para piyasası araçlarına göre daha yüksek getiri sağlaması gerekecektir.

V. BORÇLANMAYA DAİR KİTLE FONLAMASININ VERGİ POLİTİKALARI KARŞISINDA DURUMU

Bir girişimcinin aklındaki fikri hayata geçirmek noktasında hangi aracı tercih edeceği konusunda çok sayıda faktör rol oynamaktadır. Aynı şekilde tasarruf sahibi bir kişinin elindeki sermayeyi hangi yatırım aracına yönlendireceği konusunda da birçok alternatifi bulunmaktadır. Girişimcinin de tasarruf sahibinin de kararı üzerinde en büyük rol oynayacak etmenlerden biri ise şüphesiz vergi yüküdür¹¹⁶. Bu nedenle borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının analiz edilebilmesi için tabii olduğu vergi sistemi içindeki düzenlemelerin de ele alınması gerekmektedir.

¹¹⁰ Finansal Piyasalar, <https://www.matrksdata.com/website/finansal-piyasalar>, (Erişim: 24.05.2023).

¹¹¹ KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s.160.

¹¹² Yatırım-Hazine Bonusu/Devlet Tahvili, <https://www.garantibvva.com.tr/yatirim/hazine-bonusu-devlet-tahvili>, (Erişim: 24.05.2023).

¹¹³ BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021, s.186.

¹¹⁴ RG: 26.01.1970, 13409.

¹¹⁵ TC Merkez Bankası: “Faiz Oranları”,

<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/tr/tcmb+tr/main+menu/temel+faaliyetler/para+politikasi/merkez+bankasi+faiz+oranlari>, (Erişim: 16.06.2022).

¹¹⁶ Yapılan araştırmalar, tasarruf sahiplerinin yüksek riskli küçük girişimlere yapacakları yatırım kararlarında en önemli rolü verginin oynadığını göstermektedir. CICCHIELLO vd., s.1857.

Bir ülkede uygulanan vergi ve vergi benzeri kamu gelirleri, vergi sistemi olarak adlandırılmaktadır¹¹⁷. Günümüz çağdaş ekonomik sistemlerinde, devletlerden beklenen hizmetler ve roller artmış, bu da devletlerin artan gelir gereksinimi karşılayabilmek ve mali gücü kavrayabilmek için çok vergili sistem uygulaması gerekliliğini doğurmuştur¹¹⁸. Günümüz vergi sistemlerinde mali gücü kapsamak amacı ile verginin alındığı ekonomik kaynağa bakarak yapılan ayrıma göre vergiler gelirden, servetten ve harcamalardan alınmaktadır¹¹⁹.

Servet, kişilerin belirli bir dönemde sahip olduğu para ile ifade edilebilen¹²⁰, menkul ve gayrimenkul değerli kapsayan bir üst kavramdır¹²¹. Servet, kural olarak gelirin biriktirilmesi ile oluşan ve statik bir kavramdır ve malvarlığına dair stok durumunu ortaya koymaktadır¹²². Bu nitelikleri gereği servetten alınan vergiler, borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında analiz edilmesine ihtiyaç duyulan ekonomik kaynaklar arasında yer almamaktadır.

A. Türkiyede Kitle Fonlamasının Hukuki Altyapısı

Birçok ülke, (borçlanmaya dayalı) kitle fonlamasına dair özel vergi düzenlemeleri benimsemektedir. Bu düzenlemeler İtalya'da olduğu gibi vergi oranını düşürmek şeklinde vücut bulabilmektedir. İtalya'da kitle fonlamasından elde edilen kazançların %40'ın üzerine çıkan gelir vergisi oranları, %26'ya sabitlenerek kitle fonlaması yöntemi lehine bir vergi değişikliği yapılmıştır¹²³.

İngiltere gibi bazı ülkeler kitle fonlaması üzerinden elde edilen gelirler bakımından vergi yükünün sıfırlandığı bir alan yaratmış¹²⁴ veya Litvanya'da olduğu gibi kitle fonlaması ile elde edilen gelirin belli bir kısmı (beş yüz euro altı) gelir vergisinden istisna edilmiştir¹²⁵.

Belçika gibi bazı ülkeler ise yatırımın yeni kurulmakta olan ve belirlenen alanlarda faaliyet gösteren firmalara yapılması gibi kriterler uygulayarak, kriterlerin sağlanması halinde %30 olan stopaj oranını sıfıra düşürmektedir¹²⁶.

Yöntemin desteklenmesi doğrudan vergi dışı bırakmak yerine indirilebilecek giderler bakımından da sağlanabilecektir. Örneğin İspanya'da üç yıldan daha yeni kurulmuş olan ulusal firmalara yatırım yapılması gibi kriterlerin sağlanması halinde borçlanmaya dayalı kitle fonlaması yolu ile verilmiş borçların %20'sinin indirilmesini izin vererek vergi kolaylığı sağlamaktadır¹²⁷.

Fransa'da ise borçlanmaya kitle fonlaması, diğer yatırım araçları ile paralel düzenlemelere tabi tutularak desteklenmiştir. Bu uygulamada kitle fonlaması ile elde edilen gelirlerin diğer bono ve benzeri kağıtlara uygulanan vergi kolaylıklarından faydalanması kabul edilmiş; bu uygulama kitle fonlaması üzerinde olumlu etki yaratmıştır¹²⁸. Getirilen servet vergisi ile ise yatırımcılar bakımından ek bir mali yükümlülük yarattığı için kitle fonlaması üzerinden toplanan miktarlarda düşüşler yaşanmıştır¹²⁹.

Amerika'da borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında borçlanma kağıtları sabit bir orana tabi tutulmuştur ve bu durum kullanıcıların %60'ının borçlanmaya dayalı kitle fonlaması memnun olduğunu iletmesi ve bu yönetime yönelimin artması ile sonuçlanmıştır¹³⁰.

Mevzuat değişikliklerinin etkileri ve yapılan araştırmalar, kitle fonlaması üzerinde vergi kolaylıklarının bu yöntemin tercih edilirliliğini ortaya koymaktadır. Bu farkındalığın da etkisi ile kitle fonlaması için özel vergi düzenlemesi bulunmayan ülkeler için de doktrinde farklı öneriler geliştirilmekte¹³¹; örnekleri yukarıda verilen ülkelerde olduğu gibi vergi kolaylıklarına dikkat çekilmektedir¹³².

Farklı ülke örneklerinden de faydalanarak ülkemizde borçlanmaya dayalı kitle fonlaması bakımından öneriler üretebilmek için önce mevcut vergi sisteminin incelenmesi yerinde olacaktır.

¹¹⁷ ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami/GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, 30. Baskı, Ankara 2021, s.251; SARAÇOĞLU, Fatih: Türk Vergi Sistemi, Gazi Kitabevi, Ankara 2020, s.1; TAŞKAN, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.377.

¹¹⁸ ÖNCEL vd., s.251; SARAÇOĞLU, s.1, 3; TAŞKAN, s.377.

¹¹⁹ ÖNCEL vd., s.251; SARAÇOĞLU, s.355; TAŞKAN, s.378.

¹²⁰ SARAÇOĞLU, s.529.

¹²¹ MUTLUER, KAMİL/DAYANÇ KUZEYLİ, Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2019, s.565.

¹²² ÖNCEL vd., s.393.

¹²³ The Cambridge Centre for Alternative Finance: "Shifting Paradigms The 4th European Alternative Finance Benchmarking Report", s.99, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-05-4th-european-alternative-finance-benchmarking-industry-report-shifting-paradigms.pdf>, (Erişim: 10.12.2023).

¹²⁴ Compare Innovative Finance ISA: <https://www.isa.co.uk/peer-to-peer-isa/innovative-finance-isa/>, (Erişim: 09.12.2023).

¹²⁵ The Cambridge Centre for Alternative Finance, b: s.124, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-05-4th-european-alternative-finance-benchmarking-industry-report-shifting-paradigms.pdf>, (Erişim: 09.12.2023) s.124.

¹²⁶ CICHIELLO vd., s.1863.

¹²⁷ CICHIELLO vd., s.1866

¹²⁸ HAVRYLCHYK, Olena: "Regulatory Framework for the Loan-Based Crowdfunding Platforms", OECD Economics Department Working Papers No. 1513, 2018, s.36, [https://one.oecd.org/document/ECO/WKP\(2018\)61/En/pdf](https://one.oecd.org/document/ECO/WKP(2018)61/En/pdf), (Erişim: 09.12.2023).

¹²⁹ The Cambridge Centre for Alternative Finance, b: s.61, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-05-4th-european-alternative-finance-benchmarking-industry-report-shifting-paradigms.pdf>, (Erişim: 09.12.2023).

¹³⁰ The Cambridge Centre for Alternative Finance: s.16, 24, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-05-ccaf-3rd-americas-alternative-finance-industry-report.pdf>, s.27. (Erişim: 09.12.2023).

¹³¹ CORREA, Jorge/FARIAS, Gerardo: "Crowdfunding: The Challenge of Designing New Tax Regulation", International Tax Review, 29(9), 2018, s.46.

¹³² LUSCOMBE, Mark: "Crowdfunding and Taxes", Taxes: The Tax Magazine, 11, 2017, s.57; YAKAR, Soner/YILMAZ, Serkan Kandır: "Türkiye'de Paya Dayalı Kitle Fonlaması İçin Bir Vergi Teşviki Önerisi", Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi Uluslararası İşletmecilik Kongresi Özel Sayısı, 19, 2020, s.195-198.

B. Gelir Üzerinden Alınan Vergiler Bakımından Değerlendirme

Gelir üzerinden alınan vergiler gelir vergisi ve kurumlar vergisi olarak ikiye ayrılmakta, borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında girişimci ve yatırımcının elde ettiği gelir ve kazançlar bakımından vergi yükümlülüğü doğmaktadır.

1. Yatırımcının Elde Ettiği Gelirin Vergilendirilmesi

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, yatırımcının gelecek gördüğü iş fikrinin kampanyasına yatırım yapması, kampanyanın başarılı olup ihtiyaç duyulan sermayenin toplanması durumunda ise girişimcinin ana para ve faizi geri ödemesi şeklinde ilerlemektedir¹³³.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu¹³⁴, nun 75. maddesine göre

“sahibinin ticari, zirai veya mesleki faaliyeti dışında nakdi sermaye veya para ile temsil edilen değerlerden müteşekkil sermaye dolayısıyla elde ettiği kar payı, faiz, kira ve benzeri iratlar menkul sermaye iradidir”.

Aynı maddenin 2. fıkrasının 6. bendine göre ise “her nevi alacak faizleri” kaynağı ne olursa olsun menkul sermaye iradı sayılır. Bu nedenle borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında yatırımcının ana para ile birlikte aldığı faiz, menkul sermaye iradı olarak vergilendirilecektir.

Ödünç para verme işi mutat meslek olarak sürekli şekilde yapıldığında ticari kazanç niteliği taşımakta¹³⁵; Danıştay da alacak faizlerinin menkul sermaye iradı olarak kabul edilebilmesini bu geliri elde eden kişinin söz konusu para verme işini sürekli şekilde yapmamasını aramaktadır¹³⁶.

Gelir vergisi ve kurumlar vergisi arasında konu bakımından bir özdeşlik bulunmaktadır. Bu nedenle gelir vergisinin konusuna giren kazanç ve iratlar, kurumlar vergisinin yükümlülere tarafından elde edilince kurum kazancı niteliğine bürünmektedir¹³⁷. Bu nedenle yatırımcının gerçek kişi olması halinde elde ettiği kazanç menkul sermaye iradı, kurumlar vergisi yükümlüsü olması halinde kurumlar vergisi hükümleri üzerinden vergilendirilecektir. Kurumlar Vergisi Kanunu’nda da (borçlanmaya dayalı) kitle fonlaması hakkında özel bir hüküm bulunmamaktadır.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu¹³⁸, nun safi kurum kazancını düzenleyen 6. maddesinde yer verildiği üzere “safî kurum kazancının tespitinde, Gelir Vergisi Kanununun ticarî kazanç hakkındaki hükümleri uygulanır.” Dolayısı ile yatırımcının kurumlar vergisi yükümlüsü olması halinde faiz geliri, ticari kazanç hükümlerine göre değerlendirilecektir.

Yatırımcı, Tebliğ’de kendisine verilen hakkı kullanarak borçlanmaya dayalı kitle fonlaması aracılığı ile fonladığı projeden yatırımının karşılığını pay senedi olarak almayı seçebilir. Bu durumda ise ödenecek ana para ve faizin, fonlanan şirkette ne kadar paya denk geldiği hesaplanarak bu pay üzerinden temettü ödemesi yapılması gerekecektir. Bu halde vergilendirme süreci paya dayalı kitle fonlaması gibi devam edecektir¹³⁹.

2. Girişimcinin Elde Ettiği Gelirin Vergilendirilmesi

Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında tasarruf sahibine ödenen faiz, bir gelir iken girişimciye verilen ‘borç’ bir gelir niteliğinde olmamaktadır. Girişimcinin elde ettiği gelirin vergilendirilmesinden söz edebilmek için alınan bu borç ile projenin hayata geçirilmesinin ardından kazanç elde edilmesi anlaşılmalıdır¹⁴⁰.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasına projesi için başvurabilecek olanlar Tebliğ’de girişimciler ve girişim şirketleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan girişimciler, gerçek kişi, limited şirket veya anonim şirket; girişim şirketi ise anonim şirket veya kampanya sona erince anonim şirkete dönüşecek olan yapıları ifade etmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 1. maddesinde verginin konusu yer almakta; bunun içinde sermaye şirketlerinin kazançları da yer almaktadır. Kanun’un 2. maddesinde ise verginin yükümlülere yer verilmekte, sermaye şirketi kazancı elde eden yükümlüler “... Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile benzer nitelikteki yabancı kurumlar sermaye şirkettir...” şeklinde açıklanmaktadır. Bu hükümden yola çıkarak, borçlanmaya dayalı kitle fonlaması yolu ile fonlanan ve hayata geçirilen bir projeden anonim şirket olarak elde edilen kazanç Kurumlar Vergisi Kanunu’na tabi olacaktır.

Girişimcinin vergilendirilmesi sürecinde de (borçlanmaya dayalı) kitle fonlamasına dair özel bir hüküm bulunmamaktadır. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının, yatırımcı ve girişimcinin elde ettiği gelir

¹³³ FUTKO: <https://www.crowdfundinsider.com/2014/09/50628-equity-vs-debt-crowdfunding/>, (Erişim: 29.05.2023).

¹³⁴ RG: 06.01.1961, 10700.

¹³⁵ ÖNCEL vd.: s.342.

¹³⁶ Danıştay 3.D., 09.11.2015, E.2012/869, K.2015/7884. “Davacı hakkında yapılan incelemede sadece, davacının ...’a 2005 yılında borç para verdiği ve karşılığında iki çek aldığı tespit edilmiş olup, davacı tarafından söz konusu borç karşılığında faiz geliri elde edildiğine yönelik, ...’in ifadesi dışında, icra takibi, ödeme belgesi, banka havalesi ve benzeri tahsile yönelik hukuken geçerli herhangi bir kanıt bulunmadığı gibi bu hususu ortaya koyacak bir inceleme ve tespit yapılmaksızın çek tutarının tahsil edildiğinin kabulüyle yapılan vergilendirme varsayımı dayandırılmıştır.”

¹³⁷ ÖNCEL vd.: s.350.

¹³⁸ RG: 21.06.2022, 26205.

¹³⁹ Paya dayalı kitle fonlamasının tabi olacağı vergi rejimi için bkz: MUTLU, Murat/EKMEN, Halit İslam: “Paya Dayalı Kitle Fonlaması ve Vergisel Boyutu”, Vergi Sorunları Dergisi, 399, 2021, s.81- 90, SÜMER, Ayşe/BOZTAŞ, Hakan: “Girişimciliğin Finansmanında Yeni Bir Model: Paya Dayalı Kitle Fonlaması ve Vergisel Boyutu”, Vergi Dünyası Dergisi, 499, 2023, s.21-35.

¹⁴⁰ BATTISTA, s.151; MARTİN/O’CONNELLS, s.32.

ve kazançlar bakımından vergi politikaları ile desteklenmesinde belli miktara kadar elde edilen gelirin, vergiden istisna edilmesi; elde edilen elde edilen gelirin sabit oranlı tarife üzerinden vergilendirilmesi gibi uygulamalar faydalı olabilecektir. Vergi kolaylığından faydalanmak için birtakım koşullar aranması da devlet politikalarında öncelikli konulara önem verilirken bir yandan da vergi yükü bakımından daha avantajlı bir sistem oluşturulmasını sağlayabilir. Kalkınma planı, orta vadeli program gibi politika belgelerinde öncelik ve önem verilen çevre, yapay zeka gibi konularda yürütülecek projelerden elde edilen gelirlerin vergi dışı bırakılması ve veya daha düşük oranda vergilendirilmesi bu önerinin hayata geçirilmesinde düşünülebilecektir.

3. İndirilebilecek Giderler

Diğer faaliyetlerden farklılık gösterdiği için kitle fonlamasında kısaca ele almakta fayda olan bir durum indirilebilecek giderler mevzusudur. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında, sürece Merkezi Kayıt Kuruluşu, emanet yetkilisi, platform gibi unsurlar girmektedir. Girişimci kampanya süresince buralara kaydın oluşturulması, komisyon, danışmanlık ücreti, emanette tutma bedeli gibi giderler yapmaktadır. Bu giderlerin indirilmesi bakımından borçlanmaya dayalı kitle fonlaması bakımından özel bir hüküm bulunmamaktadır. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun İndirilebilecek Giderler başlıklı 8. Maddesinde yer alan “menkul kıymet ihraç giderleri” ve/ya “kuruluş ve örgütlenme giderleri” olarak “ticarî kazanç gibi hesaplanan kurum kazancının tespitinde ... hasılatın indirebilirler” hükmü çerçevesinde indirilebileceği düşünülebilir.

Kurumlar Vergisi Kanunu, indirilebilecek giderler bakımından genel düzenleme ihtiva etmekle birlikte borçlanmaya dayalı kitle fonlaması bakımından, sınır getirilmeksizin indirim hakkı tanıyan açık hüküm olması faydalı olacaktır. Paralel şekilde Gelir Vergisi Kanunu'nda da gerçek kişi girişimcinin proje hazırlık ve kampanya sürecine dair indirilebilecek giderleri bakımından açık düzenleme ile desteklenmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Yatırımcının da borçlanmaya dayalı kitle fonlaması için sunduğu miktarın indirilebilecek gider olarak göstermesinin açık şekilde düzenlenmesi, tasarruf sahiplerini bu yönetime çekmek için faydalı olabilecektir.

C. Harcamalar Üzerinden Alınan Vergiler Bakımından Değerlendirme

Harcamalar üzerinden alınan vergiler, üretilen, satılan veya tüketilen mal ve hizmetler üzerinden alınan vergilerdir¹⁴¹. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında harcamalar üzerinden alınan vergilerin farklı türleri bakımından vergi ödevi doğmaktadır.

1. Katma Değer Vergisi

Harcamalar üzerinden alınan vergiler, doktrinde vergiyi doğuran olayın niteliğine göre iktisadi veya hukuki muamele vergisi olarak ikiye ayrılmaktadır. İktisadi muamele vergileri, mal ve hizmetlerin üretim, tüketim, el değiştirme süreçlerinde yapılan harcamalardan alınmaktadır¹⁴². Bunlardan katma değer vergisi, kapsamı ve hasılatı en yüksek gider vergilerindedir. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu¹⁴³, nun 1. maddesine göre ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler, her türlü mal ve hizmet ithalatı ile Kanun'da sayılan diğer faaliyetlerden doğan teslim ve hizmetler katma değer vergisinin konusuna girmektedir. Kanun'un 8. maddesine göre ise verginin yükümlüsü, mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işleri yapanlardır.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında anonim şirket niteliğinde olan Merkezi Kayıt Kuruluşu'nun ve platformların sundukları hizmet, Katma Değer Vergisi Kanunu'nda verginin konusu içinde sayılan ‘ticari faaliyet çerçevesinde yapılan hizmet’ kapsamına girmektedir. Bu nedenle Merkezi Kayıt Kuruluşu ve platformlar, sundukları hizmetlerden dolayı katma değer vergisi yükümlüsü olacak; girişimci, kendisine yansıtılan katma değer vergisi miktarını da ödeyecektir.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması ile desteklenen projelerden özellikle çevre, yapay zeka gibi devlet politikalarında öncelikli konulara yönelen ve toplumsal faydaya hizmet eden projelerde KDV bakımından vergi kolaylığı sağlanması, bu konularda yenilikçi fikirler üretilmesi için teşvik edici sonuçlar doğurabilecektir.

2. Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisi

Harcamaya dayalı vergiler, bazen muamele vergileri veya gider vergileri gibi isimlerle de anılmaktadır¹⁴⁴. Gider vergileri, sistemimizde 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu¹⁴⁵,nda düzenlenmektedir. Gider Vergileri Kanunu'nun kapsamı, katma değer vergisi uygulamasına geçilmesi ile daralsa da bu Kanun'da yer alan banka ve sigorta muameleleri vergisi hala varlığını sürdürmektedir¹⁴⁶. Bu Kanun'a göre “banka ve sigorta şirketlerinin¹⁴⁷, her ne şekilde olursa olsun yapmış oldukları bütün muameleler dolayısıyla kendi lehlerine her ne nam ile olursa olsun nakden veya hesaben aldıkları paralar banka ve sigorta muameleleri vergisine tabidir.”

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması uygulamasında, platform tarafından yürütülen kampanya aracılığı ile toplanan fonların Merkezi Kayıt Kuruluşu üzerinden girişimciye aktarılması ve daha sonra bu

¹⁴¹ MUTLUER/DAYANÇ KUZEYLİ, s.534; ÖNCEL vd., s.427; SARAÇOĞLU, s.355; TAŞKAN, s.597.

¹⁴² MUTLUER/DAYANÇ KUZEYLİ: s.535, ÖNCEL vd., s.427. Daha farklı ayrımlar için bkz: SARAÇOĞLU, s.355,356.

¹⁴³ RG: 02.11.1984, 18563.

¹⁴⁴ ÖNCEL vd., s.427.

¹⁴⁵ RG: 23.07.1956, 9362.

¹⁴⁶ ÖNCEL vd., s.447; SARAÇOĞLU, s.449; TAŞKAN, s.648.

¹⁴⁷ 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanununa göre yaptıkları işlemler hariç olmak üzere

borcun faizi ile ödenmesi şeklinde bir sistem kurulduğundan bu süreçte banka ve sigorta muameleleri vergisi yükümlülüğü doğup doğmayacağı sorusu akla gelebilmektedir.

6362 sayılı SPKn'nin kitle fonlama platformlarını düzenleyen 35/A maddesinde düzenlendiği üzere "Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması faaliyetlerine bankacılık mevzuatı hükümleri uygulanmaz." Dolayısı ile bu süreçte yer alan aşamalar bankacılık faaliyetleri gibi işlem görmeyecektir. Dolayısı ile borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında bankacılık sistemine benzer bir borç ve faiz ödemesi uygulaması olsa da bir banka ve sigorta muameleleri vergisinden bahsedilemeyecektir.

3. Damga Vergisi

Üst başlıkta da belirtildiği üzere harcamalar üzerinden alınan vergiler, iktisadi veya hukuki muamele vergisi olarak ikiye ayrılmaktadır. Hukuki muamele vergileri, tek taraflı veya iki taraflı hukuki işlemlerin, bazı idari karar ve tasarrufların gerçekleştirilmesi halinde ortaya çıkan vergilerdir¹⁴⁸. Gayri şahsi (objektif) nitelikli bir vergi olan damga vergisi¹⁴⁹, kişilerin birbirleri ile ya da devlet ile yaptıkları hukuki muamelelerde düzenledikleri birtakım belgeler veya kağıtlar üzerinden ödedikleri mali yükümlülükler olarak tanımlanabilir¹⁵⁰.

488 sayılı Damga Vergisi Kanunu¹⁵¹, Kanun'un (1) sayılı tablosunda yer alan kağıtların damga vergisine tabi olacağını düzenlemektedir. Ardından kağıtlar teriminden ne anlaşılacağı açıklanmaktadır. Buna göre kağıtlar ibaresi

"yazılıp imzalamak veya imza yerine geçen bir işaret konmak suretiyle düzenlenen ve herhangi bir hususu ispat veya belli etmek için ibraz edilebilecek olan belgeler ile elektronik imza kullanılmak suretiyle manyetik ortamda ve elektronik veri şeklinde oluşturulan belgeleri ifade eder".

Aynı Kanun'un 9. maddesinde ise istisnalar düzenlenmekte, Kanun'un (2) sayılı tablosunda yer alan kağıtların damga vergisinden müstesna olacağı kurala bağlanmaktadır.

Borçlanma senetleri belli parayı ihtiva eden belgeler olup Kanun'un damga vergisi konusuna girmek için gereken özellikleri taşımakta; istisna kapsamında yer alan II sayılı listede ise yer almamaktadır. Bu nedenle borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında kullanılan borçlanma kağıtlarının damga vergisi konusuna girmeleri gerekecektir.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması bakımından doğacak damga vergisi yükümlülüğü, Damga Vergisi Kanunu'na hüküm konarak, bu süreçteki kağıtlar bakımından düşük bir matbu miktar kabul edilmesi ile teşvik edilebilecektir. Böylelikle büyük hasılatlı projelerde damga vergisi yükü artmayacak, süreç yine vergi politikası ile desteklenmiş olacaktır.

VI. GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Kitle fonlaması, iş fikri veya projesi için sermaye ihtiyacı olan girişimcilerle, tasarruf sahibi olup bunu değerlendirmek isteyen yatırımcıların çevrimiçi platformlar aracılığı ile bir araya gelmesini sağlayan bir finansman yöntemidir. Uzun yıllardır çok farklı ülkelerde farklı konular için yaygın şekilde kullanılmakta olan bu finansman aracının birçok türü bulunmaktadır. Bunlardan çalışmanın odaklandığı borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, girişimcinin, yatırımcıya sağladığı fon karşılığında ana para ve faizi geri ödemesi üzerine kurulu bir borçlanma aracı mekanizmasıdır.

Kitle fonlaması yöntemi, hızlı fonlama sağlama, girişimcinin, geniş kitlelere ulaşmasını mümkün kılması, düşük maliyetli olması, farklı kaynaklardan fonlanma sağladığı için ihtiyaç duyulan meblağa hızlı ulaşma ihtimalini artırması, adil bir rekabet ortamı yaratması, sürecin alternatif yöntemlere göre çok daha kolay olması gibi avantajları sayesinde oldukça geniş kitleler tarafından benimsenmektedir. Düzenlenmesinin ve denetiminin güç olması, sürecin çevrimiçi ortamdan yürümesinin, cezai yükümlülük doğuran iş ve işlemlere karşı savunmasız durum yaratması, hukuki alt yapısında hala boşluklar olması, sürecin bazı açılardan teknik ve zor olması gibi eleştiriye açık yönleri de bulunmaktadır.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, girişimcinin kredi notunun önem arz etmemesi, bankadan kredi kullanılacağında ihtiyaç duyulduğu gibi bir teminat istenmemesi, faizlerin belirlenmesinde girişimcinin söz hakkı olması, yatırımcının rızası halinde geri ödemenin pay üzerinden yapılabilmesi, girişimcinin iflası halinde yatırımcının alacağı bakımından öncelik hakkının olması gibi olumlu yönleri bulunmaktadır. Birçok olumlu yönü olmakla birlikte girişimcinin temerrüdü halinde yatırımcının alacağına zamanında ulaşamaması, yatırımcının vade ile bağlı olması gibi olumsuzluklar barındırmaktadır. Bu ihtimaller gerçek olmakla birlikte söz konusu olumsuzluklar borçlanmaya dayalı kitle fonlamasına özgü olmayıp neredeyse tüm borçlanma araçları için geçerlidir. Bu eleştirilerin herhangi bir borçlanma aracı için de geçerli olacağı da açıktır. Bu kitle fonlaması uygulaması için gösterilebilecek en somut risklerden birinin girişimcinin kredibilitésinin ölçülmesinde banka gibi bir kurumun ve sürecin yer almaması, bu değerlendirilmenin platform tarafından oluşturulacak yatırım komitesi tarafından yapılmasının belirsizlik ve güvensizliğe yol açabileceğidir.

Olumsuzlukların aşılması ve sistemin daha güvenli ve tercih edilebilir hale getirilmesinde şüphesiz ki atılabilecek en önemli adımlar şeffaflığın ve anlaşılabilirliğin sağlanması, yoğun bir denetim sistemi

¹⁴⁸ ÖNCEL vd., s.427; SARAÇOĞLU, s.477; TAŞKAN, s. 641.

¹⁴⁹ BİLİCİ, Nurettin/ÜSTÜN, Ümit Süleyman: Damga Vergisi ve Harçlar Teori ve Uygulama, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s.5

¹⁵⁰ BİLİCİ, Nurettin: Türk Vergi Sistemi, Savaş Yayınevi, Ankara 2022, s.184, 185; MUTLUER/DAYANÇ KUZEYLİ, s.603; SARAÇOĞLU, s.477; ÖNCEL vd., s.463.

¹⁵¹ RG: 11.07.1964, 11751.

oluşturulması, toplumun bu finansman modeli hakkında bilgilendirilmesi ve hukuki alt yapının tamamlanmasıdır.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, ülkemizde usul ve esasları belirlenmiş olmakla birlikte tercih edilen bir kitle fonlaması sistemi haline henüz gelememiştir. Bunun altında yatan nedenlerin başında bu uygulamanın sistemimize yeni girmiş olması ve hukuki düzenlemenin nispeten yeni olması gelmektedir. Kitle fonlamasında her ne kadar yasal alt yapısının hazırlanması konusunda yol alınmış olsa da hala devletin siber güvenliğin sağlanması, hilenin önlenmesi, öngörülü kuralların hazırlanması gibi konularda net politikalar benimsemesine ihtiyaç bulunmaktadır¹⁵². Bir diğer önemli neden ise bu finansman türünün maliye ve vergi politikaları tarafından desteklenmemesidir.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının uygulamaya geçmesinin önünde birçok farklı piyasa aracı bulunmaktadır. Borçlanmaya dayalı kitle fonlaması, hukuki alt yapısı hazır olmasına rağmen, finansman hukuku ve mali hukuk araçları ile desteklenmediği için diğer piyasa borçlanma araçları ile rekabet edememekte, uygulama alanı bulamamaktadır. Halbuki sermaye piyasası araçları ülkelerin gelişmişlik seviyelerine göre çeşitlenmekte ve zenginleşmekte, bu araçlara yönelmesi ekonomik gelişmenin önünü açmaktadır¹⁵³. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının gelişmesi de daha çok yatırım ve proje gerçekleşmesi fırsatı yaratacağından olumlu olacaktır.

Çoğu zaman bir finansman modelinin etkin şekilde kullanılması, yeni fikirlerin finanse edilmesinde tercih edilen bir yöntem olması için girişimci ve/ya yatırımcılar için daha karlı olması önemli rol oynamaktadır. Bir finansman yönteminin daha karlı hale gelmesi için girişimcileri ve yatırımcıları bu uygulamaya çekecek mali politikalar benimsenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bir girişimci veya yatırımcının halihazırda gelenekselleşmiş yöntemlerdence yeni bir yöntemi seçmesi için muafiyet, istisna gibi vergi kolaylıkları; devlet desteği, sübvansiyon gibi devlet teşvikleri sağlanması sıkça başvurulan araçlardandır. Kanun ve Tebliğ hükümleri, kitle finansmanının hukuki alt yapısının hazırlanması bakımından kuşkusuz ki büyük önem arz etmekle birlikte bu düzenlemelerde, söz konusu finansman modelinin maliye ve vergi politikaları ile desteklenmesine dair hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bu duruma, sistemin maliye ve vergi politikaları ile desteklenmemesi de eklenince girişimcinin yatırımcıyı fikrine çekmek konusunda yeterli şansı olamamaktadır.

Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasının platformlar, girişimciler ve yatırımcılar tarafından tercih edilen bir finansman modeli haline gelebilmesi için gelir ve harcamalar üzerinden alınan vergiler bakımından özel düzenlemeler yapılması, yatırımcının üzerindeki mali yükü azaltacağından bu fonlama tipinin tercih edilmesinde faydalı olabilecektir.

Belli miktara kadar elde edilen gelirin, vergiden istisna edilmesi; elde edilen elde edilen gelirin sabit oranlı tarife üzerinden vergilendirilmesi gibi uygulamalar, borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında gelir üzerinden alınan vergiler bakımından getirilebilecek vergi kolaylıklarına örnek olarak gösterilebilir. Vergi kolaylığından faydalanmak için birtakım koşullar aranması da devlet politikalarında öncelikli konulara önem verilirken bir yandan da vergi yükü bakımından daha avantajlı bir sistem oluşturulmasını sağlayabilir. Kalkınma planı, orta vadeli program gibi politika belgelerinde öncelik ve önem verilen çevre, yapay zeka gibi konularda yürütülecek projelerden elde edilen gelirlerin vergi dışı bırakılması ve veya daha düşük oranda vergilendirilmesi bu önerinin hayata geçirilmesinde düşünülebilecektir. Yatırımcının, borçlanmaya dayalı kitle fonlamasına yönlendirdiği yatırımların, bir sınırlamaya tabi olmaksızın indirilebilecek gider olarak gösterilmesine izin verilmesi de bu finansman modelinin tercih edilmesinde etkili olabilecektir.

Gelir üzerinden alınan vergilere ek olarak harcamalar üzerinden alınan vergiler bakımından da özel düzenlemeler yapılması; KDV, damga vergisi gibi vergiler konusunda vergi kolaylıkları sağlanması önem arz etmektedir. Borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında tabi olunan vergi yükümlülükleri bakımından vergi kolaylıklar uygulayan ülkeler bulunmaktadır ve yapılan araştırmalar, vergi kolaylığı sağlanan kitle fonlama türlerinde kampanyaların daha başarılı olduğunu göstermektedir¹⁵⁴.

Diğer yandan da unutulmamalıdır ki ekonomi içinde kendi ek değerini yaratmayan bir girişime vergi kolaylığı getirmek, vergi kaybına neden olmaktan ve gelir dağılımını dengesizleştirmekten başka bir işe yaramayacaktır¹⁵⁵. Bu nedenle borçlanmaya dayalı kitle fonlamasında getirilecek vergi kolaylıklarının devlet politikaları ile belirlenen çevre, enerji, sağlık, teknoloji gibi öncelikli alanlarda gerçekleştirilecek projelere yönlendirilmesi gibi bir çözüm düşünülebilecektir. Örneği verilen gibi alanlar seçilmesi durumunda da vergi kolaylıklardan yoğunlukla inovatif girişimlerin yararlanması sonucu doğurması muhtemeldir. Bu durumda rekabet edebilirlik, mali gücün kavranması, eşitlik gibi ilkelerin sağlanması için devletin inovatif olmayan girişimlere de birtakım vergi politikaları düzenlemesi ihtiyacı doğabilecektir¹⁵⁶.

Görüldüğü üzere her halükarda (borçlanmaya dayalı) kitle fonlaması finansman hukuku ve vergi hukuku açısından dikkatli ve öngörülü şekilde planlanmaya ihtiyaç duyulan unsurlardan oluşmaktadır. Diğer kitle fonlaması türleri gibi borçlanmaya dayalı kitle fonlaması da insanlığa yerel, ulusal ve global seviyede fayda sağlamaktadır¹⁵⁷. Günümüzde hala (borçlanmaya dayalı) kitle fonlaması modellerinin vergi

¹⁵² ROMANO, s.34.

¹⁵³ TUNCER, Selahattin: Türkiye’de Sermaye Piyasası Teori Uygulama, Okan Yayınevi, İstanbul 1985, s.190.

¹⁵⁴ CICHIELLO/BATTAGLIA/MONFERRÀ: s.1857, 1861.

¹⁵⁵ PLEKHANOVA, Victoria/BARRETF, Jonathan: “Equity Crowdfunding in New Zealand: The Role of Income Tax Incentives“, Journal of the Australasian Tax Teachers Association, 15(1), 2020, s.158.

¹⁵⁶ PLEKHANOVA/BARRETF, s.160.

¹⁵⁷ VALANCIENE/JEGELEVICIUTE, s.43.

yükümlülükleri bakımından üzerinde uzlaşmış ideal bir düzenlemesi bulunmamasıyla birlikte bu türün işlerliğe geçirilmesi daha çok projenin hayata geçirilmesinde ve ekonomiye katma değer sağlanmasında önemli rol oynayacaktır¹⁵⁸.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Burak: Sermaye Piyasası Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- AGRAWAL, Aniy/CATALINI, Christian/GOLDFARB, Avi: “Some Simple Economics of Crowdfunding”, *Innovation Policy and the Economy*, 14(1), 2014, s.63-97.
- AKBULAK, Yavuz: “Borçlanmaya Dayalı Kitle Fonlaması Faaliyetine Dair SPK Tebliğ Taslağındaki Düzenlemeler”, <https://legal.com.tr/blog/genel/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi-faaliyetine-dair-spk-teblig-taslagindaki-duzenlemeler/>, (Erişim:04.05.2023).
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK): “Bireysel Müşterilere İlişkin Ücretler”, <https://www.bddk.org.tr/Sss/Liste/114>, (Erişim: 09.12.2023).
- BATTISTA, Paul: “The Taxation of Crowdfunding: Income Tax Uncertainties and a Safe Harbor Test to Claim Gift Tax Exclusion” *Kansas Law Review*, 64(1), 2015, s.143-186.
- BEAULIEU, Tanya/SARKER, Suprateek/SARKER, Saonee: “A Conceptual Framework for Understanding Crowdfunding”, *Communications of the Association for Information Systems*, 37, 2015, s.1-31.
- BİLİCİ, Nurettin: Türk Vergi Sistemi, Savaş Yayınevi, Ankara 2022.
- BİLİCİ, Nurettin/ÜSTÜN, Ümit Süleyman: Damga Vergisi ve Harçlar Teori ve Uygulama, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- BRADFORD, C. Steven: “Crowdfunding and the Federal Securities Laws”, *Columbia Business Law Review*, 2012, s.1-150.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021.
- CICCHIELLO, Antonella/BATTAGLIA, Francesca/MONFERRÀ, Stefano: “Crowdfunding Tax Incentives in Europe: A Comparative Analysis”, *The European Journal of Finance*, 25(1), 2019, s.1856-1882.
- Compare Innovative Finance ISA: <https://www.isa.co.uk/peer-to-peer-isa/innovative-finance-isa/>, (Erişim: 09.12.2023).
- CORREA, Jorge/FARIAS, Gerardo: “Crowdfunding: The challenge of designing new tax regulation”, *International Tax Review*, 29(9), 2018, s.45-46.
- Crowdfund Capital Advisors: “Market Dynamics – The Backdrop”, <https://crowdfundcapitaladvisors.com/investment-crowdfunding-november-2023-summary/>, (Erişim: 09.12.2023).
- DE BUYSERE, Kristof/GAJDA, Oliver/KLEVERLAAN, Ronald/MAROM, Dan: A Framework for European Crowdfunding, European Crowdfunding Network, 2012.
- DIETZ, Eric: “The Tax Code's Crowdfunding Dilemma: The Temptation of Kickstarter Creators to Use the Gift Exclusion Under Section 102(a)”, *Hamline Law Review*, 37(2), 2014, s.293-310.
- DIETRICH, Andreas/AMREIN, Simon/HEYDE, von der Falk/HEUERMAN, Adrian/RÜDISÜHLI, Manuel: “Crowdfunding Survey”, https://www.pwc.ch/en/publications/2019/Crowdfunding%20Survey%202019_EN.pdf, (Erişim: 07.08.2022).
- EĞİLMEZ, Mahfi: Kamu Maliyesi, Remzi Kitabevi, İstanbul 2016.
- ERTAŞ, Fatih Coşkun/KABAN, İsmail KABAN/SOBACI Fatih: “Bireysel Kredi Kullanan Finansal Tüketicilerce Üstlenilecek Masraflar; BDDK Düzenlemesi Çerçevesinde Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 8 (14), 2016, s.125-149.
- Financial Conduct Authority: “Crowdfunding”, <https://www.fca.org.uk/consumers/crowdfunding#revisions>, (Erişim: 03.05.2022).
- Finansal Piyasalar, <https://www.matriksdata.com/website/finansal-piyasalar>, (Erişim: 24.05.2023).
- FLANNERY, Matt: “Kiva and the Birth of Person-To-Person Microfinance”, *Innovations*, 2(1-2), 2006, s.31-56.
- FUTKO, Jason: “Equity vs. Debt Crowdfunding”, <https://www.crowdfundinsider.com/2014/09/50628-equity-vs-debt-crowdfunding/v>, (Erişim: 29.05.2023).
- GAGO, Umurcan/GÖKLER ZEYİNLER, Elif: “Borçlanmaya Dayalı Kitle Fonlaması”, <https://www.gsg hukuk.com.tr/bultenler-yayinlar/makale-yazilar/borclanmaya-dayali-kitle-fonlamasi.html#:~:text=Bor%C3%A7lanmaya%20dayali%C4%B1%20kitle%20fonlamas%C4%B1%20araya%20getiren%20sanal%20pazarlard%C4%B1r>, (Erişim: 10.05.2022).
- GERBER, Elizabet/HUI, Julie: “Crowdfunding: Motivations and Deterrents for Participation”, *ACM Transactions on Computer-Human Interaction*, 20(6), 2014, s.1-34.
- GOBBLE, Maryanna M.: “Everyone is a Venture Capitalist: The New Age of Crowdfunding”, *Research Technology Management*, 4(55), 2012, s.4-7.
- GULATI, Sonya: “Crowdfunding: A Kick Starter for Startups Special Report”, TD Economics, 2014, s.1-19.
- GÜNAL, Vural/OKAT, Yalçın Özge: Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- Hazine ve Maliye Bakanlığı: “2019-2023 Stratejik Planı”, [https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/12/Hazine ve Maliye Bakanligi%202019-2023 Stratejik Plan.pdf](https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/12/Hazine%20ve%20Maliye%20Bakanligi%202019-2023%20Stratejik%20Plan.pdf), (Erişim: 04.06.2022).
- Hazine ve Maliye Bakanlığı: “2022 Dönemi Piyasa Yapıcı Bankalara İlişkin Basın Duyurusu”, <https://www.hmb.gov.tr/duyuru/2022-donemi-piyasa-yapici-bankalara-iliskin-basin-duyurusu>, (Erişim: 16.06.2022).
- HAVRYLCHYK, Olena: “Regulatory Framework for the Loan-Based Crowdfunding Platforms”, *OECD Economics Department Working Papers No. 1513*, 2018, s.36, [https://one.oecd.org/document/ECO/WKP\(2018\)61/En/pdf](https://one.oecd.org/document/ECO/WKP(2018)61/En/pdf), (Erişim: 09.12.2023).
- HEMER, Joachim: “A Snapshot on Crowdfunding, Arbeitspapiere Unternehmen und Region Fraunhofer-Institut für System- und Innovationsforschung ISI”, Karlsruhe 2011.
- HOWE, Jeff: “The Rise of Crowdsourcing”, <https://www.wired.com/2006/06/crowds/>, (Erişim: 31.07.2022).

¹⁵⁸ DIETZ, Eric: “The Tax Code's Crowdfunding Dilemma: The Temptation of Kickstarter Creators to Use the Gift Exclusion Under Section 102(a)”, *Hamline Law Review*, 37(2), 2014, s.294, 302-309; GULATI, s.9.

- KARAKOÇ, Yusuf: “Kamu Kesimi İç Borçlanma İşlemlerinin Hukukî Niteliği, Türkiye’de Kamu Borçlanması”, 18. Türkiye Maliye Sempozyumu, T.C. Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi 2003, s.55-88.
- KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- LUSCOMBE, Mark: "Crowdfunding and Taxes", Taxes: The Tax Magazine, 11, 2017, s.3-57.
- MARTİN, Fiona/O'CONNELL, Ann: "Crowdfunding: What Are the Tax Issues", Journal of Australian Taxation, 20(2), 2018, s.16-34.
- TC Merkez Bankası: “Faiz Oranları”, <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/tr/tcmb+tr/main+menu/temel+faaliyetler/para+politikas/i/merkez+bankasi+faiz+oranlari>, (Erişim: 16.06.2022).
- MUTLU, Murat/EKMEN, Halit İslam: “Paya Dayalı Kitle Fonlaması ve Vergisel Boyutu”, Vergi Sorunları Dergisi, 399, 2021, s.81- 90.
- MUTLUER, KAMİL/DAYANÇ KUZEYLİ, Nilay: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2019.
- OBA, Beyza: “Strategic Approaches to Successful Crowdfunding, Can Crowdfunding Provide a Solution for the Financial Problems of Smes in Turkey”, Assadi, Diamchid (ed.), IGI Global, Hershey PA 2015, s.270-285.
- Orta Vadeli Program 2018-2020, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.06.2022).
- Orta Vadeli Program 2020-2022, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.06.2022).
- Orta Vadeli Program 2021-2023, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.12.2023).
- Orta Vadeli Program 2022-2024, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.12.2023).
- Orta Vadeli Program 2023-2025, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.12.2023).
- Orta Vadeli Program 2024-2026, <https://www.sbb.gov.tr/orta-vadeli-programlar/>, (Erişim: 04.12.2023).
- ÖNCEL, Mualla/ÇAĞAN, Nami: Bankacılar İçin Mali Hukuk Bilgisi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017.
- ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ÇAĞAN, Nami/GÖKER, Cenk: Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- ÖZDEMİR, Ozan/KARABULUT, Feyzan: “Current Debates in Accounting and Finance, Crowdfund for Social Ventures: Benefits Beyond Fundrasing”, in Kapucu, Hakan/Bektur, Çisem (ed.), IJOPEC Publication Limited, London 2017, s.153-176.
- Para Dergi: “Kitle Fonlamasının Avantaj ve Dezavantajları-1”, <https://www.paradergi.com.tr/girisimcilik/2023/08/21/kitle-fonlamanin-avantaj-ve-dezavantajlari-1>, (Erişim: 09.12.2023).
- Report Linker: “Crowdfunding Industry”, https://www.reportlinker.com/market-report/Online-Investing/494115/Crowdfunding?term=crowdfunding%20industry&matchtype=b&loc_interest=&loc_physical=1012763&utm_group=standard&utm_term=crowdfunding%20industry&utm_campaign=ppc&utm_source=google_ads&utm_medium=paid_ads&utm_content=transactionnel-1&gad_source=1&gclid=CjwKCAiAvdCrBhBREiwAX6-6UnwjmKRVB0lnqKg9_vk7UuhRMylR1y4pkozQUcIEyOR9HMmlqob1BoCfUAQAvD_BwE (Erişim: 09.12.2023).
- PricewaterhouseCoopers (PWC): “Crowdlending Survey 2019”, https://www.pwc.ch/en/publications/2019/Crowdlending%20Survey%202019_EN.pdf, (Erişim: 09.12.2023).
- PLEKHANOVA, Victoria/BARRETF, Jonathan: “Equity Crowdfunding in New Zealand: The Role of Income Tax Incentives”, Journal of the Australasian Tax Teachers Association, 15(1), 2020, s.142-164.
- ROBANO, Virginia: “Case Study on Crowdfunding”- OECD SME and Entrepreneurship Papers No. 4, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/509e2066-en.pdf?expires=1702141719&id=id&accname=guest&checksum=1A7B2593D871C547CD3A02ADD5CEF85> (Erişim: 09.12.2023).
- Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı: “2019-2023 Stratejik Planı”, http://www.sp.gov.tr/upload/xSPStratejikPlan/files/jekwi+STB_2019-2023_Stratejik_Plan.pdf, (Erişim: 04.06.2022).
- Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı: “2023 Sanayi ve Teknoloji Stratejisi”, <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/SanayiStratejiBelgesi2023.pdf>, (Erişim: 04.06.2022).
- SARAÇOĞLU, Fatih: Türk Vergi Sistemi, Gazi Kitabevi, Ankara 2020.
- Sermaye Piyasası Kurulu: “Kitle Fonlaması Tebliği Taslağı”, <https://spk.gov.tr/data/61e228cf1b41c612388360a0/0bc5f4083e261a89d6e338e4f9cd003a.pdf> (Erişim: 09.12.2023).
- Sermaye Piyasası Kurulu: “Listeye Alınan Platformlar”, <https://spk.gov.tr/sirketler/kitle-fonlama-platformlari/listeye-alinan-platformlar>, (Erişim:08.05.2023).
- SONGUR, Damla Gülseren: “Sermaye Piyasası Aracı” Kavramı”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan İstanbul 2011, s.2911-2943.
- SÜMER, Ayşe/BOZTAŞ, Hakan: “Girişimciliğin Finansmanında Yeni Bir Model: Paya Dayalı Kitle Fonlaması ve Vergisel Boyutu”, Vergi Dünyası Dergisi, 499, 2023, s.21-35.
- TANÖR, Reha: Türk Sermaye Piyasası, Halka Arz, II, İstanbul 2020.
- TAŞKAN, Yusuf Ziya: Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- TC Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı: “On Birinci Kalkınma Planı”, <https://www.sbb.gov.tr/kalkinma-planlari/>, (Erişim: 04.06.2022).
- The Cambridge Centre for Alternative Finance: “Reaching New Heights The 3rd Americas Alternative Finance Industry Report”, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-05-ccaf-3rd-americas-alternative-finance-industry-report.pdf>, (Erişim: 09.12.2023).
- The Cambridge Centre for Alternative Finance: “Shifting Paradigms The 4th European Alternative Finance Benchmarking Report”, s.99, <https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/08/2019-05-4th-european-alternative-finance-benchmarking-industry-report-shifting-paradigms.pdf>, (Erişim: 10.12.2023).
- (The Cambridge Centre for Alternative Finance, b)
- The World Bank: “Crowdfunding’s Potential for the Developing World”, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/409841468327411701/pdf/840000WP0Box380crowdfunding0study00.pdf>, (Erişim: 08.12.2023).

- TUNCER, Selahattin: Türkiye’de Sermaye Piyasası Teori Uygulama, Okan Yayınevi, İstanbul 1985.
- VALANCIENE, Loreta/JEGELEVICIUTE, Sima: “Valuation of Crowdfunding: Benefits and Drawbacks”, Economics and Management, 18(1), 2013, s.39-48.
- YURAL, Aslı: “Girişimciler İçin Yeni Nesil Bir Finansman Modeli “Kitle Fonlaması- Crowdfunding”: Dünya ve Türkiye Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme ve Model Önerisi”, Başkent Üniversitesi İşletme Fakültesi Doktora Tezi, Ankara 2019.
- Yatırım- Hazine Bonosu/Devlet Tahvilleri Oranları: <https://www.ing.com.tr/tr/bilgi-destek/yatirim/hazine-bonusu-devlet-tahvili-oranlari>, (Erişim: 24.05.2023).
- YAKAR, Soner/YILMAZ, Serkan Kandır: “Türkiye’de Paya Dayalı Kitle Fonlaması İçin Bir Vergi Teşviki Önerisi”, Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 19. Uluslararası İşletmecilik Kongresi Özel Sayısı, 2020, s.189-202.
- YANLI, Veliye: “Paya Dayalı Kitle Fonlaması Düzenlemesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 36(1), 2020, s.31-54, doi:10.32957/hacettepehdf.1174009.
- YILMAZ, Binhan Elif: “Kamu Borç Yönetiminde Piyasa Yapıcılığı Sistemi”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 47, Prof. Dr. Türkan Öncel’e Armağan, 2005, s.58-85.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Zeynep MÜFTÜOĞLU, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Zeynep MÜFTÜOĞLU, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

2024 YILI ARABULUCULUK ASGARI ÜCRET TARİFESİNİN BERABERİNDE GETİRDİĞİ YENİLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE NEW REGULATIONS BROUGHT BY THE 2024 MEDIATION MINIMUM WAGE TARIFF

Abdülhamit YILMAZ*  

Makale Bilgi

Gönderi: 05/02/2024
Kabul : 04/04/2024

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk Ücreti,
Dava Şartı
Arabuluculuk,
İhtiyari Arabuluculuk.

Article Info

Received: 05/02/2024
Accepted: 04/04/2024

Keywords

Mediation Fee,
Mandatory Mediation,
Voluntary Mediation.

Özet

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu yürürlüğe girdiği ilk haliyle tamamen tarafların iradesinin ön plana çıktığı ihtiyari bir düzen ortaya koymuştur. Yıllar içinde arabuluculuk uygulamasının oluşmasıyla birlikte, mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve toplum nezdinde müzakere kültürünü yerleştirmek amacıyla bazı uyuşmazlıklar açısından arabuluculuk dava şartı olmuştur. Ayrıca kanun koyucu, uygun gördüğü uyuşmazlıklar açısından dava şartı arabuluculuğun kapsamını genişletmektedir. Bu bağlamda özellikle dava şartı arabuluculuğa ilişkin hükümler ile yenilikler kaleme alınırken açıklığa ve mevzuat bütünlüğüne önem verilmelidir. Zira zorunlu oldukları için bir araya gelen tarafların süreç sonunda anlaşma ihtimali en ufak bir belirsizlik nedeniyle azalabilmektedir. Bu kapsamda yeni dava şartı arabuluculuk alanlarının hayatımıza girmesiyle birlikte arabuluculuk ücreti konusunda bazı soru işaretleri gündeme gelmektedir. 2024 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin, bu soru işaretlerini yeni eklenen fıkralar ile bertaraf etmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin ne kadar başarılı olduğu ve başkaca belirsizliklere yol açıp açmadığı bu çalışmada kapsamlı şekilde irdelenmektedir.

Abstract

Law On Mediation in Civil Disputes No. 6325, in its initial entry into force, established a voluntary system where the will of the parties took precedence. Over the years, as mediation practices evolved, it became mandatory for certain disputes as a prerequisite for litigation to reduce the workload on the courts and promote a culture of negotiation within society. Furthermore, the legislature expands the scope of mediation as a prerequisite for litigation for the disputes it deems appropriate. In this context, clarity and legislative integrity should be given importance, especially when drafting the provisions and new regulations regarding mediation as a prerequisite of litigation. The likelihood of reaching an agreement at the end of the process for parties coming together out of necessity may diminish due to even the slightest uncertainty. Within this scope, with the introduction of new areas requiring mandatory mediation into our lives, some question marks arise regarding mediation fees. It is evident that the 2024 Mediation Minimum Wage Tariff aims to eliminate these question marks with the newly added paragraphs. The success of these regulations and whether they introduce additional uncertainties are comprehensively examined in this study.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör. Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** YILMAZ, Abdülhamit, "2024 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin Beraberinde Getirdiği Yeniliklerin Değerlendirilmesi", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.101-115. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The institution of mediation, which has a practice history of more than ten years in the Turkish legal system, is built on the principle of voluntariness at every stage, including the initiation of the process. The Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325 (LMCD), which regulates the subject, has also adopted the same principle. Over time, in order to reduce the workload of the judiciary as well as the positive results of mediation as a dispute resolution method, applying to a mediator has become a condition of litigation in some disputes. This practice, which first started in employee-employer disputes, is currently on the agenda before filing a lawsuit in many private law disputes.

Whether voluntary or a condition of litigation, the mediation process is conducted by registered mediators for a certain fee. Due to the fact that mediation aims at dispute resolution and has a public service character, the parties do not have full freedom regarding the mediation fee. There are mandatory regulations in the mediation legislation regarding the manner and amount of the mediation fee. There are mandatory regulations in the mediation legislation regarding the method and amount of payment of the mediation fee. Some of these regulations are included in special laws, some directly within LMCD, and some in the Mediation Minimum Wage Tariff. In this context, it should first be stated that it is not possible to carry out the mediation process without any consideration. Again, due to the definition of monetary payment for the mediation fee, it is not possible to fulfill the fee payment obligation with a specific commodity.

LMCD Art. 18/B, which subjects the disputes arising from the rental relationship, the disputes regarding the division of movable and immovable property and elimination of partnership, the disputes arising from the Condominium Law No. 634, and the disputes arising from the neighbor's rights, to mediation as a condition of litigation, entered into force on 01.09.2023. Although the provision includes provisions regarding the content of the agreement document and the enforceability annotation of the agreement document, there is no determination regarding the mediation fee. Therefore, for matters related to mediation fees, general provisions of LMCD, special regulations in other laws, and the current Mediation Wage Tariff must be considered.

Since the moment LMCD Art. 18/B came into force, the issue of how the mediation fee will be determined in case of reaching an agreement regarding the disputes within the scope of the provision has confused mediators and parties of the conflict in practice. Different fees have been observed especially in eviction and rent determination disputes arising from the lease relationship and disputes regarding the elimination of partnership. For this reason, three new paragraphs are included in the 2024 Mediation Minimum Wage Tariff under Art. 7. In our opinion, these paragraphs, which partially resolve the uncertainty, open the door to new uncertainties, as they introduce a new minimum limit to the mediation fee that may be charged in case of agreement. As a matter of fact, the minimum limits currently in force and written in the LMCD for the mediation processes are lower. Therefore, it seems that a conflict has been caused between the 2024 Tariff and LMCD, contrary to the principle of hierarchy of norms. Tariff provisions that are lower in the hierarchy of norms and are contrary to the law should be terminated immediately. At this stage, mediators must comply with the minimum limits written in LMCD and other laws on the subject, in other words, they should not apply the Tariff provisions.

One of the disputes that are subject to mediation as a condition of litigation under LMCD Art. 18/B is the disputes regarding the elimination of partnership. The mediation processes of these disputes involve unique difficulties in terms of party composition, holding the meeting, etc. due to the high number of parties. However, it is observed that agreements have been reached in some partnership elimination disputes. In this case, the question of whether the mediation fee should be calculated in accordance with the first part (fixed order) or the second part (relative order) of the Tariff annex has been raised. Art. 7/6 of the Tariff provides a solution by stipulating that the calculation shall be made according to the relative order. It should be noted that this provision is legally appropriate, but it is only applicable in the case of agreements that completely terminate the dispute.

Finally, the content of the term "*commercial dispute*" in the Tariff, how the fees will be charged for a dispute that is simultaneously covered by LMCD Art. 18/B and Art. 5/A of the Turkish Commercial Code No. 6102, and the function of the mandatory Art. 73/A of the Consumer Protection Law No. 6502 after the entry into force of the 2024 Tariff, are issues that are uncertain and require a solution. Since the 2024 Mediation Minimum Wage Tariff came into force very recently, there is no study on the subject in the literature. In this context, the present study has been written in order to contribute to both the practice and the literature on a subject that we consider to be quite problematic.

I. GİRİŞ

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)¹ kapsamındaki arabuluculuk hizmeti, arabulucular siciline kayıtlı, gerekli eğitimleri almış ve yeterli donanıma sahip olduğu varsayılan resmi arabulucular tarafından sağlanmaktadır². Arabuluculuk hizmetinin ifası ücret karşılığında yerine getirilir. Diğer bir ifadeyle, arabuluculuk sürecinin ivazsız şekilde yürütülmesi kural olarak³ mümkün değildir⁴. Yasal sınırların altında arabuluculuk hizmeti sunulması da hukuka aykırılık oluşturur. Bu iki durumun tespiti halinde, arabulucular sicilinden silinmeye varan yaptırımlar gündeme gelmektedir. Dolayısıyla arabuluculuk ücretinin belirlenebilmesi için mevcut yasal sınırlar doğru şekilde tespit edilmelidir.

Arabuluculuk ücretine ilişkin yasal sınırlar; HUAK, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği (HUAKY)⁵ ve arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan⁶ Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nin (Tarife) ilgili hükümleri uyarınca belirlenir. HUAK, HUAKY ve Tarife hükümleri arasında çelişki/çatışma olduğunda normlar hiyerarşisi, uygulamadaki ihtiyaçlar ve hükmün getiriliş amacı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda çalışmamız kapsamında arabuluculuk ücreti tayin edilirken, 01.01.2024 tarihinde yürürlüğe giren 2024 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi (2024 Yılı Tarifesi)⁷ esas alınmaktadır.

Belirtilmelidir ki 2024 Yılı Tarifesi çoğu noktada selefiyle aynı hükümler içermekle birlikte; "Arabuluculuk Ücret Tarifesine göre ücret" başlıklı 7'nci maddesinde üç yeni fıkra dikkat çekmektedir. Önceki tarifelerde olmayan bu fıkralar (m.7/5, m.7/6 ve m.7/7), şüphesiz yeni dava şartı arabuluculuk alanlarının⁸ getirilmesiyle ücret tayininde oluşan belirsizliği ve farklı uygulamaları giderme amacıyla kaleme alınmıştır. Getirilme amacına ileride değinilecek olmakla birlikte fıkraların yazılışının arabuluculuk mevzuatı sistematigi ve diğer açılardan irdelenmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

II. 2024 TARİFESİ M.7'YE EKLENEN YENİ FIKRALARIN ARABULUCULUK MEVZUATI SİSTEMATİĞİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

HUAK'm ilk hali, arabuluculuk sürecinin ihtiyari olması esasına göre düzenlenmiştir. Dava şartı arabuluculuk sistemine en başta doğrudan geçilmemiştir. İhtiyari arabuluculuğun uygulanması ve olumlu sonuçlar vermesiyle mahkemelerin iş yükünü azaltmak ve arabuluculuğu toplum nezdinde bilinir kılmak üzere bazı uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartı haline getirilmiştir⁹. Ancak yeni bir kanun yapmak yerine yürürlükteki HUAK'a "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" başlıklı yeni bir bölüm eklenmiştir. Bu bölümde dava şartı arabuluculuğa tabi kılınan bazı uyuşmazlıklar ve konuya ilişkin esaslar, sırasıyla m.18/B'de ve m.18/A'da¹⁰ düzenlenmektedir. Arabuluculuk sürecinin iradiliğini vurgulayan HUAK m.3/1'de de dava şartı arabuluculuğa ilişkin m.18/A hükmü saklı tutulmaktadır¹¹.

İşçi-işveren uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava şartı olmasından sonra yürürlüğe giren HUAKY'de de aynı sistematigin benimsendiği görülmektedir. Tarifede ise taraflardan masraf istenemeyeceğine ilişkin m.2/4 ile sehven kayıt, mükerrer kayıt veya arabuluculuğa elverişli olmama nedeniyle arabuluculuk sürecinin sona erdirilmesi hallerinde arabulucuya ücret ödenmeyeceğini düzenleyen m.5/2'de hükümlerin uygulama alanının dava şartı arabuluculuk süreçleri ile sınırlı olduğu açıkça

¹ RG: 22.06.2012, 28331.

² ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nin Tahlili", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), 2014, s.1119; ÖNAL, Özlem: Arabuluculuk Ücreti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, s.6-10; BADUR, Emel: "Arabulucu Sözleşmesi", Terazi Hukuk Dergisi, 15(162), 2020, s.248-249; ATEŞ, Burcu Özge: Arabuluculuk Giderleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s.1-2; AZAKLI ARSLAN, Betül: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.27-28; BORA, Özlem: Arabuluculuk Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s.10; İLHAN, Onur: Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s.187.

³ Arabuluculuk hizmetinin ivazsız yürütüldüğü bazı istisnai durumlara karşılaşılabilmektedir. Örneğin dava şartı arabuluculuk faaliyetlerinde elverişli olmama nedeniyle süreç sona erdirildiğinde (Tarife m.5 f.2) veya tür değiştirme halinde, iş görme borcu kapsamındaki edimlerini gereği gibi ifa eden arabulucuya herhangi bir ücret ödenmemektedir.

⁴ Aksi yönde bkz. ÖZBEK, s.1129-1130,1132,1150-1151; İLHAN, s.133-134; Tarife'nin "Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılmaz." içerikli hükmünün (m.2/1) evleviyetle yorum uyarınca taşıdığı doğal ancak ikincil anlamı, arabuluculuğun ücretsiz yapılamayacağına ilişkindir. Bu nedenle kanaatimizce Arabuluculuk Kurulu, ücretsiz arabuluculukla ilgili düzenleme yapma gereği duymamış ve bilinçli olarak susmuştur. Benzer yönde bkz. BADUR, s.253; ÖNAL, s.92,103; Tarafların ücret ödeme borcuyla arabulucunun iş görme borcu arasında karşılıklılık (*synallagma*) ilişkisi olduğu yönünde bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet: Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s.77; İLHAN, s.188; YILMAZ, Abdülhamit: "Arabuluculuk Ücretine İlişkin Güncel Durumun Değerlendirilmesi", Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, 2020, s.287-290; ATEŞ, s.47-48, 60; Arabuluculuk ücretine ilişkin bilgi için bkz. AZAKLI ARSLAN, s.204-209; BORA, s.47-48.

⁵ RG: 02.06.2018, 30439.

⁶ ÖZBEK, s.1125, 1132; BORA, s.50; YILMAZ, s.288-289; BADUR, s.253; ATEŞ, s.84; KILIÇOĞLU, s.97; İLHAN, s.132.

⁷ RG: 29.12.2023, 32414; Çalışmamız içerisinde Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi yıllardır yürürlükte bulunan hükümlere değinilmek istendiğinde "Tarife" kelimesi; belirli bir yılın hükümlerine dikkat çekilmek istendiğinde ise ilgili yıla uygun ibare - örneğin çalışmamızın çoğu yerinde görüleceği üzere '2024 Yılı Tarifesi' - tercih edilmektedir.

⁸ Bkz. HUAK m.18/B-1.

⁹ ÖNAL, s.16-27; ATEŞ, s.3-4; AZAKLI ARSLAN, s.119-127; KILIÇOĞLU, s.30; ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye: "Tarımsal Üretim Modeli ve Tarımsal Üretim Sözleşmeleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (169), 2023, s.271-272.

¹⁰ 7155 Sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, m.23, RG: 19.12.2018, 30630.

¹¹ ÖNAL, s.28; BORA, s.70-71; İradilik ve dava şartı arabuluculuk arasındaki ilişki için bkz. AZAKLI ARSLAN, s.50-54; KILIÇOĞLU, s.30,43-44.

vurgulanmaktadır¹². Bu bağlamda HUAK ve HUAKY'nin dava şartı olarak arabuluculuk bölümünde yer alan hükümler, kural olarak sadece dava şartı arabuluculuk süreçleri ile sınırlı şekilde uygulanabilirken; diğer bölümlerdeki hükümlerin dava şartı arabuluculuk süreçleri açısından uygulanabilmesi, öncelikle ilgili konuda dava şartı arabuluculuk bölümünde hüküm bulunmamasına ve uygulanabilirliği irdelenen (diğer bölümlerdeki) hükmün dava şartı arabuluculuğun niteliğine uygun düşmesine bağlıdır¹³. Yeknesak uygulama için Tarife açısından da aynı esası benimsemek yerinde olur. Dolayısıyla içeriğinde ihtiyari veya dava şartı arabuluculuğa ilişkin olduğu açıkça vurgulanmayan bir Tarife hükmünün dava şartı arabuluculuk süreçlerinde uygulanabilmesi, söz konusu hükmün içeriğindeki konuyla ilgili HUAK ve HUAKY'nin “Dava Şartı Olarak Arabuluculuk” bölümünde herhangi bir düzenlemenin bulunmamasına ve yine ilgili Tarife hükmünün dava şartı arabuluculuğun niteliğine uygun düşmesine bağlıdır. Örneğin arabulucu tarafından düzenlenen evrakların ve yapılan diğer işlemlerin ayrı ücreti gerektirmeyeceğine ilişkin m.2/2 hükmü¹⁴, dava şartı ve ihtiyari arabuluculuk süreçleri açısından uygulanabilir mahiyettedir. Konuyla ilgili HUAK ve HUAKY'nin dava şartı arabuluculuk bölümlerinde düzenleme olmadığı gibi hükmün içeriği dava şartı arabuluculuğun özüne uygun görünmektedir. Ayrıca seri uyuşmazlıklarda anlaşma durumunda arabulucuya daha düşük ücret alabilme yönünde seçimlik yetki tanyan Tarife m.7/4, amacı ve işlevi doğrultusunda kanımızca sadece ihtiyari arabuluculuk süreçlerinde uygulanması gereken bir hükümdür¹⁵. Bu bağlamda Tarifedeki bir hükmün hangi tür (ihtiyari/dava şartı) arabuluculuk süreçleri açısından uygulanabilir olduğu belirlenirken aşağıdaki ölçütlerden faydalanmanın yerinde olacağı kanaatindeyiz:

a) Tarifedeki hüküm, özellikle dava şartı veya ihtiyari arabuluculuk süreçleri yollaması içeriyorsa, - üst normlarla çatışmamak kaydıyla- doğrudan uygulanabilmelidir. Örneğin Tarife m.2/4, m.2/3, m.5/1 ve m.5/2 hükümleri.

b) Tarifedeki hükümde dava şartı veya ihtiyari arabuluculuk yollaması yapılmamışsa; öncelikle hükmün kapsamındaki konuya ilişkin HUAK ve HUAKY'nin dava şartı arabuluculuk bölümlerinde herhangi bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı irdelenmelidir. Eğer varsa; aa) kural olarak doğrudan dava şartı arabuluculuk düzenlemesinin uygulanması gerekir. Eğer yoksa; bb) Tarifedeki hükmün, niteliğine uygun düşüyorsa -ve niteliğine uygun düşmediği ölçüde- dava şartı arabuluculuk süreçleri açısından uygulanabilir olduğundan bahsedilir. Bu ihtimalde Tarifedeki hükmün kapsamına hem ihtiyari hem dava şartı arabuluculuk süreçleri girer. Örneğin Tarife m.2/1 ve m.2/2, m.4/1, m.6/1, m.8/1, m.9/1 hükümleri. Tarifedeki hüküm dava şartı arabuluculuğun niteliğine uygun düşmüyorsa sadece ihtiyari arabuluculuk süreçleri açısından uygulanabilecektir. Örneğin (kanımızca) Tarifenin m.7/4 hükmü¹⁶.

Tarife m.7'ye eklenen üç yeni fıkranın hangi arabuluculuk süreçleri açısından uygulanabilir olduğu, arabuluculuk mevzuatı sistematığıne uyduğunu düşündüğümüz bu ölçütler ışığında irdelenmelidir. Hükmeye eklenen yeni fıkralar şöyledir:

“(5) Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanması halinde, kira tespiti ve tahliye talepli uyuşmazlıklarda ücret; tahliye talepli uyuşmazlıklarda bir yıllık kira bedeli tutarının yarısı, kira tespiti uyuşmazlıklarında tespit olunan kira bedeli farkının bir yıllık tutarı üzerinden bu Tarifenin eki Arabuluculuk Ücret Tarifisinin ikinci kısmına göre belirlenir.

(6) Ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar ile ticari uyuşmazlıklarda, arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanması halinde, arabuluculuk ücreti bu Tarifenin eki Arabuluculuk Ücret Tarifisinin ikinci kısmına göre belirlenir. Ancak bu ücret 6.000,00-TL'den az olamaz.

(7) Arabuluculuk sürecinin sonunda anlaşma sağlanması halinde, anlaşma bedeline bakılmaksızın arabuluculuk ücreti 4.000,00-TL'den az olamaz.”

i. Öncelikle m.7/5'in, para ile ölçülebilir/değerlendirilebilir olup olmadığı uygulamada tartışılan tahliye ve kira bedelinin tespiti/artırılması uyuşmazlıklarındaki belirsizliği gidermek için kaleme alındığı belirtilmelidir. Ancak fıkranın içeriğinde dava şartı veya ihtiyari arabuluculuk yollaması yer almamaktadır. Konuyla ilgili HUAK ve HUAKY'nin dava şartı arabuluculuk bölümlerinde de düzenleme yoktur. Hükmün getirilme amacının, belirli uyuşmazlıklarda anlaşma halinde arabuluculuk ücreti tayininde yaşanan belirsizliği gidermek olduğu düşünüldüğünde; hükmün, dava şartı arabuluculuğun niteliğine uygun düştiği ve her iki süreç açısından uygulanabilir olduğu sonuçlarına ulaşılmaktadır.

ii. 2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.1 hükmü, dava şartı arabuluculuk kapsamındaki ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında ve ticari uyuşmazlıklarda ihtilafı tamamıyla bitiren anlaşmalarda arabuluculuk ücretinin, Tarifenin birinci kısmına (maktu düzen) mı yoksa Tarifenin ikinci kısmına (nispi düzen) mı tabi olduğu

¹² ÖNAL, s.47,134; ATEŞ, s.73; AZAKLI ARSLAN, s.204; Masraf istenemeyeceğine ilişkin düzenlemenin Tarifede öngörülmesinin sorunlu olduğu yönünde bkz. BADUR, s.259, dnt.61.

¹³ Bu çıkarımımızın dayanağını, “Bu -dava şartı olarak arabuluculuk- bölümde hüküm bulunmayan hâllerde niteliğine uygun düştiği ölçüde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır.” içerikli HUAK m.18/A-20 hükmü oluşturmaktadır.

¹⁴ ÖZBEK, s.1132; BADUR, s.253; ATEŞ, s.64.; Badur ve Kurt Konca, taşınmazın aynını ilgilendiren arabuluculuk dosyalarında HUAK m.17/B uyarınca tapu siciline şerh verilmesi sürecinin arabulucu için münferit bir külfet mahiyetinde olduğunu, arabuluculuğun sonucundan bağımsız şekilde söz konusu külfetin karşılığı olarak arabulucuya ücret ödenmesi gerektiğini, şerh süreci ile ilgili masraf yapılması halinde arabulucunun yaptığı masrafları taraflardan talep edebileceğini dile getirmektedir. Yazarlar ayrıca, HUAK 17/B'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönem için uygulamada sorun yaşanmaması adına şerh sürecine ilişkin ücret ve masraf konusunda Tarifede düzenleme yapılması gereğine dikkat çekmektedirler. Detaylı bilgi için bkz. BADUR, Emel/KURT KONCA, Nesibe: “Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(2), 2023, s.875-876.

¹⁵ Seri uyuşmazlıklara yönelik Tarifedeki ücret düzenlemesi (m.7/4), arabulucunun tarafsızlığına gölge düşürme ve arabuluculuk ücretinin tayini noktasında taraflarla arabulucuyu karşı karşıya getirme ihtimali nedeniyle dava şartı arabuluculuğun özüne uygun düşmemektedir.

¹⁶ Tarife m.7/4'ün neden dava şartı arabuluculukla bağdaşmadığı konusunda bkz. dnt. 15.

konusuna netlik getirmektedir. Buna göre bahsedilen uyuşmazlıklarda anlaşma durumunda arabuluculuk ücreti nispi şekilde belirlenecektir¹⁷. Hüküm, HUAK m.18/A-12/c.1 ile HUAKY m.26/1/c.1'deki genel ifadelerin¹⁸ -ortaklığın giderilmesine ve ticari uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk süreçleri özelinde- tekrarı olduğundan ve bu hükümler birbirini dışlamadığından hem dava şartı hem ihtiyari arabuluculuk süreçlerinde uygulanabilecektir.

iii. 2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.2 ve m.7/7, öncekilerden daha farklı bir amacı gerçekleştirmek için kaleme alınmış görünmektedir. Kanımızca bu hükümlerle, kendine özgü zorlukları bulunan ortaklığın giderilmesi arabuluculuk süreçlerinde ortaklığın satış yoluyla giderilmesi yönünde bile olsa süreci anlaşma ile sonlandıran, yine farklı dava şartı arabuluculuk alanlarında anlaşmaya varılması durumunda süreci yürüten arabulucunun, -anlaşma içeriğinden/bedelinden bağımsız şekilde- genel olarak ödüllendirilmesi ve emeğinin karşılığını alması amaçlanmaktadır. Buna göre ortaklığın giderilmesi ve ticari arabuluculuk süreçlerinde anlaşma sağlandığı takdirde arabuluculuk ücreti en az 6.000,00-TL; bunlar haricindeki uyuşmazlıklarda anlaşmaya varılması halinde ise, arabuluculuk ücreti en az 4.000,00-TL olabilir. Bu iki hükmün içeriği hem ihtiyari hem dava şartı arabuluculuk süreçleri açısından uygulanabilir niteliktedir.

Yeni fıkraların uygulanabilirliğini detaylıca incelemeyen önce öngörülen asgari sınırların anlamını açıklamak gerekir. İlk olarak asgari sınır getiren hükümlerin taşıdığı doğrudan anlam hükmün lafzı ile aynı doğrultudadır. Yani hükümde belirlenen sınırın altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılması mümkün değildir¹⁹. İkinci ya da dolaylı anlam ise, hükmün içerdiği ters anlamdır. Bu da özellikle anlaşma bedelinin arttığı durumlarda asgari sınır üstündeki arabuluculuk ücretlerinin hukuka uygun olduğuna işaret eder²⁰. Ayrıca anlaşmayla neticelenen süreçlerde arabuluculuk ücretlerine yeni bir asgari sınır getiren Tarife hükümlerinde dava şartı veya ihtiyari arabuluculuk yollaması bulunmadığı belirtilmelidir. Ancak aynı konuyu dava şartı arabuluculuk özelinde genel olarak düzenlemiş olan HUAK m.18/A-12/c.2 ile HUAKY m.26/1/c.2 (ayrıca 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu²¹ (İMK) m.3/13/c.2) hükümleri, 2024 Yılı Tarifesine göre daha düşük bir asgari ücret düzeni öngörmektedir. İlgili hükümlerin içeriği şöyledir: “Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, ...Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz.” Hükmün mefhumu muhalifinden, dava şartı arabuluculuk süreçlerinde anlaşma halinde arabuluculuk ücretinin Tarifenin eki birinci kısımda yazılı en az iki saatlik ücret tutarı kadar olabileceği, dolayısıyla iki saatlik ücretin üzerindeki tutarların yasal (kanuni) olduğu sonucu çıkmaktadır. Örneğin uyuşmazlık miktarı 20.000,00-TL olan iki taraflı ticari dava şartı arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sonuçlanması halinde arabuluculuk ücreti, 2024 Yılı Tarifesi (m.7/6/c.2) uyarınca 6.000,00-TL olurken; HUAK ve HUAKY'nin ilgili hükümlerine göre 3.600,00-TL'ye tekabül etmektedir. Ücret açısından arabulucu lehine düzen getiren Tarife ile sürecin tarafları için daha lehe olan HUAK ve HUAKY arasındaki çatışmayı ortaya koyan bu örnekleri, farklı türdeki uyuşmazlıklar üzerinden çoğaltmak mümkündür. Örnekten görüldüğü üzere, HUAK ve HUAKY'nin anlaşmayla sonuçlanan dava şartı arabuluculuk süreçleri için belirlediği 'Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamama şeklindeki ücret düzeni', normlar hiyerarşisinde daha alta yer alan 2024 Yılı Tarifesiyle değiştirilmekte ve kanuni asgari sınır yukarı çekilmektedir. Yani kanun tarafından hukuka uygun olduğu belirtilen ücret aralığının uygulanabilirliği, Tarifedeki ilgili hükümlerle ortadan kaldırılmaya çalışılmaktadır²². Özellikle dava şartı arabuluculuk süreçlerine yönelik bambaşka amaçlarla hareket ettiğini düşündüğümüz Arabuluculuk Kurulu, HUAK ve HUAKY'nin konuyla ilgili maddelerine ters düşen, söz konusu maddelerle çatışan bir düzen getirmiş, kısacası yeni bir belirsizliğe kapı aralamıştır. Yukarıdaki örnekten devam edilirse; uyuşmazlığın tarafları, kanuna aykırı Tarife hükümlerinin uygulanamayacağı iddiasıyla arabulucunun 6.000,00-TL değil 3.600,00-TL ücret alması gerektiğini belirtmeleri halinde arabulucu süreci nasıl yürütmelidir? Tarafların anlaşmasını bozmak istemeyen ve kanuna uyan arabulucu, 2024 Yılı Tarifesi uyarınca tarife altında iş yapmış olacak; tam tersi ihtimalde kanuna değil 2024 Yılı Tarifesine itibar eden arabulucu, ileride sebepsiz zenginleşme iddiasıyla karşı karşıya kalabilecektir.

Yukarıda değindiğimiz üzere kanımızca Arabuluculuk Kurulu, 2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.2 ve m.7/7 hükümleriyle özellikle sonucu anlaşma olan dava şartı arabuluculuk süreçlerini hedeflemiştir. Ancak bu yapılırken HUAK'ın ve HUAKY'nin ilgili maddelerindeki “Bu durumda ücret, Tarifenin Birinci Kısımında belirlenen iki saatlik ücret tutarından az olamaz.” içerikli yasal düzenleme dikkate alınmamıştır. Yine HUAK'ın ve HUAKY'nin ilgili hükmünü getirirken kanun koyucunun güttüğünü düşündüğümüz, özellikle

¹⁷ Özbek, arabuluculuk sürecinin sonucuna ve/veya başarısına bağlı şekilde yapılan ücret belirlemelerinin (dolayısıyla nispi ücret düzeninin) arabulucunun tarafsızlığı ve etik ilkeler uyarınca sakıncalı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ÖZBEK, s.1127-1128.

¹⁸ HUAKY m.26/1/c.1: “Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonunda tamamen veya kısmen anlaşmaları hâlinde, arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin İkinci Kısımına göre aksi kararlaştırılmadıkça taraflarca eşit şekilde karşılanır.” HUAK m.18/A-12/c.1 hükmü de aynı içeriği taşımaktadır.

¹⁹ KILIÇOĞLU, s.96; İLHAN, s.154; Avukatlık asgari ücret tarifesi bağlamında aynı yönde değerlendirme için bkz. AKSU, Raziye: “Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (27), 2018, s.877-878.

²⁰ KILIÇOĞLU, s.96.

²¹ RG: 25.10.2017, 30221.

²² Söz konusu ücret aralığını şu şekilde somutlaştırmak mümkündür: Anlaşmayla sonuçlanan iki taraflı ticari dava şartı arabuluculuk sürecinde arabuluculuk ücretinin asgari sınırı, HUAK m.18/A-12/c.2 atfıyla Tarife eki birinci kısımdaki iki saatlik ücrete göre tayin edilir. Buna göre arabuluculuk ücreti, en az 3.600,00-TL olabilir. Anlaşma miktarının arttığı durumlarda ücretin 3.600,00-TL üzerinde olması mümkündür. 2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.2'ye göre ise bu ücret, ancak 6.000,00-TL ve üzeri olabilir. Dolayısıyla 2024 Yılı Tarifesi, HUAK m.18/A-12/c.2 uyarınca yasal nitelikteki 3.600,00-TL-5.999,99-TL arasındaki ücret aralığı ile çelişen, hukuka aykırı bir düzen öngörmektedir. İşçi-işveren, tüketici ve HUAK m.18/B kapsamındaki (uygulamadaki adıyla 'diğer') dava şartı arabuluculuk süreçleri açısından da benzer örneklerin verilmesi mümkündür.

ufak meblağlı süreçlerin anlaşmayla sonuçlanması halinde taraflara anlaşmamaya nazaran daha fazla mali yük getirmeme ve böylece uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözme noktasında tarafları güdüleme içerikli amacının, Tarifedeki yeni düzenlemelerle -farkında olmadan- yok sayıldığı kanaatindeyiz. Ayrıca arabuluculuk ücretlerine ilişkin hükümlerin mevzuatın farklı yerlerinde (HUAK, İMK, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²³ (TKHK), HUAKY ve Tarife) dağılık şekilde bulunması, bu sonucun doğmasında etkili olmuştur. Arabuluculuk Kurulunun, dağılık mevzuat yapısını gözden kaçırarak asgari arabuluculuk ücretine ilişkin anlaştran ve anlaştrmayan arabulucu arasında fark yaratma isteği, değindiğimiz sonuca yol açan bir başka etkidir. Söz konusu belirsizliğin giderilmesi, hem anlaşmaya yakın dava şartı süreçlerin sadece arabuluculuk ücreti nedeniyle bozulmasını engelleyecek hem de arabulucuların ve tarafların uyuşmazlığa odaklanmasını sağlayacaktır. Böylece arabuluculuk ücretinin tayini ve tahsili noktasında karşılaşılabilecek muhtelif uyuşmazlıklar bertaraf edilmiş olacaktır.

Gelinen noktada 2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.2 ile m.7/7'nin, dava şartı arabuluculuk süreçlerine münhasır ve normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan HUAK m.18/A-12/c.2 ile HUAKY m.26/1/c.2 (ve yine İMK m.3/13/c.2) hükümlerine aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Ortaya koyduğumuz çatışma hali giderilene kadar -kanuna aykırı Tarife maddeleri uygulanamayacağından- arabuluculuk ücretinin, öncelikle HUAK m.18/A-12/c.2 ile HUAKY m.26/1/c.2 hükümlerine uygun şekilde belirlenmesi gerekir. Ancak yapılacak bir değişiklikle Tarifeye üstünlük tanınması ihtimali yanında; Tarifedeki hükümlerin ihtiyari arabuluculuk süreçleri açısından bağlayıcı olması nedeniyle, 2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.2 ve m.7/7'nin öngördüğü ücret düzeni çalışmanın kalan kısmında açıklanmaya çalışılmaktadır.

III. 2024 TARİFESİ M.7'YE EKLENEN M.7/6/C.2 ve M.7/7 HÜKÜMLERİNİN İHTİYARI ARABULUCULUK AÇISINDAN YERİNDELİĞİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.2 ve m.7/7'deki asgari sınırlar, hükümlerde herhangi bir yollama yapılmadığından ihtiyari arabuluculuk süreçleri açısından da uygulanmak durumundadır. Bu bağlamda ihtiyari arabuluculuk sürecinin anlaşmayla neticelenmesi durumunda arabuluculuk ücreti; ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar ile ticari uyuşmazlıklarda 6.000,00-TL'den, diğer tüm uyuşmazlıklarda ise 4.000,00-TL'den az olamaz. Bu hükümler 2024 Yılı Tarifesinin yenilikleri olduğundan, ihtiyari arabuluculukta eski düzene değinmek ve bir karşılaştırma yapmak önem taşımaktadır.

Seleflerinin öngördüğü düzeni koruyan 2023 Yılı Tarifesi²⁴ uyarınca, anlaşmayla sonuçlanan düşük meblağlı ihtiyari süreçlerde arabuluculuk ücretinin asgari sınırı kanımızca net değildi²⁵. Anlaşma bedeli ne kadar düşük olursa olsun, süreci özenle yürütme ediminin ekonomik karşılığının ödenmesi ve arabuluculuk mesleğinin itibarının korunması gerekçeleriyle arabuluculuk ücretinin, Tarifenin eki birinci kısımdaki saatlik ücretlendirmenin altına düşmemesi gerektiği uygulamada ifade edilmekteydi. Buna göre örneğin; ticari dava niteliğindeki iki taraflı ve 10.000,00-TL meblağlı bir ihtiyari arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sonuçlanması durumunda arabuluculuk ücreti, nispi düzen uyarınca 600,00-TL olmaktadır. Ancak az önce bahsettiğimiz uygulamaya göre iki taraflı ticari bir uyuşmazlığın ihtiyari arabuluculuk anlaşmasıyla çözümlenmesi halinde -örneğimizde olduğu gibi- anlaşma tutarı ne kadar düşük olursa olsun arabuluculuk ücreti, saatlik maktu düzen uyarınca en az 1.560,00-TL olmak durumundaydı²⁶. Kimi arabulucular bu uygulamayla uyumlu şekilde hizmet verirken, kimi arabulucular doğrudan nispi düzen uyarınca arabuluculuk ücreti talep etmekteydi. Tarifede ve arabuluculuk mevzuatında konuyla ilgili asgari sınır öngörülmediğinden, aralarında ciddi farklılık bulunan bu iki yöntemden hangisinin hukuka uygun olduğunu kesin olarak söylemek mümkün değildi. Ayrıca ihtiyari süreçlerde arabulucunun tercih sebeplerinden biri arabuluculuk ücretinin miktarı olduğundan, arabulucular arasındaki rekabetin daha düşük ücretle arabuluculuk hizmeti sunan lehine bozulduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla anlaşma ile sonuçlanan ihtiyari süreçler için de geçerli bir asgari sınırın 2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.2 ve m.7/7'de getirilmiş olması yerinde görünmektedir.

Arabuluculuk kurumu açısından değerli olan, tarafların arabuluculuk sürecini kendi özgür iradeleriyle başlatmaları ve yine gönüllülük esası doğrultusunda süreci sonlandırmalarıdır²⁷. Toplumda müzakere kültürünün yerleşmesi ve bireylerin kendi iradeleriyle arabulucuya başvurmalarının sağlanması için ihtiyari arabuluculuğun bireyler nezdinde özendirilmesi gerekir. Bu noktada ihtiyari arabuluculuğun beraberinde getireceği maddi külfet, tarafları bu süreci başlatmaktan caydırmayacak düzeyde belirlenmelidir. Mahkemelerin iş yükünü ağırlaştırarak düşük meblağlı uyuşmazlıkların ihtiyari arabuluculuk yoluyla

²³ RG: 28/11/2013, 28835; Tüketicici dava şartı arabuluculuk düzenlemesi 7251 Sayılı Kanun'la TKHK'ya eklenen m.73/A'da yer almaktadır. Bkz. RG: 22.7.2020, 31199.

²⁴ RG: 04.10.2022, 31973.

²⁵ 2023 Yılı Tarifesinin ve seleflerinin yürürlükte olduğu dönemdeki mevzuat göz önüne alındığında, anlaşma durumundaki arabuluculuk ücretine yönelik açıkça asgari sınır getiren tek düzenlemenin, HUAK m.18/A-12/c.2 ve onun tekrarı mahiyetindeki HUAKY m.26/1/c.2 olduğu görülmektedir. Bu hükümler ise, yalnızca dava şartı arabuluculuk süreçlerinde uygulanma kabiliyetini haizdir. İhtiyari arabuluculuk süreçleri açısından böylesi açık bir düzenleme mevcut değildi. Dolayısıyla ufak meblağlı uyuşmazlıklarda, Tarife eki ikinci kısma göre belirlenen (anlaşmaya varılan miktarın %6'sı) ücretin Tarife eki birinci kısmın öngördüğü bir saatlik ücretin altında kalması durumunda, asgari sınır olarak hangi ücretin esas alınması gerektiği kanımızca belirsizlik arz etmekteydi.

²⁶ 2023 Yılı Tarifesinin eki birinci kısımda, iki taraflı ticari uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk sürecinde bir saatlik arabuluculuk hizmeti için ödenmesi gereken ücret, taraf başına 780,00-TL olarak öngörülmüştür. Uyuşmazlığın iki taraflı olduğu ve çok kısa zamanda çözüme kavuşturulduğu düşünülürken arabulucuya bir saat için ödenmesi gereken toplam ücret, 1.560,00-TL olmaktadır. Uygulamada ihtiyari arabuluculuklar kapsamında ücretin tayini için saat hesabının yaygın olmaması nedeniyle en az bir saatlik hizmetin karşılığı olan ücretin (olayımızda 1.560,00-TL) asgari sınır olarak kabul edilmesi önerilmektedir.

²⁷ AZAKLI ARSLAN, s.50-54; BORA, s.111; İLHAN, s.28; ŞEN DOĞRAMACI, s.273.

çözümlemesi durumunda yargı mekanizması ve toplumsal barış açısından edinilecek fayda²⁸ dikkate alındığında, az önceki önerme kanımızca daha da anlam kazanmaktadır. Bu bağlamda ihtiyari arabuluculuk süreçleri açısından da uygulanması icap eden 2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.2 ve m.7/7'deki asgari sınırların, ihtiyari arabuluculuğa başvurmayı düşünen bireyler açısından caydırıcı olduğu kanaatindeyiz. Zira örneğin ticari dava niteliğindeki iki taraflı ve 10.000,00-TL meblağlı ihtiyari arabuluculuk süreci anlaşmayla sonuçlandırıldığında 2024 Yılı Tarifesine göre ödenmesi gereken arabuluculuk ücreti, en az 6.000,00-TL'dir. Aynı kurguda bu ücret, 2023 Yılı Tarifesine göre ve yine Tarifedeki belirsizlikten kaynaklı ilk görüş uyarınca en az 600,00-TL, ikinci görüş uyarınca en az 1.560,00-TL olmaktadır. 2023 Yılı Tarifesinde yüksek olan asgari sınır bile 1.560,00-TL iken, 2024 Yılı Tarifesiyle bu asgari sınırın neredeyse %400 artırılmasını anlamlandırmak mümkün değildir. Bunun yerine uygulamada bazı arabulucuların yaptığı gibi, düşük meblağlı uyuşmazlıklar açısından caydırıcı olmayan ve arabulucunun emeğinin karşılığını verecek şekilde saatlik esas üzerinden veya 2024 Yılı Tarifesinin öngördüğü mevcut tutardan düşük bir asgari sınırın belirlenmesi yerinde olurdu²⁹. Ayrıca ihtiyari arabuluculuk süreçlerinde arabulucu, taraflar ile arasındaki arabulucu sözleşmesinin görüşmeleri aşamasında asgari sınırın üstünde ücret talep edebilmektedir³⁰. Yaygın uygulama da benzer şekilde, taraflar ile arabulucu arasında ücrete ilişkin mutabakat sağlandıktan sonra sürecin başlaması yönündedir. Arabuluculuk ücretiyle ilgili anlaşmaya varılmaksızın sürecin başladığı durumlarda mevzuattaki asgari sınır zaten devreye girmektedir³¹. Dolayısıyla ihtiyari arabuluculuk süreçleri özelinde %400-%500 civarında artışla asgari sınır getirmekten ziyade caydırıcı olmayan, arabulucunun emeğini koruyan bir sınır belirlemenin ve özellikle asgari sınırlar altında arabuluculuk yapanlara yönelik denetim/yaptırım mekanizmasını işlevsel kılmamanın, arabuluculuk kurumunun bekası açısından daha olumlu sonuçlar vereceği kanaatindeyiz.

IV. 2024 TARİFESİ M.7/4 İLE M.7/6'DA GEÇEN "TİCARİ UYUŞMAZLIK" KAVRAMININ NETLEŞTİRİLMESİ

Seri uyuşmazlıkların arabuluculuk ücretinin tayininde arabulucuya seçimlik yetki tanıyan 2024 Tarifesi m.7/4 ile asgari ücret sınırı getiren m.7/6 hükümlerinde "ticari uyuşmazlık" kavramı geçmektedir. Ancak ticari uyuşmazlık kavramı ile hangi tür uyuşmazlıkların kastedildiği ne Tarifede ne de arabuluculuk mevzuatında açıklığa kavuşturulmuştur. Yine 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) konuyla ilgili açıklayıcı herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Dolayısıyla 2024 Tarifesinde özellikle ticari uyuşmazlıklar için farklı bir asgari sınır öngörüldüğünden, bu kavramın hangi tür uyuşmazlıkları işaret ettiği netleştirilmelidir.

Ticari uyuşmazlık dendiğinde, öncelikle akla iki kavram gelmektedir. Bunlar; ticari iş ve ticari dava kavramlarıdır. Ticari işin kapsamı, TTK m.3'te ve m.19'da ortaya konan esaslara göre belirlenmektedir³². Genel olarak TTK'da bahsi geçen işler yanında TTK'da düzenlenmemekle birlikte ticari işletmeyi doğrudan veya dolaylı şekilde ilgilendiren işler ticari iş niteliğindedir³³. Ayrıca tacir kişilerin işlerinin, kural olarak ticari işletmelerini ilgilendirdiği kabul edildiğinden, ticari iş niteliği taşıması ve yalnızca bir taraf için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmelerin yine kural olarak diğer taraf için de ticari iş sayılması yönündeki kurallar ticari işin kapsamının tayininde önem arz eder³⁴. Ticari dava kavramının kapsamı ise, TTK m.4/1 uyarınca belirlenir. Buna göre; TTK m.4/1/b.(a)-(f) arasında sayılan uyuşmazlıklarla ilgili kanunlarda ticari dava niteliği atfedilen uyuşmazlıklar, TTK m.4/1/b.(a)-(f) arasında sayılmamakla birlikte her iki tarafın tacir olduğu ve her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendiren uyuşmazlıklar ve son olarak en az bir tarafın ticari işletmesini ilgilendirmesi şartıyla havale, vedia (saklama) ile fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan uyuşmazlıklar ticari dava olarak kabul edilmektedir³⁵. Karşılaştırıldığında ticari dava kavramı, ticari işe göre daha detaylı düzenlenmesine rağmen daha dar kapsamlı görünmektedir. Dolayısıyla ticari dava niteliğindeki her uyuşmazlık kural olarak ticari iş sonucunu beraberinde getirirken; ticari iş niteliğindeki her uyuşmazlık ticari dava sonucunu içermemektedir.

Arabuluculuk bağlamında kavramların kullanımına baktığımızda; özellikle ticari davalarda arabuluculuk dava şartı olduktan sonra uygulamada ve literatürde ticari uyuşmazlık kavramının ticari dava niteliğindeki uyuşmazlıklar için kullanıldığı gözlenmektedir³⁶. Yine Arabuluculuk Daire Başkanlığının yayımladığı "Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk" isimli kitap içeriğinde de ticari uyuşmazlık kavramı, ticari dava kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır³⁷. Öte yandan tüketici işlemleriyle tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan uyuşmazlıklar, tüketici uyuşmazlıkları olarak adlandırılır ve

²⁸ BORA, s.29; AZAKLI ARSLAN, s.120-127.

²⁹ İhtiyari arabuluculuk kapsamındaki arabuluculuk ücretinin düşük tutulmasının arabuluculuğa başvurma noktasında kişileri teşvik edeceği yönünde bkz. ATEŞ, s.57-58.

³⁰ YILMAZ, s.288; BADUR, s.259; ATEŞ, s.60; ÖNAL, s.103-104; KILIÇOĞLU, s.96.

³¹ BADUR, s.259-262; ÖNAL, s.98, 104; YILMAZ, s.289-290; ATEŞ, s.59.

³² ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 27.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021, s.72; BOZKURT, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, 5.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.125.

³³ ARKAN, s.72-73; BOZKURT, s.127-129.

³⁴ ARKAN, s.73-76; BOZKURT, s.129-132.

³⁵ TUĞ, Mehmet Arif: "Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29(3), 2021, s.1901-1902; ÖNAL, s.22-23; ATEŞ, s.53-54; ARKAN, s.107-116; BOZKURT, s.256-280.

³⁶ ATEŞ, s.52-55; TUĞ, s.1903, 1911, 1913; ÖNAL, s.20-25.

³⁷ KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019, s.73vd.

bunların ticari uyuşmazlıklarla kesiştiği bir alan bulunmaktadır³⁸. Örneğin tüketicinin taraf olduğu kredi sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık; bir yandan tüketici uyuşmazlığına vücut verirken, diğer yandan TTK m.4/1/b.(f) uyarınca (mutlak) ticari dava niteliği taşıdığından ticari uyuşmazlık olarak da değerlendirilir³⁹. Eldeki uyuşmazlığın -kredi örneğimizde olduğu gibi- hem tüketici uyuşmazlığı hem ticari uyuşmazlık olarak nitelendirildiği ve mevzuatta her iki uyuşmazlık türüne farklı sonuçların bağlandığı durumlarda, TKHK m.83/2'nin 'bir yerde tüketici işlemi varsa diğer kanunlar ne derse desin orada öncelikle tüketici işlemi bulunur!' şeklindeki emredici içeriğinden hareketle tüketici uyuşmazlığı niteliğinin beraberinde getirdiği sonuçlara üstünlük tanınmalıdır. Tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk ayrıca TKHK'da düzenlendiği için Tarife m.7/4 ile m.7/6'da yer alan ticari uyuşmazlık kavramının, tüketici işlemi veya tüketiciye yönelik uygulama niteliği taşımayan ticari dava/lar şeklinde okunması yerinde olur. Bu çıkarımın, ihtiyari ve dava şartı arabuluculuk süreçlerinin her ikisi açısından uygulanabilir olduğu belirtilmelidir.

V. DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞA TABİ (YENİ) UYUŞMAZLIKLARI DÜZENLEYEN HUAK M.18/B İLE TTK M.5/A ARASINDAKİ İLİŞKİNİN TESPİTİ VE BU İLİŞKİNİN ARABULUCULUK ÜCRETİNE ETKİSİ

01.09.2023 tarihinde yürürlüğe giren HUAK m.18/B, dava şartı arabuluculuk açısından oldukça önemli düzenlemeler içermektedir. Hükme göre; kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların önemli bir kısmı, taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklar ile komşuluk hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar, dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmaktadır⁴⁰. Kanun koyucu, kural ihdas etme yönteminden ayrılarak, dava şartına tabi uyuşmazlıkları ilgili oldukları kanunlarda değil doğrudan HUAK'ın "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" bölümünde bağımsız bir maddeyle ve özellikle sayma yöntemiyle düzenlemiştir. Bununla birlikte ticari dava şartı arabuluculuğa ilişkin TTK m.5/A ise, kapsamındaki uyuşmazlıkları sayarak değil daha genel şekilde davanın konusunu sınırlandırarak belirlemektedir⁴¹. Hükme göre, konusu bir miktar para olan ticari dava niteliğindeki alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında arabuluculuk dava şartıdır.

İlk bakışta belki fark edilemese de HUAK m.18/B ile TTK m.5/A kapsamına (ayrı ayrı) giren uyuşmazlıkların kesişebileceği belirli bir alan vardır. Örneğin kiraya verenin gayrimenkul sektöründe faaliyet gösteren bir şirket, kiracının da otomotiv sektöründe ticari işletme ölçeğinde araç alımı-satımı yapan bir tacir gerçek kişi olduğu düşünülürse; taraflar arasındaki kira ilişkisinden kaynaklanan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davaları, aynı anda hem HUAK m.18/B hem de nispi ticari dava olması⁴² hasebiyle TTK m.5/A kapsamına girmektedir. Bu çıkarımın, HUAK m.18/B-1'de sayılan diğer uyuşmazlıklar ile tarımsal üretim sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından da geçerli olduğu ifade edilmelidir. Peki böyle bir durumda bu hükümlerden hangisi kapsamında dava şartı arabuluculuk süreci yürütülmelidir? Bu soruya verilecek cevap, arabuluculuk sürecine ilişkin azami süreler ve arabuluculuk ücreti açısından farklı sonuçlar içermektedir⁴³.

HUAK m.18/B ile TTK m.5/A arasındaki ilişki incelenirken, ilgili hükümlerin düzenledikleri alanlar açısından mahiyetlerini göz önünde bulundurmak gerekir. İlk bakışta TTK için ticaret hukukuna ilişkin önemli esasların düzenlendiği bir temel kanun; HUAK için ise, daha özel nitelikteki bir kanun niteliği yapılabilirse de bu çıkarımın peşinen doğru olduğunu söylemek güçtür. Kanunların ve/veya içerdiği hükümlerin hangisinin daha özel ve öncelikle uygulanabilir olduğu belirlenirken hükümler arasındaki ilişki özellikle ilintili oldukları konu bağlamında irdelenmelidir. Dolayısıyla HUAK'ın, arabuluculuk kurumu bağlamında genel kanun niteliği taşıdığı söylemek yanlış olmaz kanaatindeyiz. Yine HUAK m.18/B-1, doğrudan saymak suretiyle dava şartı arabuluculuğa tabi kıldığı uyuşmazlıklar özelinde, TTK m.5/A hükmüne göre daha genel niteliktedir. Nitekim HUAK m.18/B-1'de sayılan uyuşmazlıklar, müteakip fıkralardaki sonuçlar dışında HUAK m.18/A'ya tabi kılınarak "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk" bölümünde düzenlenmiştir. Dolayısıyla diğer kanunlarda daha özel nitelikli bir hüküm olmadığı takdirde bu uyuşmazlıklara ilişkin süreçler hakkında, dava şartı arabuluculuğa ilişkin genel esaslar yani HUAK m.18/A uygulanır. HUAK m.18/B-1'deki uyuşmazlıklar, taraflar tacir olduğunda ve tarafların ticari işletmelerini ilgilendirdiğinde daha özel bir kurguyla karşımıza çıkmaktadır. Bu kurguyu dava şartı arabuluculuk bağlamında karşılayan hüküm ise, TTK m.5/A'dır. Dolayısıyla TTK m.5/A, HUAK m.18/B'ye nazaran kanımızca daha özel hüküm niteliği taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki HUAK m.18/B, TTK m.5/A'ya göre sonraki hüküm niteliğindedir. Bu iki hüküm arasındaki ilişki veya çatışma, "sonraki genel kanun – önceki özel kanun" çatışmasına benzer. Bu gibi durumlarda standart bir yanıtın bulunmadığı, söz konusu hükümlerin temelindeki amaçtan hareketle hassas bir yorum faaliyeti yürütülerek çözüme yani kanun koyucunun iradesine ulaşılabileceği doktrinde dile getirilmektedir⁴⁴. Kanaatimizce HUAK m.18/B-1 ile

³⁸ TUĞ, s.1904.

³⁹ TUĞ, s.1904.

⁴⁰ HUAK m.18/B'nin yürürlüğe girdiği 01.09.2023 tarihinde tarımsal üretim sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar da dava şartı arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Tarımsal üretim sözleşmeleri ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklardaki dava şartı arabuluculuk hükümleri hakkında detaylı bilgi için bkz. ŞEN DOĞRAMACI, s.245-280.

⁴¹ ATEŞ, s.52-55; ÖNAL, s.21-25.

⁴² Aynı yönde bkz. TUĞ, s.1903-1904; GÜNDOĞDU, Süleyman Burak: "Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulanması Üzerine Bazı Düşünceler", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 2023, s.855.

⁴³ GÜNDOĞDU, s.855.

⁴⁴ SEROZAN, Rona: Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.148; SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel

kanun koyucu, ticari uyuşmazlıklar dahil herhangi bir dava şartı arabuluculuk düzenini değiştirmeyi değil son zamanlarda uygulamada fazlaca soruna yol açan uyuşmazlıkların tamamına yakınının öncelikle arabulucu önüne gelmesini istemiştir. Bu bağlamda HUAK m.18/B-1'in temelinde veya lafzında, TTK m.5/A kapsamındaki uyuşmazlıkların tabi olduğu arabuluculuk türünü/rejimini değiştirme gibi bir amaç ve sonuç bizce bulunmamaktadır. Bu gerekçelerle HUAK m.18/B-1'de sayılmakla birlikte nispi ticari dava niteliğindeki uyuşmazlıklar açısından -eğer şartları varsa- TTK m.5/A öncelikle uygulanmalıdır⁴⁵. Bu durumun beraberinde getirdiği sonuç, ticari uyuşmazlıklara ilişkin arabuluculuk ücretlendirmesinin ve azami sürelerin söz konusu uyuşmazlıklarda da uygulanacak olmasıdır⁴⁶. Bu çıkarımın sadece konusu bir miktar para olan nispi ticari dava niteliğindeki uyuşmazlıkları kapsadığı unutulmamalıdır.

VI. 2024 TARİFESİ M.7'YE EKLENEN EMREDİCİ NİTELİKTEKİ FIKRA 7'NİN TÜKETİCİ DAVA ŞARTI ARABULUCULUK ÜCRETİNE ETKİSİ

Öncelikle işçi-işveren uyuşmazlıklarında ve ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğu zorunlu kılan kanun koyucu, dava şartı arabuluculuk uygulamasını 2020 yılında tüketici uyuşmazlıklarına teşmil etmiştir⁴⁷. TKHK'ya eklenen m.73/A, tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklar için arabulucuya başvuru şartı getirirken arabuluculuk ücreti açısından oldukça farklı bir düzen öngörmektedir. İlgili hükmün (TKHK m.73/A-3) içeriği şöyledir:

“Arabuluculuk faaliyeti sonunda taraflara ulaşılamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması veya tarafların anlaşmaları ya da anlaşamamaları hâlinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücreti, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır. Ancak belirtilen hâllerde arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesinin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre iki saatlik ücret tutarını geçemez.”

Hükümde sürecin anlaşma harici diğer nedenlerle sonlanması durumunda arabulucunun hak edeceği ücretin miktarı, HUAK, HUAKY ve Tarife ile uyum içerisindedir. Anlaşma halinde tüketicinin ödemesi gereken ücretin Bakanlıkça karşılanacağı ve bu ücret tutarının Tarifenin eki birinci kısımda tüketici uyuşmazlıkları için öngörülen iki saatlik ücret tutarını geçemeyeceği emredici şekilde düzenlenmektedir⁴⁸. 2024 Tarifesi m.7'ye eklenen fıkra 7'de ise aynı duruma ilişkin arabuluculuk ücretinin 4.000,00-TL'den az olamayacağı emredici olarak belirtilmektedir. Dolayısıyla çalışmamızın başında değindiğimiz, dava şartı arabuluculuk süreçlerinin anlaşma ile sonuçlanması halinde arabuluculuk ücretini düzenleyen HUAK m.18/A-2/c.2 (ve HUAKY m.26/1/c.2) ile 2024 Yılı Tarifesi m.7/6/c.2 ve m.7/7 arasındaki çatışmanın benzeri ve daha net bir örneği, tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin dava şartı arabuluculuk süreçleri açısından söz konusudur. Nitekim iki taraflı, uyuşmazlık miktarı 60.000,00-TL olan bir tüketici dava şartı arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sonuçlanması halinde, tüketicinin payına düşen ve ödemesi gereken arabuluculuk ücreti TKHK m.73/A-3'e göre 1.040,00-TL olmaktadır. Aynı duruma ilişkin 2024 Yılı Tarifesi m.7/7, toplam arabuluculuk ücretinin 4.000,00-TL'den az olamayacağını öngördüğü için tüketicinin payına düşen ve ödemesi gereken arabuluculuk ücreti en az 2.000,00-TL olarak somutlaşmaktadır. Bu durumda, tüketicinin ödemesi gereken ücreti tahsil etmek için Bakanlığa başvurması gereken arabulucu, hangi miktarı esas alarak makbuz kesmelidir? Bu soruya yine ilgili hükümler arasındaki ilişki irdelenerek cevap verilebilir.

2024 Yılı Tarifesi m.7/7, ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklar ile ticari uyuşmazlıklar haricindeki tüm uyuşmazlıkları kapsamına alan bir düzenlemedir. Dolayısıyla hükmün kapsamına tüketici uyuşmazlıkları da girer. Ancak dava şartı arabuluculuk süreçlerinde anlaşma halinde tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücretini doğrudan Tarifenin eki birinci kısımdaki iki saatlik ücrete -asgari, azami ve emredici şekilde- endeksleyen ve aynı zamanda özel hüküm niteliği taşıyan TKHK m.73/A-3, normlar hiyerarşisinde Tarifenin daha üstünde yer aldığı için öncelikle uygulanır⁴⁹. TKHK m.73/A-3 hükmü, anlaşma halinde satıcının/sağlayıcının payına düşen arabuluculuk ücretine müdahalede bulunmadığı için bu kısım ilgililer için genel ücret düzeni geçerli olur⁵⁰.

Bölüm/Kişiler Hukuku, 5.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.179; OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 19.Bası, İstanbul 2013, s.83.

⁴⁵ Aksi yönde görüş için bkz. GÜNDOĞDU, s.855; Nispi ticari dava niteliğindeki kira uyuşmazlıklarının yerleşik yargı uygulaması aksine asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi gerektiği yönünde bkz. TUĞ, s.1910-1916.

⁴⁶ GÜNDOĞDU, s.855; Dolayısıyla kira ilişkisinden de kaynaklanan arabuluculuk süreci TTK m.5/A ve HUAK m.18/A uyarınca yürütülmeli, arabuluculuk ücreti ticari uyuşmazlıkların ücretlendirme rejimine tabi olmalıdır. Burada HUAK m.18/B-1 ile TTK m.5/A açısından vardığımız sonuç, tarımsal üretim sözleşmelerinden kaynaklanan arabuluculuk süreçleri için de geçerlidir.; Ticari uyuşmazlıklarda geçerli arabuluculuk ücret düzeni için bkz. ATEŞ, s.53-55; Süreler için bkz. BORA, s.80.

⁴⁷ ÖNAL, s.25; ATEŞ, s.55-56; SARIHAN, Banu Bilge: “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulanması”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2021, s.421.vd.

⁴⁸ ÖNAL, s.26, 119-120; ATEŞ, s.56-57; SARIHAN, s.436.

⁴⁹ SARIHAN, s.436; TKHK m.83/2 hükmü, kanımızca hiçbir kanuna bahşedilmemiş bir üstünlüğü TKHK için tanımaktadır. Söz konusu üstünlük lafızda değinildiği şekliyle sadece görev ve yetki konularında değil kanuna sonradan giren dava şartı arabuluculuk gibi yeni kurumlar açısından da sonuç doğurur. Bu bağlamda TKHK m.73/A içeriği ile çatışan başka bir hüküm hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun TKHK m.73/A hükmü öncelikle uygulanmalıdır.

⁵⁰ Burada genel ücret düzeninden kastımız, benimsediğimiz görüş doğrultusunda öncelikle HUAK m.18/A-12/c.2'nin, akabinde ihtiyaç halinde Tarife hükümlerinin uygulanmasıdır. Buna göre (metin içerisindeki örnek esas alınır) satıcının/sağlayıcının ödemesi gereken ücret, 1.800,00-TL olmaktadır. Ayrıca uygulamada düşük meblağlı anlaşmalar ile sonuçlanan tüketici dava şartı arabuluculuğu süreçlerinde bazı arabulucuların Tarifedeki 4.000,00-TL'lik asgari sınırı yanlış yorumladıkları görülmektedir. Örneğimizde olduğu gibi tüketicinin payına düşen arabuluculuk ücreti, 1.040,00-TL'dir ve Bakanlıktan tahsil edilir. Satıcının/sağlayıcının payına düşen ücret ise, 1.800,00-TL'dir. Yoksa 2024 Yılı Tarifesindeki 4.000,00-TL'lik asgari sınırla nedeniyle satıcının/sağlayıcının payına düşen ücretin 2.960,00-TL'ye yükselmesi gibi bir sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Görüldüğü üzere 2024 Yılı Tarifesi m.7/7; tüketici dava şartı arabuluculuğuna tabi uyuşmazlıklar özelinde, tüketicinin payına düşen ücret

VII. 2024 TARİFESİ M.7'YE EKLENEN FIKRA 5 UYARINCA ARABULUCULUK ÜCRETİNİN BELİRLENMESİ

Kira uyuşmazlıklarında arabuluculuğun dava şartı olmasıyla⁵¹ birlikte 'kira bedelinin tespiti ve tahliye' talepleri, arabuluculuk kurumu bağlamında en çok tartışılan konular arasına girmiştir. Kanun koyucu, kira uyuşmazlıklarını dava şartına tabi kılan HUAK m.18/B'de arabuluculuk ücretine ilişkin herhangi bir belirleme yapmamıştır. Dolayısıyla 01.09.2023 tarihiyle 2024 Yılı Tarifesinin yürürlüğe girdiği tarih arasındaki süreçte özellikle tahliye ve kira bedelinin tespiti talepli süreçlerde arabuluculuk ücretinin tayininde farklılıklar gözlenmiştir. Bu noktada tahliye ve kira bedelinin tespiti taleplerinin, konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen uyuşmazlıklar kapsamına girip girmediği sorusu, tartışmanın esasını teşkil etmiştir⁵². Cevabın olumlu olması gerektiğini düşünen arabulucular, nispi düzene göre arabuluculuk ücretini tayin ederken; soruya olumsuz yaklaşanlar maktu düzene göre arabuluculuk süreçlerini yürütmüşlerdir. Bu görüş ayrılığı nedeniyle tahsil edilen arabuluculuk ücretleri arasında ciddi farklar oluşmuştur.

Soruya olumlu yaklaşanlar, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m.9'dan hareket etmişlerdir⁵³. Hükme göre avukatlık ücreti, tahliye davalarında bir yıllık kira bedeli tutarı üzerinden; kira tespiti davalarında ise, tespit olunan kira bedeli farkının bir yıllık tutarı üzerinden nispi düzene göre belirlenmektedir. Ancak bu hüküm, söz konusu taleplere ilişkin davalardaki avukatlık vekalet ücretinin tayini için kaleme alınmıştır. 2023 Yılı Arabuluculuk Tarifesinde böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Tam tersine 2023 Tarifesi m.8, Tarifede yazılı olmayan talepler açısından arabuluculuk ücretinin saatlik maktu düzene göre belirlenmesini öngörmüştür. Dolayısıyla bu kısa ancak belirsiz zaman diliminde ortaya çıkan söz konusu uygulamalardan hangisinin yerinde olduğunu öncelikle belirlemek gerekir.

A. Tahliye Talebinin Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Uyuşmazlıklar Kapsamına Girip Girmediği Meselesi

Öncelikle arada kira ilişkisi olsun olmasın, bir menkulün (örneğin baz istasyonu) veya gayrimenkulün tahliyesi olgusu, kanımızca konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar kapsamında ele alınmalıdır. Nitekim her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilmesini öngören genel usul kuralı⁵⁴, ileride gerçekleşecek olan tahliyenin değerinin davanın açıldığı tarihte net şekilde belirlenebilmesini gerektirir. Ancak tahliyeye ilişkin 492 Sayılı Harçlar Kanunu'ndaki ve Avukatlık Ücret Tarifesindeki değer ortaya koyabilmeyi kolaylaştıran hükümlerin hiç olmadığı varsayıldığında, ileride gerçekleşecek olan fiili tahliyenin değerinin dava tarihi itibarıyla tayin edilmesi kanımızca mümkün değildir. Buradaki mümkün olmama durumu, hesaplama zorluğundan değil bazı önemli verilerin çoğu zaman eksik olmasından kaynaklanır. Örneğin bir yandan tahliyesi istenen taşınmazın kaçınıcı katta olduğu, binada asansörün bulunup bulunmadığı, taşınmazın içerisinde ne kadar eşyanın olduğu vb. hususlar dikkate alınarak ve tahliye gerçekleşikten sonra bir değer tayin edilmesi ilk seçenek olarak düşünülebilir. Ancak yargılamanın başında sadece bu değer belirlenmesi, davanın esası haricinde bir konuya yönelik bilirkişi raporu, kıymet takdiri vb. usullerin işletilmesini gerektireceğinden yargının yükünü artırma ve yargılama süresini uzatma gibi sorunları beraberinde getirir. Tahliyenin doğuracağı masraflar göz önüne alınarak belirlenen bu değer, çoğu zaman yargılama akabinde fiilen gerçekleştirilen tahliyenin değeri -gerekli indirimlerin/denkletirmelerin yapıldığı ihtimalde dahi- ile örtüşmeyecektir. Diğer yandan tahliye davasının bozucu yenilik doğuran niteliği gereği taraflar arasındaki kira sözleşmesini sonlandırıcı etkisi esas alındığında, tahliye talebi açısından bütün kira süresi boyunca ödenen kira bedelleri toplamının esas alınması ikinci seçenek olarak görülebilir. Yine bu durumda da dava tarihinden sonraki yıllara tekabül eden kira bedeli tutarları ve tahliye kararının kesinleşme tarihi henüz belirli olmadığından taraflar arasındaki ilişkinin toplam süresinin net şekilde tayini mümkün değildir. Toplam fiili kira süresinin esas alındığı bu ikinci seçenekte de tahliyenin dava tarihindeki değerine ilişkin belirsizliğin devam ettiği söylenebilir. Dolayısıyla tahliyenin para ile değerlendirilmesinde yaşanabilecek zorlukları göz önünde bulunduran kanun koyucu, kiralananın tahliyesi halinde esas alınacak bedeli, yargının işini kolaylaştırmak amacıyla 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nda, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde ve 2024 yılı itibarıyla Arabuluculuk Ücret Tarifesinde özel olarak düzenleme yoluna gitmiştir. Harçlar Kanunu m.17 ve Avukatlık Ücret Tarifesi m.9, tahliye talebi açısından bir yıllık kira bedeli tutarını esas alırken; 2024 Yılı Arabuluculuk Ücret Tarifesi m.7/5, bir yıllık kira bedeli tutarının yarısını esas almaktadır. Bu hükümlerin getirilmiş olması ve aralarındaki nicel farklılıklar, tahliyenin konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar kapsamında ele alınması gerektiği yönündeki çıkarımımızı destekler niteliktedir.

B. Kira Bedelinin Tespiti Talebinin Konusu Para Olan veya Para ile Değerlendirilebilen Uyuşmazlıklar Kapsamına Girip Girmediği Meselesi

Kira bedelinin tespiti talepleri açısından yine 492 Sayılı Harçlar Kanunu'ndaki, Avukatlık ve Arabuluculuk Ücret Tarifelerindeki kolaylaştırıcı hükümlerin hiç olmadığı varsayılarak konu irdelenmelidir.

açısından TKHK m.73/A-3'e, satıcının/sağlayıcının ödemesi gereken ücret açısından da HUAK m.18/A-12/c.2'ye aykırı bir düzen öngörmektedir ve uygulanma kabiliyetinden yoksundur.

⁵¹ Kira uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk hakkında bkz. GÜNDOĞDU, s.852-878.

⁵² Uyuşmazlığın konusunun para ile değerlendirilebilir olup olmaması ve ücretlendirme hakkında bilgi için bkz. ÖZBEK, s.1126-1128; ÖNAL, s.104-110; BADUR, s.259; ATEŞ, s.49-50.

⁵³ Arabuluculuk Tarifesinin ilk halleri hazırlanırken Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinden esinlendiği ve bunun sorunlara yol açma potansiyeli taşıdığı yönünde bkz. ÖZBEK, s.1123.

⁵⁴ Yargıtay İBHGK, 28.11.1956, E.1956/15, K.1956/15; Yargıtay 11.HD, 28.4.2022, E.2021/8840, K.2022/3581. (Erişim Tarihi: 01.02.2024)

Öncelikle kira bedelinin arabuluculuk süreci içerisinde tespiti, taraflar arasındaki kira sözleşmesinde yer alan kira bedeline ilişkin hükmün değiştirilmesi, geniş anlamda kira sözleşmesinin güncellenmesi anlamına gelir. Yani taraflar, ileride borç doğurup doğurmayacağı, dolayısıyla malvarlığına etkisi kesin olmayan bir konuda anlaşmaktadır. Nitekim arabuluculuğa başvuru tarihindeki kira bedeli ile anlaşma sonucu belirlenen yeni kira bedeli arasındaki fark, istenen veriler açısından yeterli görülebilirse de anlaşılan yeni kira bedelinin ne kadarlık süre boyunca uygulanacağı -çoğu kira sözleşmeleri için- belirsizdir. Taraflar, arabuluculuk sürecinden hemen sonra karşılıklı anlaşarak kira sözleşmesini sonlandırabilecekleri gibi, örneğin kiracı mevcut ilişkiyi TBK m.347/1 uyarınca bildirim yoluyla sona erdirmedikçe kira sözleşmesi azami süre sınırına ulaşana kadar kural olarak birer yıl uzamaya devam edecektir. Bu belirsizliği gidermek ve yine yargının işini kolaylaştırmak amacıyla Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m.9 ve 2024 Yılı Arabuluculuk Tarifesi m.7/5, kiranın tespiti uyuşmazlıklarında tespit olunan kira bedeli farkının bir yıllık tutarı üzerinden nispi hesap yapılmasını öngörmektedir. Ancak harçlar açısından ise, aylık kira bedeli farkı üzerinden harç alınması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵. Dolayısıyla Tarifelerdeki hükümlerin bizzat varlığı ve ayrıca harç tahsil edilirken söz konusu Tarifelerden farklı bir uygulamanın yerleşmiş olması, yine kira bedelinin tespitine ilişkin uyuşmazlıkların, konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar kapsamında ele alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır⁵⁶.

C. 01.09.2023 – 01.01.2024 Tarihleri Arasında Gerçekleştirilen, Tahliye ve/veya Kira Bedelinin Tespiti Konulu ve Anlaşma ile Neticelenen Dava Şartı Arabuluculuk Süreçlerinde Arabuluculuk Ücreti

Kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların önemli bir çoğunluğu, 01.09.2023 tarihi itibarıyla HUAK m.18/B doğrultusunda dava şartı arabuluculuğa tabi kılınmıştır. Ancak bu hüküm, söz konusu uyuşmazlıklardaki arabuluculuk ücretine ilişkin herhangi bir belirleme içermemektedir. Hüküm yürürlüğe girdiği ilk andan itibaren, tahliye ve/veya kira bedelinin tespitini konu edinen uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk süreçlerinde anlaşma sağlanması halinde arabuluculuk ücretinin nasıl tayin edileceği sorusu, uygulamada arabulucuları oldukça meşgul etmiştir. Özellikle sosyal medya ve iletişim platformlarında konunun sıklıkla gündeme gelmesi üzerine, Arabuluculuk Daire Başkanlığı 12.09.2023 tarihinde tüm arabulucuları mesaj yoluyla ve tavsiye mahiyetindeki duyurusu ile bilgilendirmiştir. İlgili duyurunun içeriğinde, bizim de yukarıda değindiğimiz, diğer tür uyuşmazlıklardaki düzeni ortaya koyan 2023 Yılı Tarifesi m.8 vurgulanmış ve saatlik maktu düzene göre ücretin belirlenebileceği ifade edilmiştir⁵⁷. İlgili duyuru, tahliye ve kira bedelinin tespiti taleplerinin konusu para olmayan ve para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar kapsamında ele alınması gerekliliğini zımni şekilde ortaya koymuştur. Biz de yukarıda gerekçelerini kendimizce ortaya koymaya çalıştığımız şekilde aynı çıkarıma katılmaktayız.

Bununla birlikte uygulamada, özellikle 01.09.2023-01.01.2024 tarihleri arasında gerçekleştirilen ve anlaşmayla neticelenen birçok kira uyuşmazlığı dava şartı arabuluculuk sürecinde arabuluculuk ücreti, nispi oran üzerinden hesaplanarak tahsil edilmiştir. Ancak bu yöntem söz konusu kısa dönemde geçerli ücretlendirme kurallarına aykırı olduğundan fazladan tahsil edilen tutarın kanımızca iadesi gerekir. Konuyu şu şekilde örneklendirmek mümkündür: Mevcut aylık kira bedeli 3.000,00-TL olan ve beşinci yılı dolmak üzere olan (iki taraflı) kira sözleşmesi kapsamında kiraya veren, TBK m.344/3 uyarınca kira bedelinin emsal kira bedellerine uyumlu hale getirilmesini, dolayısıyla kira bedelinin artırılmasını talep eder. Kiralananın emsal kira bedellerini de göz önünde bulunduran taraflar, altıncı kira yılının başından itibaren aylık kira bedelinin 15.000,00-TL olması konusunda mutabık kalır. Arabuluculuk ücreti ise, nispi düzen uyarınca 8.200,00-TL olarak hesaplanmış ve ücret taraflardan tahsil edilmiştir. Ancak benimsediğimiz görüş uyarınca arabuluculuk ücreti, saatlik maktu düzene göre hesaplanmalıydı⁵⁸. Bu durumda HUAK m.18/A-12/c.2, 2023 Yılı Tarifesi m.7/1 ve m.8 hükümleri uyarınca arabuluculuk ücreti, -sürecin toplam iki saat sürdüğü varsayımında- 1.920,00-TL olmaktadır. Dolayısıyla fazladan tahsil edilen 6.280,00-TL'nin iadesinin talep edilebileceği kanaatindeyiz.

D. 2024 Yılı Tarifesinin Yürürlüğe Girmesi ile Tahliye ve/veya Kira Bedelinin Tespiti Konulu ve Anlaşma ile Neticelenen Dava Şartı Arabuluculuk Süreçlerinde Arabuluculuk Ücreti

Arabuluculuğa konu edilen belirli talepler açısından arabuluculuk ücretinin hangi değer üzerinden hesaplanacağına ilişkin ilk defa 2024 Yılı Arabuluculuk Tarifesinde bir kurala yer verilmiştir. Bunun temelinde uygulamada karşılaşılan tereddütleri giderme amacının yattığını daha önce belirtmiştik. 2024 Yılı Tarifesi m.7/5, sadece kiralananın tahliyesi ve/veya kira bedelinin tespiti taleplerini kapsamına alan ancak hem dava şartı hem de ihtiyari arabuluculuk süreçlerinde uygulanabilir nitelikte bir hükümdür. Buna göre arabuluculuk ücreti, tarafların kiralananın tahliyesi konusunda anlaşmaları halinde bir yıllık kira bedelinin yarısı; kira bedelinin tespiti konusunda anlaşmaları halinde ise, kira bedeli farkının bir yıllık tutarı üzerinden nispi düzene göre hesaplanmak durumundadır.

Tarafların hem tahliye hem de kira bedelinin tespiti konusunda anlaşmaları halinde, tahliye için öngörülen bir yıllık kira bedeli hesaplanırken hangi tarihteki kira bedelinin esas alınacağı hükümde düzenlenmemektedir. Konuyu daha anlaşılır kılmak için şöyle bir örnek verilebilir: Beşinci uzama yılı

⁵⁵ Yargıtay İBHGK, 07.07.1965, E.1965/5, K.1965/5; Yargıtay 3.HD, 23.6.2020, E.2020/2318, K.2020/3317; Yargıtay 3.HD, 29.5.2019, E.2019/2088, K.2019/5091; Yargıtay 6.HD., 10.3.2014, E.2014/2430 K.2014/2764. (Erişim Tarihi: 01.02.2024)

⁵⁶ Aksi yönde bkz. GÜNDOĞDU, s.876.

⁵⁷ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/120920231550208.pdf> (Erişim Tarihi: 01.02.2024)

⁵⁸ Aksi yönde bkz. GÜNDOĞDU, s.876.

içerisinde bulunan kira sözleşmesi uyarınca kiracı, kiraladığı konutu aylık 4.000,00-TL kira bedeli karşılığında kullanmaktadır. Kiraya veren, kiralananın tahliyesi talebiyle dava şartı arabuluculuk sürecini Ocak 2024 içerisinde başlatır. Taraflar, kiralananın altıncı uzama yılı sonunda tahliye edilmesi ve aynı zamanda altıncı uzama yılında da kira bedelinin emsal kira bedellerine uygun şekilde aylık 15.000,00-TL olması konusunda anlaşır. Buna göre anlaşma tarihinde mevcut kira bedeli 4.000,00-TL iken; kararlaştırılan tahliye tarihi öncesindeki artırılmış son (aylık) kira bedeli ise 15.000,00-TL'dir. Dolayısıyla arabuluculuğa başvuru ya da anlaşma tarihindeki kira bedeli dikkate alınacak olursa, tahliye anlaşmasına ilişkin nispi şekilde belirlenecek arabuluculuk ücretine esas bedel, 24.000,00-TL (4.000,00-TL x 12 x ½) olmaktadır. Ancak eğer ki tahliye tarihindeki kira bedeli esas alınacak olursa arabuluculuk ücreti, 90.000,00-TL (15.000,00-TL x 12 x ½) üzerinden hesaplanır. Görüldüğü gibi arabuluculuk ücreti açısından bu iki ihtimal arasında önemli bir fark oluşmaktadır. Bu nedenle özellikle dava şartı arabuluculuk süreçleri bağlamında, tahliye talebine ilişkin arabuluculuk ücreti için bir yıllık kira bedeli hesaplanırken hangi tarihteki (arabuluculuğa başvuru, anlaşma ya da tahliye tarihindeki) kira bedelinin esas alınacağı hususunda Tarife'de bir belirleme yapılması kanımızca yerinde olur⁵⁹.

Yukarıdaki örneği tahliye talebi açısından arabuluculuğa başvuru tarihini esas alarak tamamlayacak olursak; tarafların anlaştığı kira bedeli farkının bir yıllık tutarı olan 132.000,00-TL ((15.000,00-TL–4.000,00-TL) x 12) ile 24.000,00-TL tutarları toplanır. Elde edilen 156.000,00-TL'ye nispi düzen uyarınca %6'lık oranın uygulanması sonucu arabuluculuk ücreti, 9.360,00-TL olarak tespit edilir. Örneğimizde tahliye talebi ile kira bedelinin tespiti talebi aynı kira ilişkisinden (uyuşmazlıktan) kaynaklandığı için söz konusu tutarlar toplandıktan sonra %6'lık oran uygulanmıştır. Her iki talebi birbirinden bağımsız şekilde değerlendiren ve ayrı ayrı ücretlendirmeye tabi tutan uygulamalar hukuken doğru değildir. Her iki talebi ayrı ayrı ücretlendirenlerin bir kısmının dayanak olarak gösterdiği “Somut bir uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi sırasında, yeni uyuşmazlık konularının ortaya çıkması halinde, her bir uyuşmazlık için ayrı ücrete hak kazanılır.” içerikli Tarife m.6/1⁶⁰, kanımızca aralarında hukuki ve/veya ekonomik bağ bulunmayan farklı uyuşmazlıklardan kaynaklanan taleplerin arabuluculuk sürecine birlikte konu edilmesini düzenlemektedir. Örneğin aynı hukuki ilişkiden veya olaydan kaynaklanan farklı alacak kalemleri üzerinde anlaşma sağlandığı durumlarda bunlara ilişkin tutarların toplanarak ücretlendirmenin yapılması gerekir. Baktığımızda yıllardır uygulanan işçi-işveren arabuluculuk süreçlerinde aynı iş sözleşmesinden kaynaklanan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti vs. alacak kalemleri tutarları ayrı ayrı değil toplanarak arabuluculuk ücretine esas miktar belirlenmektedir. Dolayısıyla aynı kira ilişkisinden kaynaklanan tahliye ve kira bedelinin tespiti taleplerine ilişkin arabuluculuk süreçlerinde bu uygulamadan ayrılmayı gerektiren haklı bir neden bizce bulunmamaktadır. Buna karşın tarafların tahliye talebi yanında kira bedelinin tespitini değil de örneğin aralarında daha önce gerçekleşen haksız fiilden kaynaklı tazminat anlaşmanın kapsamına dahil etmeleri ihtimalinde, her bir talep sanki ayrı bir arabuluculuk sürecinin konusuymuşçasına arabuluculuk ücreti hesaplanmalıdır. Nitekim bu durumda artık aralarında hukuki ve ekonomik bir bağ bulunmayan farklı uyuşmazlıklardan kaynaklanan kalemlerin aynı sürece dahil edilmesi gündeme gelmektedir. Dışarıdan bakıldığında tek bir arabuluculuk süreci ve UYAP üzerinde tek bir dosya numarası görünse de arabulucu özü itibarıyla iki farklı uyuşmazlığın çözümüne yönelik emek ve mesai harcadığından böyle durumlarda ayrı ücretlendirme esasının benimsenmesi yerinde görünmektedir. Yaptığımız bu çıkarımların, Tarife m.6/1'de ortaya konmak istenen düzen ile uyumlu olduğu kanaatindeyiz.

VIII. 2024 TARİFESİ M.7/6'NİN ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ UYUŞMAZLIKLARI AÇISINDAN İÇERDİĞİ ÖZEL DURUMLAR

2024 Yılı Tarifесinin en önemli hükümlerinden biri, kanımızca m.7/6'dır. Çünkü beklenenin aksine, çok taraflı ve özellikle çok parselli bazı ortaklığın giderilmesi dava şartı arabuluculuk süreçlerinin⁶¹ anlaşmayla sonuçlandığı görülmektedir. Bu kapsamda uygulamada ortaklığın tamamen tasfiye edilmesi, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi ve elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi içerikli anlaşmalar kaleme alınmaktadır⁶². İlk ihtimalde uyuşmazlık, ortaklar arasındaki birlikte mülkiyet ilişkisini tamamen sona erdirecek şekilde çözümlenmektedir. İkinci ve üçüncü ihtimalde ise, taraflar aralarındaki ihtilafa ilişkin bir mutabakat sağlamış olsalar da ortaklık tamamen giderilmemekte yani tasfiye edilmemektedir. Dolayısıyla bu ihtimaller arasındaki farklılıkların arabuluculuk ücretini nasıl etkileyeceğine yönelik sorular da arabulucular arasında sıklıkla dile getirilmiştir.

⁵⁹ Dava şartlarının, harca tabi esas değerlerin vb. davanın açıldığı tarihe göre belirlenmesi genel kuralı uyarınca (bkz. dnt.51) arabuluculuk ücreti açısından arabuluculuğa başvuru tarihindeki kira bedelinin esas alınması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak arabuluculuğun bir yargılama faaliyeti olmaması ve en ufak bir belirsizliğin dahi taraflar arasındaki anlaşma zeminini olumsuz etkileyebilmesi nedeniyle söz konusu belirlemenin hükme eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁶⁰ Hükümün öngördüğü ücretlendirme düzeninin arabuluculuğun özüne uygun düşmediği ve Tarifeden çıkarılması gerektiği yönünde bkz. ÖZBEK, s.1139-1140; Hükümün uygulama alanına ilişkin görüşler ve tartışmalar için bkz. ÖNAL, s.120-122.

⁶¹ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. YENİCE CEYLAN, Özge: “Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2023, s.510-525; Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları ile arabuluculuğa elverişlilik arasındaki ilişki için bkz. TOPAL, Önder: “Paylı Mülkiyet ve Miras Ortaklığının Sona Ermesinde Tahkimin veya Arabuluculuğun Caiz Olup Olmadığı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2021, s.253-254.; Ortaklığın giderilmesi davası hakkında bilgi için bkz. KÖROĞLU, Anıl: Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (Çift Taraflı Dava Teorisinde Bir İnceleme), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.53 vd.; TOPAL, Önder: Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyü) Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.41 vd.; EDALİ, Gözde: Ortaklığın Giderilmesi Davası, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s.31 vd.

⁶² YENİCE CEYLAN, s.520-522.

Öncelikle belirtilmelidir ki, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarının anlaşma ile sonuçlanması halinde arabuluculuk ücretinin nispi düzene göre hesaplanacağını öngören düzenleme (m.7/6/c.1), doğal olarak yukarıdaki ilk ihtimali yani ortaklığın tamamen tasfiye edildiği anlaşmaları kapsamına almaktadır. Nitekim ortaklık bütün malvarlığı değerleri açısından sonlandırılmakta ve bu değerlerin parasal karşılıklarının tespiti, sadece işin uzmanı tarafından hesaplama yapılmasını gerektirmektedir. Yoksa söz konusu parasal değerlerin tayini için gerçekleşip gerçekleşmeyeceği veya ne zaman gerçekleşeceği belirsiz başka bir veri beklenmemektedir. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıklarında arabuluculuk ücretini nispi düzene tabi kılan düzenleme, özellikle ortaklığı tamamen tasfiye eden ilk ihtimal kapsamındaki anlaşmalar açısından yerindedir. Aynı çıkarımı, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi yönündeki anlaşmalar için yapmak kanımızca mümkün değildir. Zira bu ikinci ihtimalde taraflar ortaklığı tamamen gidermemekte; ortaklığın hangi usulde ve ne şekilde sonlandırılacağına ilişkin bir mutabakat oluşturmaktadır⁶³. Böyle bir anlaşma, yargılama aşamasını aradan çıkararak taraflara vakit ve nakit tasarrufu sağlamaktadır. Ancak burada yargılama aşamasının aradan çıkarılmasının ve doğrudan satış aşamasına geçilmesinin, ortaklara parayla değerlendirilebilir ne kadarlık bir kazanç/tasarruf sağladığını belirlemek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla tarafların ortaklığın satış suretiyle giderilmesi konusunda anlaşmaları halinde⁶⁴ arabuluculuk ücreti, nispi değil saatlik maktu düzen uyarınca hesaplanır. Bu ücret, ihtiyari nitelikteki arabuluculuk süreçleri açısından Tarife m.7/6/c.2 uyarınca 6.000,00-TL'den az olamazken; dava şartı arabuluculuk süreçleri için benimsediğimiz görüş uyarınca -Tarifeye göre değil- öncelikle HUAK m.18/A-12/c.2'ye yani saatlik maktu düzene göre tayin edilmek durumundadır.

Ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları kapsamında değinmek istediğimiz diğer konu, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi talepli süreçlerde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine ilişkindir. TMK m.644 uyarınca mirasçılar, terekeye dahil olan mallarla ilgili hakları üzerinde tasarruf yetkilerini kullanabilmek amacıyla elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesini sulh hukuk hakiminden isteyebilmektedir. Bu dava, İİK m.121 doğrultusunda ortağın alacaklıları tarafından da açılabilir. Ayrıca mirasçılardan, dava açmaksızın 3402 Sayılı Kadastro Kanunu Ek m.3 uyarınca tapu müdürlüğüne başvurmak suretiyle veya aralarında anlaşarak elbirliği mülkiyetini paylı mülkiyete dönüştürebilmeleri mümkündür⁶⁵. Dolayısıyla aynı sonuca arabuluculuk süreci sonunda da ulaşılabileceği ifade edilmelidir.

TMK m.644 uyarınca açılabilen elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davasının ortaklığın giderilmesi davasının bir türü olup olmadığı hususu, dava şartı arabuluculuk kurumu bağlamında irdelenmelidir. Doktrinde her iki yönde de görüşler bulunmaktadır⁶⁶. Konunun tartışmalı olması nedeniyle istikrarlı bir uygulama oturana kadar, olumsuz sonuçlarla karşılaşmamak amacıyla elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu varsayımıyla hareket etmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu doğrultuda elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi talepli arabuluculuk süreçlerinde anlaşma sağlandığında arabuluculuk ücretinin tabi olduğu düzeni netleştirmek gerekir. Söz konusu anlaşma, ortakların sahip oldukları haklar üzerinde tasarruf yetkilerini kullanabilmelerini ve yine ortakların alacaklılarının alacaklarına kavuşabilmesini kolaylaştırmaktadır. Bu anlaşmanın ortaklara veya ortakların alacaklılarına sağladığı menfaat, mevcut bir yasal engelin ortadan kalkması şeklinde somutlaştığından, arabuluculuk ücretinin de kural olarak para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen uyuşmazlıklar için öngörülen saatlik maktu düzene tabi olması gerekir. Bu durumda da tarafların ortaklığın satış suretiyle giderilmesi konusunda anlaştığı durumdaki ücret düzeni yani genel ücret düzeni uygulanmalıdır.

IX. SONUÇ

Kendine has ihtiyari ve dava şartı uygulaması oluşan arabuluculuk kurumu, uyuşmazlıkların çözümünde başvuru önemli bir yöntemdir. Mahkemelerin iş yükünü hafifletmek, ihtilafları kısa sürede barışçıl şekilde sonlandırmak gibi amaçları bulunan bu yöntem, öncelikle yeni ihtilaflara yol açmayacak şekilde kurgulanmalı ve uygulanmalıdır ki yöntemin işlevselliğinden bahsedilebilsin. Dolayısıyla doğrudan arabuluculuk sürecinden kaynaklanabilecek sorunların ve ihtilafların olabildiğince asgari düzeyde tutulması gerekir. Arabuluculuk müzakerelerinin bizce en etkili kozlarından biri olan arabuluculuk ücreti, bu anlamda ayrı bir önemi haizdir. Arabuluculuk ücretine ilişkin belirsizlik, şüphe veya çatışma durumu, doğrudan sürecin sonucuna olumsuz etki edebileceği gibi taraflar ile arabulucuyu karşı karşıya getirebilir. Bu nedenle niceliksel/niteliksel ihtiyaçlar gerektirdiğinde Tarifede değişiklikler yapılarak arabuluculuk ücretinden kaynaklanan muhtemel sorunların ve ihtilafların önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

2024 Yılı Tarifesi ile yapılan değişiklikler daha çok arabuluculuk ücretinin sayısal yönüne ilişkindir. Ancak arabuluculuk ücretinin esasına ilişkin bazı önemli düzenlemeler, 2024 Yılı Tarifesi m.7'ye eklenen fıkralarla (m.7/5, m.7/6 ve m.7/7) ilk defa yürürlük kazanmıştır. Kural olarak Tarife hükümlerinin gerekçesi aleniyet kazanmadığı için Arabuluculuk Kurulunun ilgili hükümlerle güttüğü amaçlar doğrudan belirlenemese de söz konusu amaçları tahmin etmek mümkündür. Yeni fıkraların kaleme alınmasında iki

⁶³ YENİCE CEYLAN, s.521.

⁶⁴ Arabuluculukta tarafların külfetli olması nedeniyle ortaklığın cebren satışı konusunda anlaşmalarının beklenmeyeceği yönünde bkz. YENİCE CEYLAN, s.522; Tarafların arabuluculuk süreci sonunda imzaladıkları, satış memurluğu tarafından açık artırma usulüyle gerçekleştirilecek satış sonunda ortaklığın giderilmesine ilişkin anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi veren yargı kararı için bkz. KONYA 3.SHM, 24.10.2023, E.2023/2336, K.2023/2006.

⁶⁵ YENİCE CEYLAN, s.519-520; EDALI, s.47-49, 72; KÖROĞLU, s.11-14, eserdeki dnt.50.; TOPAL, s.392-393.

⁶⁶ Bu davanın ortaklığın giderilmesi davası olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. YENİCE CEYLAN, s.520; KÖROĞLU, s.12; TOPAL, s.392-395.; Aksi yönde bkz. EDALI, s.38.

farklı hususun ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlardan ilki, yeni dava şartı alanları içerisindeki bazı uyuşmazlıkların anlaşmayla sonuçlanması halinde arabuluculuk ücretinin nasıl hesaplanacağına ilişkin belirsizliği gidermek, uygulamada yaşanan tartışmayı sonlandırmaktır. Bu amaçla getirilen hükümlerin (2024 Yılı Tarifesi m.7/5 ve m.7/6/c.1) genel olarak yerinde olduğu söylenebilir. Diğer amaç ise, bazı arabulucuların uyuşmazlığın müzakeresinden ve tarafların anlaşmasından ziyade Bakanlıkça ödenen anlaşmama ücretine odaklı şekilde arabuluculuk yapması vb. nedenlerle tarafları anlaştıran arabulucuları ödüllendirmek ve motive etmektir. Ancak bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak 2024 Yılı Tarifesi ile getirilen asgari sınırlar; HUAK, HUAKY, İMK ve TKHK'nın konuyla ilgili hükümlerine aykırı bir düzen öngörmektedir. Hukukun en temel kurumlarından olan normlar hiyerarşisi prensibine göre mevzuatta yer alan bir hüküm, dayanağını ve kuvvetini daha üst seviyedeki normlardan aldığı için söz konusu hükmün üstteki normlara aykırı olması düşünülemez. Böyle bir aykırılığın -ister bilinçli ister bilinçsiz şekilde- gündeme geldiği durumlarda, aynı prensip uyarınca somut uyuşmazlık doğrudan üstteki normun içeriği doğrultusunda çözümlenmek durumundadır. Bu bağlamda anlaşma halinde arabuluculuk ücretinin asgari sınırını ortaya koyan ve normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan HUAK m.18/A-12/c.2, HUAKY m.26/1/c.2, İMK m.3/13/c.2 ve TKHK m.73/A-3/c.2 hükümlerine aykırı şekilde asgari sınırı -uyuşmazlığın türüne göre- sırasıyla 4.000,00-TL ve 6.000,00-TL olarak belirleyen 2024 Yılı Tarifesinin ilgili hükümleri (m.7/6/c.2 ve m.7/7), dava şartı arabuluculuk süreçleri özelinde uygulanma kabiliyetinden yoksundur. Bu bağlamda anlaşmayla neticelenen dava şartı süreçlerde arabuluculuk ücretinin asgari sınırı, -2024 Yılı Tarifesinden önce olduğu gibi- Tarife eki birinci kısımdaki saatlik ücretler esas alınarak tayin edilmektedir.

Arbuluculuk süreçlerinin başarıyla yürütülebilmesi ve ileride başkaca uyuşmazlıklara sebep olunmaması için vurguladığımız hukuka aykırılığın ve çatışma halinin ivedilikle ortadan kaldırılması şarttır. Bu kapsamda ya Tarife hükümleri kanunlardaki asgari sınırlarla uyumlu hale getirilmeli ya da kanunlardaki ilgili hükümlerde değişiklik yapılarak Arabuluculuk Kurulunun iradesine üstünlük tanınmalıdır. Kanımızca bu seçeneklerden ikincisini işletmek daha yerinde görünmektedir. Nitekim arabuluculuk ücretlerine ilişkin kimi düzenlemeler HUAK ve HUAKY'de, kimi düzenlemeler İMK ve TKHK içeriğinde ancak dağınık halde yer aldığından arabuluculuk ücretinin, günün ihtiyaçlarına ve hukuk politikasına uyumlu hale getirilmesi güçlük arz etmektedir. Bunun en net örneği, içeriğine üç yeni fıkra eklemek suretiyle çok farklı amaçları gerçekleştirmesi hedeflenen ancak kanımızca bu konuda başarısız olan 2024 Yılı Tarifesidir. Arabuluculuk ücreti açısından hukuken herkesi bağlayan ve aynı zamanda esnekliğe sahip bir düzen oluşturma gereği ortadadır. Bunun için öncelikle ilgili kanunlardaki arabuluculuk ücretine asgari sınır getiren vb. mahiyetteki hükümler yürürlükten kaldırılmalı; bunlar yerine ihtiyaç duyulduğunda gerekli dokunuşların Tarifeye yapılabilmesine imkân tanıyan yetkilendirici hükümler kaleme alınmalıdır. Ancak bu şekilde yeterli esnekliğe sahip hukuki zemin temin edilebilir ve arabuluculuk ücreti bağlamında Arabuluculuk Kurulunun iradesinin ön plana çıkabileceği bir düzen oluşturulabilir.

Bütün bunlar yanında 2024 Yılı Tarifesinin yeniliklerine ilişkin önemli gördüğümüz nihai değerlendirmeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Arabuluculuk ücretine asgari sınırlar getiren 2024 Yılı Tarifesinin ilgili hükümleri, ihtiyari arabuluculuk süreçlerinde doğrudan uygulanır. Ancak söz konusu asgari sınırlar, düşük miktarlı uyuşmazlıklar nazara alındığında kişileri arabuluculuğa başvurma noktasında motive etmekten uzaktır.
- Tarafların hem tahliye hem kira bedelinin tespiti konularında anlaşmaları durumunda tahliye anlaşması nedeniyle arabulucuya ödenecek ücret hesaplanırken hangi kira bedelinin (arbuluculuğa başvuru, anlaşma ya da tahliye tarihindeki) esas alınacağını, ilgili hükme yazılması (m.7/5) kanımızca yerinde olur.
- Anlaşma sağlanan ortaklığın giderilmesi konulu arabuluculuk süreçlerinde arabuluculuk ücretinin nispi düzene göre (m.7/6/c.1) belirlenebilmesi, ancak taraflar arasındaki birlikte mülkiyet ilişkisinin arabuluculuk anlaşması ile tamamen ortadan kaldırılmasına bağlıdır. Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi ya da elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesi içerikli arabuluculuk anlaşmaları ortaklık ilişkisini tamamıyla tasfiye etmediği için arabuluculuk ücretinin saatlik maktu düzene göre belirlenmesi icap eder.
- 2024 Yılı Tarifesinde geçen “ticari uyuşmazlık” kavramı bizce, taraflardan birinin tüketici sıfatını taşımadığı ve TTK m.4'te detaylıca ortaya konan “ticari dava” kavramını karşılamaktadır. Bu bağlamda HUAK m.18/B kapsamındaki uyuşmazlıkların aynı zamanda ticari dava yani ticari uyuşmazlık nitelemesine tabi tutulabildiği durumlarda, arabuluculuk mevzuatında ve dolayısıyla 2024 Yılı Tarifesinde ticari uyuşmazlıklar için öngörülmüş olan kurallar öncelikle uygulanmak durumundadır.
- Kanun koyucu, TKHK m.73/A içeriğinde sadece tüketicinin ödemesi gereken arabuluculuk ücretine emredici şekilde müdahale etmektedir. Satıcı/sağlayıcı vb. müteşebbis kesimin ödemesi gereken arabuluculuk ücretine ilişkin yine öncelikle HUAK m.18/A-12/c.2 ve akabinde bu hükme aykırı olmayan 2024 Yılı Tarife hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu bağlamda düşük miktarlı (örneğin 20.000,00-TL tutarındaki) bir tüketici dava şartı arabuluculuk sürecinde anlaşma sağlanması halinde 2024 Yılı Tarifesi m.7/7'nin uygulanması ve arabuluculuk ücretinin 4.000,00-TL olarak tayin edilmesi mümkün değildir. Sürecin ihtiyari olarak başladığı durumlarda ise, sınırlayıcı herhangi bir durum söz konusu

olmadığından arabuluculuk ücreti doğrudan 2024 Yılı Tarifesi m.7/7 uyarınca tayin edilebilir.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 27.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021.
- ATEŞ, Burcu Özge: Arabuluculuk Giderleri, Yayınlanmamış YL Tezi, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- AZAKLI ARSLAN, Betül: Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- BADUR, Emel: “Arabuluculuk Sözleşmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, 15(162), 2020, s.248-265.
- BADUR, Emel/KURT KONCA, Nesibe: “Arabuluculuk Sürecinde Tapu Siciline Tasarrufu Kısıtlayıcı Şerh Konulması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(2), 2023, s.845-879.
- BORA, Özlem: Arabuluculuk Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- BOZKURT, Tamer: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- EDALI, Gözde: Ortaklığın Giderilmesi Davası, Yayınlanmamış YL Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- GÜNDOĞDU, Süleyman Burak: “Kira Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması Üzerine Bazı Düşünceler”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 2023, s.851-880.
- İLHAN, Onur: Türk Hukukunda Arabuluculuk Sözleşmesi, Yayınlanmamış YL Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Arabuluculuk Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2019.
- KÖROĞLU, Anıl: Medeni Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası (Çift Taraflı Dava Teorisi Işığında Bir İnceleme), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 19.Bası, İstanbul 2013.
- ÖNAL, Özlem: Arabuluculuk Ücreti, Yayınlanmamış YL Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesinin Tahlili”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), 2014, s.1119-1156.
- SARIHAN, Banu Bilge: “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 2021, s.415-440.
- SEROZAN, Rona: Hukukta Yöntem, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye: “Tarımsal Üretim Modeli ve Tarımsal Üretim Sözleşmeleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (169), 2023, s.245-280.
- TUĞ, Mehmet Arif: “Kira Sözleşmelerinden Kaynaklanan Ticari Davalarda Görevli Mahkeme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29(3), 2021, s.1897-1921.
- TOPAL, Önder: Medeni Yargılama Hukuku Bağlamında Çift Yönlü Dava Olarak Ortaklığın Giderilmesi (İzale-i Şüyü) Davası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- TOPAL, Önder: “Paylı Mülkiyet ve Miras Ortaklığının Sona Ermesinde Tahkimin veya Arabuluculuğun Caiz Olup Olmadığı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2021, s.244-257.
- YENİCE CEYLAN, Özge: “Ortaklığın Giderilmesinde Dava Şartı Arabuluculuk”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2023, s.510-525.
- YILMAZ, Abdülhamit: “Arabuluculuk Ücretine İlişkin Güncel Durumun Değerlendirilmesi”, Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Özeti Kitabı, 2020, s.287-296.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Abdülhamit YILMAZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | **Abdülhamit YILMAZ, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.**

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | **This article was prepared by the author alone.**

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | **No conflict of interest or common interest has been declared by the author.**

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | **The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.**

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | **The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.**

UMUMİ HAYATA MÜESSİR HEYELAN RİSKİ NEDENİYLE AFETE MARUZ BÖLGE UYGULAMASI BAKIMINDAN İDARİ KOLLUK FAALİYETLERİ VE İDARENİN HİZMET KUSURU*

ADMINISTRATIVE LAW ENFORCEMENT ACTIVITIES AND SERVICE DEFECT OF THE ADMINISTRATION IN TERMS OF AREA APPLICATION EXPOSED TO DISASTER DUE TO LANDSLIDE RISK AFFECTING PUBLIC LIFE

Gonca KOZANOĞLU**  

Makale Bilgi

Gönderi: 12/01/2024
Kabul : 18/04/2024

Anahtar Kelimeler

Heyelan,
7269 Sayılı Kanun,
Afete Maruz Bölge,
İdari Kolluk,
İdarenin Hizmet
Kusuru.

Article Info

Received: 12/01/2024
Accepted: 18/04/2024

Keywords

Landslide,
Law No.7269,
Disaster exposed Area,
Administrative Law
Enforcement,
Service Defect of
Administration.

Özet

Jeolojik kökenli doğal afetlerden biri olan heyelanın idare hukuku bakımından önemi, heyelan nedeniyle zarar meydana geldiğinde idarenin sorumluluğu noktasında ortaya çıkmaktadır. 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun başta olmak üzere hukukumuzda, doğal afetler nedeniyle ortaya çıkan afet zararlarını önlemek ve/veya azaltmak amacıyla idareye çeşitli görev ve sorumluluk yükleyen pek çok düzenleme bulunmaktadır. 7269 sayılı Kanun ile öngörülen tedbirlerin alınması ve yardımların yapılabilmesi için afete uğramış veya uğrayabilir bölgelerin, afete maruz bölge olarak kararlaştırılması ve ilan olunması gerekmektedir. Kanun, afete maruz bölge olarak ilan edilen alanda bulunan ve bu nedenle de can ve mal güvenliği bakımından risk oluşturan yapıların, sahipleri tarafından verilen süreler içinde tamir edilmesi veya tamiri mümkün olmaması halinde ise yıkılması; aksi halde idare tarafından yıktırılması, tahliyesi gibi hususlarla ilgili detaylı hükümler öngörmüştür. 7269 sayılı Kanun uyarınca idarenin gerek umumi hayata müessir heyelan riski nedeniyle afete maruz bölge uygulaması gerek heyelan riski sebebiyle afete maruz bölge olarak ilan edilen alanda kalan ve heyelan nedeniyle gördükleri hasar bakımından risk oluşturan, hasar görmesine rağmen sahipleri tarafından tamir edilmeyen yapıların tahliyesi ve yıktırılması yetkileri kolluk şeklinde düzenlenmiştir. Bu çalışmada, 7269 sayılı Kanun uyarınca umumi hayata müessir heyelan riski nedeniyle öngörülen söz konusu afet yönetim faaliyetleri, idare hukukumuz açısından idarenin konu bakımından faaliyetlerinden kolluk faaliyeti açısından ele alınacaktır. Danıştayın heyelan nedeniyle idarenin sorumluluğuna ilişkin kararları, afete maruz bölge çerçevesinde idarenin hizmet kusuru esasında şekillendiğinden, çalışmada hizmet kusuru konusuna da değinilecektir.

Abstract

The importance of landslide, which is one of the natural disasters of geological origin, in terms of administrative law, emerges in terms of the responsibility of the administration when damage occurs due to landslide. There are many regulations in our law, especially the Law No. 7269 on Measures to be Taken and Assistance to be Provided Due to Disasters Affecting Public Life, that impose various duties and responsibilities on the administration in order to prevent and/or reduce disaster damages arising from natural disasters. In order to take the measures and provide aid as stipulated by Law No. 7269, the regions that have been or may be affected by disaster must be decided and declared as disaster-exposed areas. The law stipulates that structures located in the area declared as a disaster-exposed area and therefore posing a risk to the safety of life and property must be repaired within the time period given by their owners, or demolished if repair is not possible; Otherwise, it stipulates detailed provisions regarding issues such as demolition and evacuation by the administration. Pursuant to Law No. 7269, the administration has the authority to implement a disaster-exposed zone due to the risk of landslides affecting public life, and to evacuate and demolish structures that remain in the area declared as a disaster-exposed area due to the risk of landslides, pose a risk in terms of damage caused by landslides, and are not repaired by their owners despite being damaged organized as follows. In this study, the disaster management activities envisaged due to the risk of landslides affecting public life in accordance with Law No. 7269 will be discussed in terms of law enforcement activities, one of the activities of the administration in terms of subject matter, in terms of our administrative law. Since the decisions of the Council of State regarding the responsibility of the administration due to landslides are shaped on the basis of the service fault of the administration within the framework of the region exposed to disaster, the issue of service fault will also be touched upon in the study.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Bu makale 2020 yılında Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde başarılı bulunan "Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu" adlı doktora tezinden üretilmiştir.

** Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** KOZANOĞLU, "Umumi Hayata Müessir Heyelan Riski Nedeniyle Afete Maruz Bölge Uygulaması Bakımından İdari Kolluk Faaliyetleri Ve İdarenin Hizmet Kusuru", İNÜHFD, 15(1), 2024, s.116-130. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

Today, it is not enough to look at the issue of responsibility of the administration due to natural disasters only within the framework of the concept of responsibility. Because developing and changing technology and the increase in diversity in public services in a broad sense lead to an increase in the number of activities of the administration regarding natural disasters. The aim of this study is to contribute to the creation of disaster management law in the future. For this reason, the issue of natural disasters will need to be viewed from the perspective of the administration's responsibility as well as from the perspective of the administration's activities. Considering this, the issue of the administration's activities regarding natural disasters emerges. The administration's activities regarding natural disasters can be considered as activities in terms of time and subject. Activities of the administration regarding natural disaster in terms of time; before, during and after a natural disaster. The activities of the administration in terms of natural disaster-related issues essentially appear as disaster management activities. However, when the issue is examined more closely, the activities of the administration regarding natural disasters are as follows; it can be summarized as public service, administrative law enforcement, planning and incentive and support activities. In this regard, the most important reason for choosing the subject of this study is that the natural disaster issue must be addressed from the perspective of the activities of the administration in order to understand the importance of natural disasters in terms of administrative law and to establish a special field of disaster administrative law.

The Constitution imposes negative and positive obligations on the administration in accordance with Article 5, which regulates the "fundamental purposes and duties of the State", the right to life guaranteed in Article 17, and the right to property regulated in Article 35. Based on this, there are many legal regulations in our law that impose duties and responsibilities on the administration regarding natural disasters. The "Law on Measures to be Taken and Assistance to be Provided Due to Disasters Affecting Public Life" numbered 7269, also known as the Disaster Law, is one of the most important of these. In other words, in our law, regulations regarding disaster management activities are stipulated in many legislations, especially Law No. 7269. Since Law No. 7269 is the basic law regarding disaster management activities, it is possible to come across studies based on this Law regarding the responsibility of the administration due to natural disasters and the concept of entitlement, which is considered outside responsibility. However, there is no direct study on the subject that examines the Law in question from the perspective of the administration's activities regarding the subject. It is seen that the studies indirectly related to the subject are limited to the responsibility of the administration due to the earthquake, and at the same time, the disaster management activities in Law No. 7269 are handled within the framework of public service and planning activities. In this study, among the activities envisaged within the scope of disaster management in accordance with Law No. 7269, those related to the law enforcement activities of the administration were examined. In other words, in this study, disaster management activities foreseen by Law No. 7269 are discussed in terms of law enforcement activities, one of the activities of the administration in terms of subject. In addition, in terms of the activities in question, based on the decisions of the Council of State, the responsibility of the administration due to service defect in terms of the application of the area exposed to disaster due to the risk of landslides affecting public life is mentioned. In this sense, in this study, dictionaries, legislation and judicial decisions related to the subject were mostly used.

In the study, first of all, definitions of the concepts of disaster and natural disaster are included. In this sense, it has been concluded that the concept of natural disaster is a narrower concept than the concept of disaster, since it is a disaster of natural origin. Afterwards, based on these definitions, it was mentioned that landslide is a natural disaster of geological origin. From this point of view, it is mentioned what should be understood by the concept of disaster affecting public life, which is the application area of Law No. 7269. Because, according to Article 1 of Law No. 7269, this Law will be applied to the measures to be taken and the aid to be provided in places that have been or are likely to be damaged to the extent that it will affect general life. In order to look at Law No. 7269 from the perspective of the administration's law enforcement activities, it is necessary to understand what the concept of disaster management is. For this reason, this study also includes explanations about the concepts of disaster management, risk and danger. It has been mentioned that risk and danger are different concepts. Determination of landslide risk is important for this study. In order for the administration to be held responsible for a landslide, it must first be determined whether the landslide risk is predictable and preventable. In this sense, in order to reveal the landslide risk, the possibility of landslide danger and the vulnerability to life and property safety that may arise as a result of the landslide risk will need to be considered together.

With Law No. 7269, the disaster-exposed zone application foreseen for regions that have become dangerous due to landslide risk, and the demolition and evacuation of buildings that are dangerous due to the said risk but have not been demolished by their owners, are regulated as special administrative law enforcement. To inspect whether the buildings built in places declared as disaster areas comply with the legislation, to request that the non-compliance be remedied if there is a non-compliance, and if it is not resolved, to have the buildings built contrary to the legislation demolished and to ensure that the new ones comply with the technical conditions stipulated by the legislation; It is listed among the duties and responsibilities of the relevant municipalities, local authorities and the Ministry of Environment, Urbanization and Climate Change.

When the decisions of the Council of State regarding the responsibility of the administration due to landslides are examined, it is seen that they are based on service defect within the framework of the immovable property at risk of landslide being within or outside the borders of the region exposed to the disaster. However, it should also be noted that although it is not mentioned in the decisions of the Council of State, the administration can be held perfectly liable in accordance with the principle of equality in the face of public burdens, even if there is no service fault in terms of its activities. Even if the administration is not at fault during the public law enforcement activities carried out to ensure public order, due to the nature of these activities, some private individuals suffer exceptional, special and extraordinary damage as a result of their immovable properties remaining in the area declared as a disaster-exposed area. For this reason, the damages of these people will need to be compensated due to the strict liability of the administration in accordance with the principle of equality against public burdens. This is an important finding that we think will contribute to the field, but should be addressed in more detail in another study.

I. GİRİŞ

Doğal afet kavramı, Türk İdare Hukukunun doğrudan konusunu oluşturmamaktadır. Doğal afetlerin idare hukuku bakımından önemi, doğal afet nedeniyle zarar meydana gelmesi durumunda, idarenin sorumluluğunun esası bakımından ortaya çıkmaktadır. Doğal afet nedeniyle idarenin sorumluluğunun esası ise günümüzde sadece zarara neden olan doğal afete bağlı olarak tespit edilemez. Bu noktada idarenin doğal afete ilişkin görev ve yükümlülükleri bakımından idarenin tutumuna da bakılması önem arz edecektir¹. İşte bu nedenle idarenin doğal afet nedeniyle sorumluluğunun tespit edilebilmesi bakımından idarenin doğal afete ilişkin faaliyetlerinin ortaya konulması gerekecektir.

Doğal afetlerin sıklıkla yaşandığı günümüzde heyelan veya diğer adıyla toprak kayması da can ve mal güvenliği bakımından ciddi kayıplara yol açabilen doğal tehditlerden biridir. Bu çalışmada 7269 sayılı Kanun uyarınca afet yönetimi kapsamında öngörülen faaliyetlerden, idarenin kolluk faaliyetlerine ilişkin olanlar ele alınacak ve söz konusu faaliyetler bakımından Danıştay kararlarından hareketle umumi hayata müessir heyelan riski nedeniyle afete maruz bölge uygulaması bakımından idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna dikkat çekilecektir.

II. DOĞAL AFET VE İDARENİN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak Doğal Afet ve Heyelan

Afet sözcüğünün kökeni ‘bela, felaket, salgın hastalık’ anlamına gelmektedir². Afet, bir tehlikenin veya olayın neden olduğu kayıplardır; bu anlamda tehlikenin veya olayın kendisi tek başına afet değildir³. Afet en geniş anlamda, çevreye önemli ölçüde zarar vermek suretiyle can ve mal kaybına yol açan, olağanüstü, doğa veya insan kaynaklı olaylar olarak tanımlanabilir⁴. Afet Sözlüğü’ne göre afet, bir olayın kendisi değildir; ancak neden olduğu sonuçtur, bu anlamda afet, toplumun tamamı veya belirli bir kısmı için sosyal, ekonomik ve fiziksel açıdan önemli kayıplara yol açan, normal yaşamı kesintiye uğratan veya tamamen durduran, etkilediği toplumun mücadele etme gücünün yeterli gelmediği doğa, teknoloji veya insan kaynaklı olaylardır⁵. Ayrıca 4 sayılı CBK’da⁶, afet kavramının tanımının, Afet Sözlüğü’ndeki tanımla aynı doğrultuda yapıldığı görülmektedir. (m.31/b). Bir olayın afet sonucunu doğurabilmesi, bu koşulların var olmasına bağlıdır⁷.

Afetler birtakım kriterler esas alınarak sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmalardan bir tanesi de afetin ortaya çıkış nedeni esas alınarak yapılan ayırmadır. Buna göre afetler, ortaya çıkış kaynağına göre teknoloji ve insan kaynaklı yani doğal olmayan afet ve doğa kaynaklı yani doğal afet şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır. Doğal olmayan afet ile kastedilen, kendiliğinden ya da doğal afetler veya insan faaliyetlerinin tetiklemesi sonucu ortaya çıkan teknoloji kaynaklı afet⁸ ile insan faaliyetlerinin ve politik faktörlerin etkili olduğu insan kaynaklı afettir⁹. Doğal afet ise insan marifetiyle önlenemeyen deprem, sel, heyelan gibi olağan dışı olayların her biri; tabii afet, katastrof şeklinde tanımlanmaktadır¹⁰. Doğal afet, bir toplumun sosyal ve ekonomik faaliyetlerini negatif şekilde etkileyen, can ve mal kaybına neden olan ve genellikle doğal unsurların yol açtığı doğal tehditlerle meydana gelen olaylardır¹¹.

Doğal afetler meydana geldikleri ortam dikkate alındığında jeolojik, meteorolojik ve biyolojik kökenli doğal afet şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır. Bu anlamda jeolojik kökenli bir afet olarak sayılan heyelan, ani gelişen bir doğal afettir¹². Heyelan; toprak, kaya gibi arazi parçalarının, depremler, aşırı yağışlar gibi dış kuvvetlerin etkisi ile önemli ölçüde aşağıya doğru bir eğimle hareket ederek kayması durumu olarak tanımlanmaktadır¹³. Yer kayması olarak da anılan heyelan, kütle hareketleri içinde en sık görülen ve en etkili sonuçlara yol açan bir doğal afettir¹⁴.

B. İdare Hukuku Bakımından Doğal Afet ve Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu

Anayasanın 5. maddesi uyarınca bireylerin ve toplumun refahını, mutluluğunu ve huzurunu tesis etmek, Devletin temel amaç ve görevlerindedir. Buna göre Devlet, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ilkesi ve aynı zamanda adalet ilkesi ile bağdaşmayacak biçimde sınırlandıran sosyal, ekonomik, siyasal her çeşit engeli bertaraf etmek amacıyla insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi

¹ KOZANOĞLU, Gonca: Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayını, Ankara 2020, s.79.

² Etimoloji: “Türkçe Etimoloji Sözlüğü”, <https://www.etimolojiturkce.com>, (Erişim: 06.12.2023).

³ PAMPAL, Süleyman/ÖZMEN, Bülent: Depremler Doğal Afet Midir? Depremlerle Baş Edebilmek, Eflatun Yayınevi, Ankara 2009, s.230.

⁴ ŞAHİN, Cemalettin/SİPAHIOĞLU, Şengün: Doğal Afetler ve Türkiye, Gündüz Eğitim ve Yayıncılık, Ankara 2013, s.5.

⁵ Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı: “Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü”, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim: 06.12.2023).

⁶ Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG: 15.07.2018, 30479).

⁷ Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı: “Türkiye, Afet Farkındalığı ve Afetlere Hazırlık Araştırması Raporu”, 2014, https://www.afad.gov.tr/kurumlar/afad.gov.tr/3923/xfiles/turkiye-afet-farkindaligi-ve-afetlere-hazirlik-arastirmasi_2014-edited.pdf, (Erişim: 06.12.2023), s.5.

⁸ KADIOĞLU, Mikdat: “Modern, Bütünleşik Afet Yönetiminin Temel İlkeleri”, in Kadioğlu, Mikdat/Özdamar, Emin (ed.), Afet Zararlarını Azaltmanın Temel İlkeleri, Japonya Uluslararası İşbirliği Ajansı (JICA) Türkiye Ofisi Yayınları, Ankara 2008, s.7.

⁹ Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim: 06.12.2023).

¹⁰ TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim: 06.12.2023).

¹¹ ŞAHİN/SİPAHIOĞLU, s.6.

¹² Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı: “Doğal Afetler”, <https://www.afad.gov.tr/afadem/dogal-afetler>, (Erişim: 06.12.2023).

¹³ Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim: 06.12.2023).

¹⁴ ÖZTÜRK, Kemal: “Heyelanlar ve Türkiye’ye Etkileri”, Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, 22(2), 2002, s.36.

için gereken koşulları oluşturmak için çalışır. Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkı ile 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı da idareye negatif yükümlülükler getirmesinin yanında pozitif yükümlülükler de yüklemektedir.

İdare hukuku bakımından doğal afet kavramının anlaşılabilirliği ve doğal afetler nedeniyle idarenin sorumluluğu konusunun daha anlaşılır olabilmesi için doğal afetler meselesine günümüzde idari faaliyet bakış açısıyla bakılması gerekmektedir. Bu anlamda idarenin özellikle doğal afet öncesi idari faaliyetlerine ağırlık verilmeli ve bu faaliyetleri konu bakımından kamu hizmeti, kolluk¹⁵ hatta özendirme ve destekleme ile öngörme ve alternatif belirtme faaliyetleri şeklinde planlı bir biçimde oluşturulmalıdır. Doğal afetler öncesine ilişkin olarak idareye tanımlanacak bu faaliyetler, doğal afetlerin neden olabileceği zararların azaltılması amacıyla doğal afet sırasında ve sonrasında hızlıca genişleyecek hatta yetkiye dönüşmesine imkân sağlayacak şekilde öngörülmelidir. Böylece doğal afet hukuku hatta alana katkı sağlayacak şekilde afet idare hukukunun oluşmasına olanak sağlanmış olacaktır.

Afetlerde uygulanan ve afet, risk, kriz, acil durum ve olağanüstü durum gibi isimlerle adlandırılan çeşitli yönetim modellerinde, afetle ilgili kurumlar ve bu kurumların görev, yetki ve sorumluluk anlayışları da afetlere ilişkin olarak tercih edilen yönetim modeline göre değişmektedir¹⁶. Her bir afet yönetim modeli hazırlanırken esas alınan ölçütler farklı olduğundan, bu modellerden birinin tercih edilmesi halinde doğal olarak uygulanacak yöntem de değişecektir. Ancak idare hukuku açısından burada önemli olan husus, doğal afetler konusunda, doğal afetlerin kaçınılmaz ve bu nedenle zaten önlenemez oldukları bakış açısından artık uzaklaşılması gerektirir. Çünkü aksi bir yaklaşımda doğal afetleri kaçınılmaz olmaları özelliğinden yola çıkarak tekrarlanan bir döngü içinde tanımlanmaktadır¹⁷.

Bu durum da afet sonrası müdahale ve iyileştirme esaslı düzenlemelere ağırlık verilmesine yol açmaktadır. Hâlbuki günümüzde, ilerleyen teknoloji ve idarenin sunduğu kamu hizmetlerinde çeşitliliğin artması sonucu doğal afetler meselesinin sadece afet sonrası yaklaşım ağırlıklı ele alınması yeterli ve tatmin edici görülmemektedir. Bu nedenle söz konusu yaklaşım artık terk edilerek doğal afet öncesi alınacak tedbirlere yönelik faaliyetlere ağırlık veren düzenlemeler yapılmalıdır.

Mevzuatla heyelan, deprem gibi doğal afetlerin görüldüğü bölgelerde yapı ve ikamete izin verilmemesi veya yapı ve ikametinin sıkı şartlara bağlanmasına ilişkin olarak idareye gözetim ve denetim yükümlülüğü şeklinde pek çok görev ve sorumluluk yüklenmiştir¹⁸. Konumuz bakımından ise heyelan öncesi gerekli tedbirlerin alınmasının gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Aksi halde idarenin yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak ülkemizde meydana gelen heyelanlar sonucunda yaşanan can ve mal kayıplarına bakıldığında heyelan doğa olayının doğal afetle sonuçlandığına sıkça şahit olunmaktadır¹⁹. Bu durum da hukukumuzda doğal afet öncesi tedbirler için öngörülen düzenlemelerin yeterli düzeyde veya uygulanabilir olmadığına veya bu tedbirlerin uygulanmasında birtakım sorunlar olduğuna işaret etmektedir.

Bir anlamı da, önceden konulmuş hukuk kurallarıyla bağlı bir devlet olan hukuk devleti²⁰ ilkesinde, idarenin mali sorumluluğu da olmazsa olmaz unsurlardan biridir²¹. Anayasanın 125. maddesinin sonuncu fıkrasındaki idare tarafından yapılan eylem ve işlemlerin neden olduğu zararları ödemek zorunda olduğu yönündeki hüküm, idari rejimin benimsendiği ülkemizde idarenin sorumluluğunu belirten temel düzenlemedir.

İdarenin sorumluluğu kısaca idari işlemler, eylemler ve sözleşmelerden doğan sorumluluğu ifade etmektedir²². İdarenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için zarar ve zarara yol açan idari davranışın yanında, zarar ile zarara yol açan idari davranış arasında illiyet bağının²³ bulunması gerekmektedir²⁴. Ancak idari davranış sırasında ortaya çıkan bazı haller vardır ki bu haller idarenin sorumluluğuna gidilmesine engel olabilmektedir. Diğer bir ifadeyle zarar ile zarara yol açan idari davranış arasındaki söz konusu bağ, idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller olarak da ifade edilen, idareye yabancı birtakım sebeplerden

¹⁵ İdari fonksiyonun konu bakımından esasında kamu hizmeti ve kolluk faaliyetine indirgenebileceği yönündeki görüş hakkında bkz. KARAHANOGULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.73.

¹⁶ GÜNDÜZ, İsmail: Dünyada ve Türkiye’de Afet Yönetimi, Erdem Yayınları, İstanbul 2009, s.28.

¹⁷ BALAMİR, Murat: “Afetlere İlişkin Planlama Etkinlikleri ve Sakınım Planlaması”, Kentsel Planlama Ansiklopedik Sözlük, 2. Baskı, Der. Melih Ersoy, Ninova Yayınları, İstanbul 2016, s.2-3.

¹⁸ YEKEBAŞ DEĞİRMENCİ, Dilara: İdare Hukukunda Mücbir Sebep, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul 2023, s.179.

¹⁹ Son 60 yılda ülkemizde yaşanan doğal afetlerin neden olduğu yapısal hasarların oranlarına bakıldığında, % 15’lik bir oran ile heyelanlar, depremlerden sonra ikinci sıradadır. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü Bakanlığı (Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ifadesi, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olarak aktarılmıştır.): “Riskli Alan İlanı ve Uygulama Klavuzu”, https://webdosya.csb.gov.tr/db/altyapi/icerikler/r-skl-_alan_ilan_ve_uygulama_klavuzu-20180222090434.pdf, (Erişim: 26.03.2023), s.11. Örneğin ülkemizde heyelanın sıkça yaşandığı yerlerin başındaki Zonguldak’ta, heyelan nedeniyle yıkılan müstakil evin olduğu bölgede göçük altında kalan kişileri kurtarma çalışması yürüten ekipten 21 personel, meydana gelen ikinci heyelanda yaralanmış, bölgede risk altında olan 14 ev tahliye edilmiştir. Milliyet: “Zonguldak’ta ikinci büyük heyelan! İş makineleri göçük altında kaldı”, 09.12.2023, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/zonguldakta-ikinci-buyuk-heyelan-is-makineleri-gocuk-altinda-kaldi-7047038>, (Erişim: 26.03.2024).

²⁰ YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010, s.345.

²¹ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku (İdare Hukuku), 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.121, 153 vd.

²² YAYLA, s.352-358.

²³ İdarenin kusursuz sorumluluğu temeline dayanan sosyal risk ilkesi ise zararlı idari davranış arasında illiyet bağı aranmadan zararın giderilmesini öngörmektedir. AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.614-615.

²⁴ ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku (İdare), 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.714.

ötürü bozulmuş olabilir²⁵. Sorumluluğu kaldıran veya azaltan sebepler olarak sayılan bu hususlar, illiyet bağıni kesen haller²⁶ olarak da bilinmektedir.

Mücbir sebep, umulmayan hal, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin davranışı idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller şeklinde sayılmaktadır²⁷. Buna göre mücbir sebep ve zarar görenin kusuru halinde, idarenin her türlü sorumluluğu kural olarak tamamen ortadan kalkarken; umulmayan hal ve üçüncü kişinin davranışı halinde ise idarenin kural olarak sadece hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu kalkmakta kusursuz sorumluluğu ise devam etmektedir²⁸.

Doğal afetler nedeniyle idarenin sorumluluğu meselesi uygulamada esas olarak doğal afetin mücbir sebep teşkil edip etmemesi bakımından karşımıza çıkmaktadır. Doğal afetler nedeniyle idarenin sorumluluğu meselesi uygulamada doğal afetin mücbir sebep teşkil edip etmediğine göre şekillenmektedir. Zira doğal afetler, şartların oluşması halinde mücbir sebep teşkil ederek idarenin sorumluluğuna etki edebilmektedir. Söz konusu etki doğal afetlerin idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebeplerden mücbir sebep teşkil edip etmemesine göre değişeceğinden bu durumun tespiti önem taşımaktadır.

İdarenin sorumluluğu, kusur ve kusursuz olmak üzere iki temele dayanmaktadır. İdarenin yürüttüğü faaliyetlerden kaynaklanan bir kusuru olmasa da sorumluluğuna gidilebilen hal olan kusursuz sorumluluk halleri dışında, idarenin kusur sorumluluğundan bahsedilebilmesi için söz konusu şartlara ilaveten idarenin yürütmekle yükümlü olduğu faaliyete ilişkin ayrıca kusurunun da bulunması gerekmektedir²⁹. İdarenin hizmetin teşkilatlanmasındaki, görülmesindeki ve ilgili personel üzerindeki denetleme ve gözetleme yükümlülüğünü yetine getirmemesinden kaynaklanan anonim ve nesnel nitelikteki kusuruna hizmet kusuru denmektedir³⁰.

İdare hukukundaki hizmet kusuru kavramının, bir özel hukuk kavramı olan haksız fiil kavramından esinlendiğini; ancak idare hukukunun özellikleri dikkate alınarak özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan farklı kendine has kuralları olan bir sorumluluk türü olduğunu söyleyebiliriz³¹. Ayrıca hizmet kusuru, idare hukukuna has bir kavram olması nedeniyle özel hukuktaki adam çalıştıranların sorumluluğundan da farklı bir sorumluluk türüdür³². Bu anlamda sorumluluk konusunda özel hukuktaki ‘haksız fiil’in yerini idare hukukunda ‘hizmet kusuru’³³ kavramı almaktadır.

Kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında hizmetin geç veya kötü işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde ortaya çıkan zararın idarece karşılanması, idare hukukunun yerleşmiş, genel ilkelerindedir³⁴. İdarenin sorumluluğu kapsamında esas olan hizmet kusuru yani idarenin kusur sorumluluğu ilkesi olduğundan; idari yargı yerlerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, ancak idari bir kusurun mevcut olmadığı durumda kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanabilirliğini araştırması gerekecektir³⁵.

Kural olarak idare yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini hizmet kusuruna yol açmayacak şekilde gerektiği gibi ifa etmek zorundadır. Bu nedenle hizmetin işleyişi ile ilgili kontrolleri sürekli yapmalı ve hizmetin görülmesi esasında gerekli tedbirleri almalıdır. Bu nedenle kamu hizmetinin görülmesi sırasında ortaya çıkan olay, olağanüstü nitelik taşımadıkça veya süreklilik arz etmedikçe, idarenin kusuru ortadan kalkmayacak; zarar gören de hizmet kusuru ilkesi gereğince idareden tazminat talep edebilecektir. Ancak olağanüstü hallerin ortaya çıkması halinde hizmet kusuru ilkesi nedeniyle idarenin sorumluluğu ortadan kalkacak veya azalacaktır.

İdarenin hukuka aykırı bir işlemi genellikle hizmet kusuru oluşturur; ancak her hukuka aykırılık her zaman hizmet kusuru teşkil etmemektedir³⁶. Hukuka aykırılığın hizmet kusuru teşkil etmediği halde ise idarenin kusurlu sorumluluğuna gidilemeyecektir; bu halde idare ancak kusursuz sorumluluk hallerine göre sorumlu tutulabilecektir³⁷. İdarenin hizmet kusurunun bulunduğunu, idarenin davranışından zarar gören ispatlayacaktır³⁸.

²⁵ ATAY, Ender Ethem: “İdarenin Sorumluluğu” (“Sorumluluk”), in Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s.1093.

²⁶ Ancak zarara neden olan idari davranış ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı ya vardır veya yoktur yani var olan bir illiyet bağıni kesilmesi diye bir şey aslında yoktur. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s.578. Nedenler zinciri devam etmektedir; ancak zarara neden olan etkin olay, daha önceki olayların önüne geçmektedir. DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983, s.35.

²⁷ “...zarar gören kişilerin eyleminden, üçüncü kişilerin eyleminden, zorlayıcı sebeplerden (mücbir sebepler) ileri gelen zararların idareye ödetirilemeyeceği, dolayısıyla bu gibi durumlarda idarenin hukuki sorumluluğunun bulunmadığı yine idari yargı kararlarında kabul edilmiş bir idare hukuku ilkesidir”. Danıştay İDDK, 17.12.2009, E.2008/11, K.2009/3108, DD, (125), 2010, s.38.

²⁸ ATAY, “Sorumluluk”, s.1093.

²⁹ AYDIN, Muhammed Ali: İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.28.

³⁰ ARMAĞAN, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1997, s.17.

³¹ TAN, Turgut: İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s.452.

³² GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, 9.B., Turhan Yayın, Ankara 2017, s.678.

³³ “...idarenin görev alanı içindeki hizmetin hiç yapılmaması, gereği gibi yapılmaması veya geç yapılması olarak nitelendirilebilir”. Danıştay 11.D, 19.12.2005, E.2003/2027, K.2005/5962, DD, (112), 2006, s.341.

³⁴ DURAN, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğunun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s.28-34.

³⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare Hukuku, s.162. “...önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir”. Danıştay 10.D, 10.04.1996, E.1995/53, K.1996/1913, DD, (92), 1997, s.759.

³⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.678.

³⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.679.

³⁸ ARMAĞAN, s.78.

Bu anlamda heyelana ilişkin olarak idarenin yürütmekle görevli olduğu faaliyetler gerek heyelan öncesine gerek heyelan sonrasında ilişkin olsun, hizmetin geç bir zamanda işlemesi veya kötü işlemesinden veya hiçbir şekilde işlememesinden dolayı idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. İdarenin doğal afetlere ilişkin olarak değinilen bu sorumluluğu anlaşılacağı üzere yürüttüğü faaliyetlerden kaynaklanan kusur sorumluluğudur.

III. 7269 SAYILI KANUN UYARINCA HEYELAN RİSKİ BAKIMINDAN KOLLUK FAALİYETİNİN ÖNEMİ

A. 7269 Sayılı Kanunun Afet Yönetimi Faaliyetleri Bakımından Değerlendirilmesi

Afet yönetimine ilişkin faaliyetler Anayasa başta olmak üzere ilgili mevzuata dayanılarak yürütülmektedir³⁹. Hukukumuzda doğal afetlerle ilgili asıl düzenleme 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun⁴⁰dur. Ülkemizde 1959 yılında kabul edilen 7269 sayılı Kanunun afet yönetimine ilişkin genel yaklaşımı, afetten etkilenenlere yönelik afet sonrası arama, kurtarma, yardım gibi daha çok düzeltici ve telafi edici faaliyetlere ilişkindir⁴¹. Bu nedenle de Kanunun, afet yönetim faaliyetleri anlamında günümüz ihtiyaçlarına tam olarak cevap verebilir olmaktan uzaklaşmış görüldüğünü ifade edebiliriz.

Hâlbuki afetler, ister doğa ister teknoloji ister insan kaynaklı olsun ortaya çıkması halinde meydana geldiği yerdeki bireysel ve toplumsal hayatı çok büyük ölçekte etkileme ve değişikliğe uğratma kapasitesine sahip olaylardır. Bu sebeple afet dönemlerinde görülen bu olağanüstülüklerle normal yönetim modeli ile baş etmek mümkün olmamaktadır. Bu nedenle afet hallerinde kargaşa ortamı yaşanmaması için afetle etkin mücadele yeteneğine sahip bir afet yönetim modelinin geliştirilmesi gerekmektedir⁴².

Afet yönetimi, afet yönetiminin safhaları olarak da ifade edilen afet öncesi, sırası ve sonrasında yapılacak bir dizi afet yönetimi faaliyetlerini içeren bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır⁴³. Afet yönetimi karmaşık bir yönetim sürecini içerdiğinden bu aşamalarda idarenin sorumluluğunun tespiti de doğal olarak kolay olmayacaktır. Ancak doğa olaylarından kaçmanın olanaksızlığı düşünüldüğünde sorunun, afet yönetim faaliyetlerinden risk yönetiminin, risk ve zarar azaltma ile hazırlık aşamalarında yoğunlaştığını söyleyebiliriz. Eğer afetten önceki aşama olan ‘risk yönetimi’ konusunda etkin bir gelişme sağlanabilirse ‘afet yönetimi’ faaliyetlerinin çoğuna ihtiyaç kalmayacağını dahi ifade edebiliriz⁴⁴.

Afet yönetimi, afet meydana gelmeden önce, afet zararlarının azaltılmasını ve önlenmesini de içeren bir süreçtir. Afetlerin önlenmesi için ise elbette ki tehlikenin en doğru ve en yaklaşık şekilde tespit edilebilmesi gerekmektedir. Ancak tehlikenin tespiti, afet yönetiminin sadece bir parçasını oluşturmaktadır. Tehlike kavramı UNISDR⁴⁵ Terminolojisinde, yaralanmaya, hayatın son bulmasına, mal kaybına, hizmetlerin ve geçim kaynaklarının yok olmasına, ekonomik ve sosyal açıdan bozulmaya veya çevrede tahribata yol açabilecek potansiyele sahip bir olay veya faaliyet şeklinde tanımlanmıştır⁴⁶.

Heyelan tehlikesinin tespiti, tehlikeye ilişkin bilgilerin toplanması ve değerlendirilmesi ile mümkün olacağından, tahmin edileceği üzere ciddi ve uzmanlık gerektiren bir süreçtir. Ülkemizde doğal afet tehlikelerini tespit amacıyla görevli bir kamu kurumu olan AFAD’ın çalışmalarına bakıldığında gerçekten de Türkiye Deprem Tehlike Haritası’nın⁴⁷ yakın zamanda ayrıntılı bir biçimde yenilediği görülmektedir. En yıkıcı etkiye sahip olması sebebiyle deprem doğal afetine öncelik verilmiş olduğu düşünülebilse de, deprem dışındaki heyelan, çığ gibi diğer doğal afet tehlikelerine ilişkin de ayrıntılı tehlike haritalarının çıkarılması gerektiğini belirtmek gerekecektir.

Afet tehlikesinin tespiti, bizim çalışmamız açısından önemlidir; ancak yeterli değildir. Diğer bir ifadeyle heyelan riski nedeniyle idarenin sorumlu tutulabilmesi için öncelikli olarak o riskin öngörülebilir ve önlenebilir olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bunun için de ifade edildiği üzere öncelikli olarak heyelan tehlikesinin ortaya konması gerekmektedir. Zira ‘Risk = Tehlike Olasılığı x Zarargörebilirlik’ şeklinde formüle edilmektedir⁴⁸. İşte çalışma konusu olan bir heyelan doğa olayının öngörülebilir ve önlenebilir olup olmadığının tespiti bakımından, tehlike unsurlarından yararlanılarak heyelan tehlikesinin tespitinin gerekliliği, önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu da ancak heyelan tehlike haritalarının çıkarılması ve belirli aralıklarla güncellenmesi ile mümkün olacaktır.

Bu noktada afet riskinden bahsetmek gerekecektir. Afet riski UNISDR Terminolojisinde, belirli bir toplumun gelecekte belirli bir dönemde başına gelebilecek can ve mal kaybı, geçim kaynakları ve

³⁹ ŞAHİN, Ali Utku: “Afet Yönetimi Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Tesam Akademik Dergisi, 1(2), 2014, s.12.

⁴⁰ RG: 25.05.1959, 10213.

⁴¹ KAPLAN, Onur: İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.48; TEZGİDER, Gülgün: “Afet Yönetimi Sisteminin Tarihsel Gelişimi”, in Özmen, Bülent (ed.), Afet Yönetimi-II, Anadolu Üniversitesi Basımevi, Eskişehir 2017, s.19.

⁴² GÜNDÜZ, s.188.

⁴³ YILMAZ, Abdullah: Türk Kamu Yönetiminin Sorun Alanlarından Biri Olarak Afet Yönetimi, Pegem A Yayıncılık, Ankara 2003, s.44-72.

⁴⁴ ÖZKUL, Barış/KARAMAN, A. Erkan: “Doğal Afetler İçin Risk Yönetimi”, TMMOB Afet Sempozyumu, Bildiriler Kitabı, İMO Kongre ve Kültür Merkezi, Ankara 2007, s.259-260.

⁴⁵ United Nations International Strategy For Disaster Reduction = Birleşmiş Milletler Afetlerin Azaltılması Uluslararası Stratejisi.

⁴⁶ UNISDR: Terminology on Disaster Risk Reduction, United Nations, Geneva 2009, s.17, https://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologyEnglish.pdf, (Erişim: 14.11.2023).

⁴⁷ RG: 18.03.2018, 30364 (Mükerrer).

⁴⁸ KADIOĞLU, Mikdat: Afet Yönetimi: Beklenmeyeni Beklemek, En Kötüsünü Yönetmek (Beklenmeyeni Beklemek), 2. Baskı, Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, İstanbul 2017, s.37.

hizmetlerde meydana gelebilecek olası hasar görülebilirlikler, afet kayıpları olarak tanımlanmıştır⁴⁹. Buna göre riskten bahsedilebilmesi için belirli büyüklükteki tehlikenin olması ve bu halden etkilenebilecek değerlerin bulunması ayrıca söz konusu değerlerin tehlikeden ötürü zarar görülebilirliklerinin tahmin edilebilir olması gerekmektedir⁵⁰. Anlaşılacağı üzere afet riski ve tehlike farklı kavramlardır. Örneğin, doğal afet tehlike haritaları, deprem, heyelan, sel gibi doğal afet tehlikelerinin düşük, orta veya yüksek olma ihtimalinin olduğu yerleri gösterirken; doğal afet risk haritaları, tehlikeyi bilmekten öte toplum için ortaya çıkması muhtemel potansiyel etkileri açıklar⁵¹.

Afet kanunu olarak da bilinen 7269 sayılı Kanun, afet yönetimi faaliyetleri bakımından mevzuattaki asıl düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunun 1. maddesinde kanunun, sayılan afetlerde binaları ve kamu tesisleri umumi hayatı etkileyecek ölçüde hasara uğrayan veya uğrama ihtimali olan alanlarda her ne kadar alınacak tedbirler ve yapılacak yardımlara ilişkin olarak uygulanacağı düzenlense de doğal afetlere ilişkin hukukumuzdaki eskiden beri var olan temel eğilim doğal afetler sonrası faaliyetlere yönelik olduğu için 7269 sayılı Kanun da esas olarak afet sonrası, müdahale ve iyileştirme faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler öngörmektedir⁵².

Afet mevzuatı uyarınca idarenin doğal afet sonrasında yürüttüğü faaliyetlerin çoğunun ise kamu hizmeti faaliyeti olduğuna şüphe bulunmamaktadır⁵³. Hatta idarenin faaliyet türlerinden biri olan kolluk faaliyetinin kamu hizmeti faaliyetinden ayrı olarak ele alınmayıp, kamu hizmetlerinin görülüş usulleri içerisinde değerlendirilmesi durumunda⁵⁴, afet mevzuatı uyarınca idarenin gerek doğal afet öncesinde gerek doğal afet sonrasında yürüttüğü faaliyetlerin esasında kamu hizmeti faaliyeti olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte doktrindeki tartışmalara girmeden idarenin kolluk faaliyetinin kamu hizmeti faaliyetinden ayrı bir faaliyet olarak ele alınması gerektiği yönündeki kanımızca isabetli görüşten⁵⁵ hareket edildiğinde idarenin doğal afete ilişkin kolluk faaliyetlerinin de kamu hizmeti faaliyetlerinden ayrı olarak incelenmesi gerektiğini ifade edebiliriz.

Buradan hareketle idarenin doğal afete ilişkin kolluk faaliyetlerine bakıldığında yukarıda değinilen 7269 sayılı Kanun başta olmak üzere 3194 sayılı İmar Kanunu⁵⁶, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun⁵⁷, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun⁵⁸ ve 4373 sayılı Taşkın Sulara ve Su Baskınlarına Karşı Korunma Kanunu⁵⁹ ile idare bakımından doğal afetlere ilişkin olarak çok sayıda idari kolluk faaliyetinin öngörüldüğünü ifade etmek mümkündür. Ancak çalışmanın asıl konusunu, umumi hayata müessir heyelan riski bulunduğundan bahisle 7269 sayılı Kanun uyarınca alınan ve ilan edilen afete maruz bölge kararı uygulaması nedeniyle idarenin kolluk faaliyeti bakımından sorumluluğu oluşturmaktadır.

B. 7269 Sayılı Kanunda Öngörülen İdarenin Heyelana İlişkin Kolluk Faaliyetlerinin İdari Kolluk Bakımından Değerlendirilmesi

İdari kolluk, kamu düzenini sağlamayı, korumayı ve bozulduğunda da tekrar tesis etmeyi amaçlayan ve bu amaç doğrultusunda; kişilerin toplum içerisindeki tutum ve davranışlarını gözetip düzenlemeyi, aykırılık teşkil eden durumları ise gerekmesi halinde kuvvet de kullanarak önlemeyi, engellemeyi ve kaldırmayı konu edinen kolluktur⁶⁰. İdari kolluk, konuları ve amaçları birbirinden farklı olabilen; ancak yetki, usul ve yaptırımları birbiriyle aynı olan genel idari kolluk ve özel idari kolluk şeklinde iki başlıkta incelenmektedir⁶¹. Genel idari kolluk, merkezi idare ile mahalli idare kolluğu şeklinde ikiye ayrılırken; özel idari kolluk, faaliyet konularına göre çok çeşitli başlıklara ayrılabilir. Özel idari kolluğa, ilgili Bakanlığa ve genel müdürlüğe bağlı ve onların sorumluluğu altında faaliyette bulunması nedeniyle hizmet kolluğu da denilmektedir⁶².

Genel idari kolluk, kamu düzeninin genel unsurları olduğu belirtilen genel güvenlik, genel sağlık, dirlik ve esenlik bakımlarından bozulmasından önce kamu düzenini korumayı amaçlayan faaliyetlere yönelik olan kolluktur⁶³. Özel idari kolluk ise esasında özel kanunlara göre kurulup bu kanunlarla belirlenmiş özel görevleri yerine getiren bu anlamda görev alanı genel idari kolluğa nazaran daha sınırlı olan kolluktur⁶⁴. O halde özel idari kolluk, her türlü faaliyet ve herkes bakımından değil; sadece kendilerine özgü kanunlarda

⁴⁹ UNISDR, https://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologyEnglish.pdf, (Erişim: 14.11.2023), s.9-10.

⁵⁰ Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim: 14.11.2023).

⁵¹ KADIOĞLU, Beklenmeyeni Beklemek, s.38.

⁵² KOZANOĞLU, s.79.

⁵³ BUCAKTEPE, Adil: “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, DÜHFD, 17-18(26-27-28-29), 2012-2013, s.117.

⁵⁴ Kolluk faaliyetlerini, kamu hizmetlerinin görülüş usulleri içerisinde değerlendirilen görüş için bkz. ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.1474-1476. Aksi yöndeki görüş için bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar (Cilt I), 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.540.

⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, Cilt I, s.540; DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları (Ders Notları), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s.247.

⁵⁶ RG: 09.05.1985, 18749.

⁵⁷ RG: 31.05.2012, 28309.

⁵⁸ RG: 13.07.2001, 24461.

⁵⁹ RG: 21.01.1943, 5310.

⁶⁰ DURAN, Ders Notları, s.250.

⁶¹ DURAN, Ders Notları, s.258.

⁶² DURAN, Ders Notları, s.258.

⁶³ ÖZAY, İl Han: Güneşinde Yönetim, 2. Baskı'dan 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.728.

⁶⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare Hukuku, s.631.

öngörülen belirli faaliyetler ve bu faaliyetleri yürüten kişiler bakımından görevli ve yetkilidir⁶⁵. Özel idari kolluk, istisnai olarak genel idari kolluğun amaçlarından genel kamu düzeninin unsurlarından bir veya birkaçına özgülenmiş olabileceği gibi kural olarak bu amaçlardan tamamen farklı bir amaca özgülenmiş olan kolluktur. Ancak ilk halde bile özel idari kolluk, kendisine özgü kanunla düzenlenen kolluktur⁶⁶.

Öğretide amaç bakımından genel idari kolluğun haklı olarak kamu düzeninin sadece klasik unsurları ile özel idari kolluğun ise sadece yeni unsurlarla bağdaştırıldığı göze çarpmaktadır. Bu görüşe göre özel idari kolluğun amacı, her halde ve tamamen klasik unsurlar dışında kalan bir amaçtır⁶⁷. Kanımızca bu görüş, özel idari kolluk öngören kanuni düzenlemenin özel kolluk için her durumda klasik unsurlar dışında kalan bir kamu düzeni öngörmesi şartına sebep olacaktır. Böyle bir durum da özel idari kolluğun her halde özel kamu düzenine özgülenmiş olan kolluk olarak nitelendirilmesine yol açacağından özel idari kolluğa ilişkin korunmak istenen her düzen için özel kamu düzeni geliştirilmesine neden olacaktır.

Bu yönde bir yaklaşımın benimsenmesi durumunda, kamu düzenine yeni unsurların eklenmesi kaçınılmaz olacağından, böyle bir genişleme kamu düzeni kavramının da belirsiz bir kavram olmasına yol açacaktır⁶⁸. Kanımızca her düzenleme ile yeni bir düzen öngörme çabası yerine, mevcut klasik unsurların yeni unsurların çoğunu karşılayabileceği yaklaşımıyla hareket edilmelidir. Zira bir kolluğun genel idari kolluk veya özel idari kolluk mu olduğunun tespiti meselesinin, bu kollukların hangi kamu düzenine özgülenmiş olduğuna bağlanması kanımızca yerinde bir yaklaşım olmayacaktır. Bu anlamda özel idari kolluğu, özel kanunlarla kanun koyucunun korumak istediği kamu düzenini korumakla görevli olan kolluk şeklinde nitelendirmek daha doğru olacaktır. Bu nedenle aynı fikirde olduğumuz görüşe göre kamu düzeninin yeni unsurları kamu düzeninin klasik unsurlarının genişlemesi şeklinde ele alınmalıdır⁶⁹.

7269 sayılı Kanunun idarenin kolluk faaliyetine ilişkin hükümleri incelendiğinde kanunun, genel idari kolluk faaliyetlerini aşacak nitelikte hükümler getirdiği görülmektedir⁷⁰. Genel idari kolluktan başka özel idari kolluğa neden gereksinim duyulduğu konusunda, bazı özel tehlikelerin daha özel koruma gerektireceği, bu sebeple de idarenin bu tehlikelere karşı daha güçlü kılınması gerekliliği savunulmaktadır⁷¹. Bu anlamda 7269 sayılı Kanunun, genel idari kolluk ile çözümlenemeyeceğini düşündüğü diğer bir ifadeyle genel idari kolluk personelini aşacak boyutta olduğunu düşündüğü afetlere yönelik faaliyetler bakımından özel idari kolluk faaliyetleri öngördüğünü söyleyebiliriz. O halde 7269 sayılı Kanunda düzenlenen kolluk faaliyetleri, özel idari kolluk faaliyeti niteliğindeki afet kolluğuna yönelik faaliyetlerdir⁷².

IV. HEYELAN RİSKİ NEDENİYLE 7269 SAYILI KANUN UYARINCA İDARENİN KOLLUK FAALİYETLERİ VE DANIŞTAY KARARLARI UYARINCA İDARENİN HİZMET KUSURU

İdarenin mali sorumluluğu, kusur esasına dayanmaktadır⁷³. İdarenin doğal afetler nedeniyle sorumluluğunun esasını da hizmet kusuru oluşturmaktadır⁷⁴. Doğal afetleri önleme veya meydana geleceğini önceden haber alma imkânı oldukça kısıtlıdır; bu nedenle afet zararlarının azaltılmasında afet öncesi önlemler ve koruyucu uygulamalar önem teşkil etmektedir⁷⁵. Doğal afet öncesinde gerekli önlemlerin alınarak afetin en az zararla atlatılması, afet sırasında ve sonrasında idarenin yardım, kurtarma ve barındırma faaliyetlerini daha başarılı ve kolay bir şekilde yürütebilmesi bakımından da ayrıca önemlidir⁷⁶.

Genel kural idarenin sorumluluğunun hizmet kusuru esasına dayanması olduğundan, doğal afet nedeniyle idarenin sorumluluğunun tespit edilebilmesi için idarenin öncelikle doğal afet öncesinde yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin, kendisinden beklenen gerekli dikkat ve özeni göstermediğinin saptanması gerekecektir.

Danıştayın heyelan nedeniyle idarenin sorumluluğu hakkındaki kararları incelendiğinde de söz konusu kararlarında, heyelanın mücbir sebep teşkil edip etmeyeceği boyutuna girmeden, heyelan riski altında bulunan taşınmazın, esasında afete maruz bölge sınırları içinde veya dışında kalması çerçevesinde haklı olarak hizmet kusuru temeline dayandığı görülmektedir⁷⁷.

İdarenin doğal afetler nedeniyle sorumluluğunun hukuki esasını hizmet kusuru oluşturmakla beraber bilindiği üzere hukukumuzda idarenin kusursuz sorumluluğunun⁷⁸ kabul edildiği bazı durumlar da bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle idarenin sorumluluğu, sadece kusura dayanmamaktadır; daha geniş bir

⁶⁵ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s.500.

⁶⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare Hukuku, s.631.

⁶⁷ Bu yöndeki görüş için bkz. ÖZAY, s.734.

⁶⁸ OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.167.

⁶⁹ OKAY TEKİNSOY, s.167. “Genel ahlak”, “kamusal estetik” ve “insan onuru” gibi kamu düzeninin yeni unsurlarını, kamu düzeninin klasik unsurlarından ayrı biçimde “Modern Anlayış” olarak ifade eden görüş hakkında bkz. GÖZLER, s.478-482.

⁷⁰ Kanunun 2. maddesinde, tabii afete uğramış veya uğrayabilir bölgelerin afete maruz bölge olarak kararlaştırılacağı düzenlenmiştir. Örneğin 13/a maddesinde, söz konusu bölgelerde yapılacak işler bakımından “Süresinde itiraz olunmayan, yahut itiraz olunup da idare kurullarınca yıkılması onaylanan binaları mal sahibi yıkmadığı takdirde bu binalara el konularak yıkma parası yuktından elde edilecek malmeme bedelinden ödenmek üzere, mahallin en büyük mülkiye amirinin emri ile yıktırılır.” denmektedir.

⁷¹ AKGÜL, Aydın: Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.79.

⁷² KOZANOĞLU, s.92.

⁷³ ULUSOY, Ali Dursun: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.561.

⁷⁴ KOZANOĞLU, s.174.

⁷⁵ GERAY, Cevat: “Yıkım (Afet) Olaylarında Kurtarma, İlk Yardım, Konutlandırma ve Yerleştirme Önlemleri”, Amme İdaresi Dergisi, 10(4), 1977, s.82.

⁷⁶ GERAY, s.82.

⁷⁷ KOZANOĞLU, s.273.

⁷⁸ İdarenin kusursuz sorumluluğu, aslında tek başına ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edebilecek boyutta olmakla birlikte bu noktada sınırlı biçimde değinilmektedir.

alana yayılmıştır⁷⁹. Türk İdare Hukukunda idarenin kusursuz sorumluluğunun dayandığı ilkeler açısından kavram ve içerik bakımından bir birliktelik bulunmamasına rağmen idarenin kusursuz sorumluluğu esasında, risk ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi ve sosyal risk ilkesi gereğince sorumluluk şeklinde özetlenebilir. Bu noktada, doğal afetler nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluğu bakımından tartışma konusu olan asıl ilkenin sosyal risk ilkesi olduğunu belirtmek gerekecektir⁸⁰.

Bu ilke diğer sorumluluk türlerinden farklı olarak davranış ile zarar arasında illiyet bağı aranmadan sorumluluğa yol açmaktadır; hâlbuki illiyet bağının sorumluluk hukukunun temeli olduğu dikkate alınmalıdır⁸¹. Hatta bu durum, illiyet bağı yoksa hukuki sorumluluk da bulunmamaktadır şeklinde belirtilmektedir⁸². İdarenin sorumluluğunun tespitinde doğrudan davranış ile zarar arasında değil; kamu hizmeti ile zarar arasında bağ bulunmalıdır⁸³. Bu nedenle doğal afetlerle bağlantılı zararlar, illiyet bağının geniş yorumlanması suretiyle idarenin kusurlu sorumluluğu ile zaten ilişkilendirilebileceğinden, bu hususta idarenin faaliyetlerini geliştiren teknolojinin gerektirdiği belirli bir standartta ve idareden beklenen tedbirleri almak suretiyle yürütmesi gerektiğine dikkat çekmek gerekecektir⁸⁴. Toplum tehdit eden söz konusu sosyal risk faktörlerine karşı idarenin zaten önceden gerekli tedbirleri alması ve bu tür tehlikelere karşı bir adım önde olması gerekmektedir⁸⁵.

Heyelan riski nedeniyle idarenin sorumluluğunun anlaşılabilmesi adına konunun, 7269 sayılı Kanun uyarınca öngörülen afete maruz bölge kavramından hareketle idarenin kolluk faaliyetleri bakımından ele alınması gerekecektir. 7269 sayılı Kanunla öngörülen idarenin doğal afete ilişkin kolluk faaliyetlerine yakından bakıldığında söz konusu faaliyetlerin zaman bakımından bir kısmının doğal afet öncesine bir kısmının ise doğal afet sonrasında ilişkin olduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu çalışmada söz konusu faaliyetler bakımından böyle bir ayrıma gidilmeksizin, konu heyelan riski nedeniyle 7269 sayılı Kanun uyarınca öngörülen kolluk faaliyetleri çerçevesinde incelenecektir.

A. İdarenin Heyelan Riski Nedeniyle Afete Maruz Bölge Kararı Bakımından Sorumluluğu

7269 sayılı Kanun, esasında doğal afetler nedeniyle umumi hayata etkili olacak ölçüde zarar gören veya zarar görme ihtimalinin olduğu yerlerde alınacak tedbirler ile bu yerlere yapılacak yardımlar hakkında usul ve esasları düzenlemektedir. Kanunun uygulama alanı 1/1. maddesinde düzenlenmiştir. 7269 sayılı Kanun,

“Deprem, yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirlerle yapılacak yardımlar hakkında”

uygulanır. Kanunun 2. maddesine göre belirlenen tedbirlerin alınabilmesi ve yardımların yapılabilmesi amacıyla afete uğramış veya uğrayabilir bölgeler, Cumhurbaşkanınca afete maruz bölge olarak kararlaştırılır ve ilgili valiliklerce ilan edilir. Buna göre su baskınına uğramış veya uğrama ihtimali olan bölgeler, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının teklif etmesi üzerine Devlet Su İşlerinin bağlı olduğu Tarım ve Orman Bakanlığınca; deprem, heyelan, çığ, kaya düşmesi vb. afetlerin yaşandığı veya yaşanması ihtimali bulunan bölgeler ise, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından tespit edilmek aynı zamanda ilgili imar planında gösterilmek (imar planı olmayan köy ve kasabalarda tespit edildikçe kroki veya haritalarda belirtilmek) üzere afete maruz bölge şeklinde Cumhurbaşkanı tarafından karara bağlanır. Belirlenen afete maruz bölge, ilgili valiliklerce mahallinde ilan edilir. (m.2/1).

Heyelan riski nedeniyle afete maruz bölge kararı uygulaması, afet sonrasında heyelana uğramış bölge hakkında verileceği gibi afet öncesinde heyelana uğrama ihtimali olan bölge hakkında da verilebilecektir. Bu anlamda heyelan riski nedeniyle alınan afete maruz bölge kararı, kamu düzeninin klasik unsurlarından olan genel güvenlikle yakın ilişki içerisindedir. Bu anlamda afete maruz bölge kararı, tehlikeli bölge ve tehlikeli yapılara karşı can ve mal güvenliğini sağlamaya yönelik önleyici bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde heyelan riskinin yol açabileceği zararlara karşı alındığından heyelan riski nedeniyle alınan afete maruz bölge kararı ve bu karara istinaden alınan önlemler, idarenin kolluk yetkilerini kullanarak yürüttüğü kolluk faaliyetleridir.

Buna göre bir bölgenin afete maruz bölge olarak ilan edilebilmesi için afet nedeniyle bir zarar görmüş olması veya zarar görme ihtimalinin bulunması gerekmektedir⁸⁶. İdare, kamu düzeninin korunması ve bozulan kamu düzeninin yeniden tesis edilmesi amacıyla idari işlem ve eylem niteliğinde pek çok idari faaliyette bulunur. İdarenin kamu düzenini sağlamak amacıyla kolluk alanında yaptığı idari işlemler maddi bakımdan, genel düzenleyici işlem, birel işlem veya genel karar şeklinde olabilir⁸⁷. Bu anlamda afete maruz bölge kararı,

⁷⁹ YAŞAR, Hasan Nuri: İdare Hukuku, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2016, s.544-545.

⁸⁰ İdarenin sorumluluğu noktasında aslında daha çok terör olaylarından doğan zararlara ilişkilendirilen sosyal risk ilkesinin, içerik olarak gelişmeye açık olduğu gerekçesiyle, günümüzde doğal afetler nedeniyle de gündeme gelebileceğine dair görüşler bulunmaktadır. Bu yöndeki görüşler için bkz. YAŞAR, Hasan Nuri: “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, İÜHFMD, 66(1), 2008, s.218; ÇITAK, Halim Alperen: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.151-152.

⁸¹ YILDIZ, Hayrettin: “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi”, TBB Dergisi, (116), 2016, s.135.

⁸² ÇAGLAYAN, Ramazan: Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, 1. Baskı, Asil Yayınevi, Ankara 2007, s.330.

⁸³ YILDIZ, s.149.

⁸⁴ ÇITAK, s.88.

⁸⁵ AKYILMAZ, Bahtiyar: “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, GÜHFMD, 9(1-2), 2005, s.189.

⁸⁶ GÜRSEL, Esin: Kentsel Dönüşüm 6306 sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.30.

⁸⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare Hukuku, s.634.

alındığı anda o bölgede bulunan sayıları belirli veya belirlenebilir daha fazla kişi ya da nesneyi etkileyebilecek nitelikte bir karar olduğundan ‘genel’e etkili bir kararken; belirli bir hukuki duruma yönelik geçici nitelikte bir karar olup genel düzenleyici işlemin ‘soyut’ ve ‘sürekli’ olma niteliklerini haiz olmadığından maddi açıdan ‘genel karar’olarak kabul edilmelidir⁸⁸. O halde 7269 sayılı Kanun uyarınca afete maruz bölge kararı, faaliyetin konusu bakımından idarenin kolluk alanında yaptığı, maddi bakımdan ise ‘genel karar’ şeklindeki bir idari işlemdir.

7269 sayılı Kanun ile öngörülen tedbirlerin alınması ve yardımların yapılabilmesi için afete uğramış veya uğrayabilir bölgelerin, kanunun 2. maddesi uyarınca afete maruz bölge olarak kararlaştırılması ve ilan olunması gerekmektedir. Ancak afete maruz bölge kararının hangi hallerde verilebileceğine ilişkin bu maddede bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda kanunun uygulama alanını düzenleyen birinci maddesine bakmak gerekecektir. Buna göre afete maruz bölge kararı, deprem, heyelan, yangın, sel, çığ, kaya düşmesi gibi doğal afetlerde; binaları ve kamu tesisleri umumi yaşama etkili⁸⁹ olacak şekilde hasara uğrayan veya uğraması muhtemel olan bölgeler hakkında alınacaktır⁹⁰.

7269 sayılı Kanun uyarınca afete maruz bölge kararının, afet öncesinde afete uğrama ihtimali olan bölge (heyelanın meydana gelme ihtimali olan bölge) hakkında verilmesi gerekebileceği gibi afet sonrasında afete uğramış bölge (heyelanın meydana geldiği bölge) hakkında da verilmesi gerekebilecektir. O halde heyelanın meydana geldiği veya meydana gelme ihtimali olan bölgeler, taşıdıkları risk sebebiyle imar planına işlenerek afete maruz bölge olarak kararlaştırılmalıdır. İdare, o bölgede imar mevzuatından doğan imar planlama ve ruhsat verme gibi faaliyetlerini de bu gerekliliğe uygun olarak yürütmelidir. Aksi halde illiyet bağı kurulan durumlarda, idarenin yürüttüğü faaliyetleri gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan kusur sorumluluğu ortaya çıkabilecektir. Bu durumda idarenin, bilimsel verilere dayanarak bölgede heyelan riski olup olmadığını analiz edip risk olması durumunda ise bölgeyi yapılaşmaya açmayarak 7269 sayılı Kanun uyarınca afete maruz bölge uygulamasına gitmesi ve devamında öngörülen pek çok tedbiri alması gerekirken aksi yöndeki davranışları nedeniyle ortaya çıkan zararlardan hizmet kusuru bakımından sorumlu tutulacağına dikkat çekilmelidir.

Yukarıda da değinildiği gibi Danıştayın heyelan nedeniyle idarenin sorumluluğu hakkındaki kararları incelendiğinde söz konusu kararlarında, afete maruz bölge kararı esasına dayandığı görülmektedir. Danıştay yayımlanmamış bir kararında, taşınmazın heyelan nedeniyle tahliye edilmesi sonucu uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan bir davada,

“...taşınmazının bulunduğu bölgenin sondaj şartlı alanlarda kalıp kalmadığı, kalıyorsa buna uygun şekilde imar planına işlenip işlenmediği ve dolayısıyla bu gerekliliğe uygun şekilde yapı ruhsatı düzenlenip düzenlenmediği, davacı taşınmazının heyelana maruz kalan ya da kalacak alanda bulunup bulunmadığı, yapının kullanılmasında fen ve sağlık yönünden sakınca olup olmadığı konularında duraksama bulunmaktadır...”

diyerek değinilen konular netleştirilmeden heyelan nedeniyle idarenin sorumluluğu hakkında hüküm kurulamayacağına dikkat çekmiştir⁹¹.

Danıştayın, bölgedeki umumi hayata müessir nitelikte heyelan riski sebebiyle afete maruz bölge olduğu ilan edilen yerlerde bulunan taşınmazlar bakımından, bölgenin bilimsel, jeolojik veriler göz önünde tutulmadan planlamaya konu edilerek yapılaşmaya açılması sonucu taşınmaz edinenlerin, bölgenin daha sonradan afet bölgesi olarak ilan edilmek suretiyle yapı ve ikamet bakımından yasaklanması nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi gerektiğine hükmettiği çok sayıda kararı bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle Danıştay bu anlamda, umumi hayata müessir nitelikte heyelan riski sebebiyle afete maruz bölge ilan edilen alanda bulunan, bu sebeple ilgili mevzuat uyarınca hakkında yıkım ve/veya tahliye kararı verilen taşınmazlara ilişkin uğranılan zararın tazmini için açılan davalarda, idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için taşınmazın afete maruz bölge olarak ilan edilen alanda kalmasını yeterli görmektedir. Bu anlamda idarenin sorumluluğuna gidilebilmesini, söz konusu taşınmaz hakkında tahliye ve/veya yıkım işlemlerine başlanmış olması şartına bağlamamaktadır. Danıştay bu yöndeki bir kararında,

“...insanların can ve mal güvenliğinin tehlikeye düşmesi nedeniyle bu bölgeler için Afete Maruz Bölge Kararı alınması, bu alanlarda kalan konutların güvenli bir bölgeye nakledilmesi gerektiğinin belirtilmesi, taşınmazın davalı idarelerce tahliye edilmemesine ve yıkılmamasına karşın, ruhsatlı yapının Afete Maruz Bölge ilan edilen alanda kalması ve yapının kullanılabilmesi için zorunlu olan fen ve sağlık kurallarına uygunluğunu yitirmesi nedeniyle davacı açısından gerçek bir zararın doğmadığından söz edilmesine olanak bulunmadığından...”

diyerek kararı bozmuştur⁹².

⁸⁸ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, İdare Hukuku, s.393-395; YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri, Cilt II, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.98-99.

⁸⁹ Meydana gelmiş ya da gelmesi muhtemel olan bir afetin o yerin genel hayatına etkili olup olmadığına ise 7269 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan “Afetlerin Genel Hayata Etkililiğine İlişkin Temel Kurallar Hakkında Yönetmelik” (RG: 21.09.1968, 13007) uyarınca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı (İmar ve İskan Bakanlığı ifadesi, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı olarak aktarılmıştır.) karar verecektir. (m.6). Yönetmelikte, hangi olayların genel hayatı etkiler nitelikte olduğunu tespit etmeye yarayan birtakım ölçütler belirlenmiştir. GERAY, s.65. Yönetmeliğin 2., 3., 4., ve 5. maddelerinde, meydana gelmiş veya gelmesi muhtemel afetlerin, o yerin genel hayatına etkili olup olmadığını tespit edebilmek amacıyla dikkate alınması gereken hususlar öngörülmüştür.

⁹⁰ GÜRSEL, s.31.

⁹¹ Danıştay 6.D. 28.09.2009, E.2009/2354, K.2009/8732.

⁹² Danıştay 6.D. 10.09.2013, E.2013/549, K.2013/4734, DD, (134), 2013, s.276-284. Danıştayın benzer yönde yayımlanmamış kararları da bulunmaktadır. Danıştay 6.D. 04.12.2013, E.2013/550, K.2013/7859; Danıştay 6.D. 26.02.2013, E.2012/3168, K.2013/1153.

Danıştayın heyelan riski bulunan alanın sonradan afete maruz bölge ilan edilmesi suretiyle bölgede yapılaşmaya ve ikamete müsaade edilmemesi sonucu ortaya çıkan arsa değer kaybından dolayı da esasında idarenin hizmet kusuru ilkesi kapsamında sorumlu olması gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle Danıştay bu durumda arsa değer kaybı nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için arsanın afete maruz bölge ilan edilen yerde alanda kalmasını yeterli görerek arsa değer kaybını da hizmet kusuru ilkesi uyarınca tazmin edilecek gerçek zarar kapsamında değerlendirmektedir.

Danıştay bu yöndeki yayımlanmamış başka kararında, bölgedeki umumi hayatı etkileyecek derecede heyelanın olduğuna yönelik bilimsel çalışmalarda değinilen ve idarelerin de bilgisi dâhilinde olan jeolojik tespitler göz önünde tutulmadan bölgenin planlama faaliyetlerine konu edilerek arsa üretilmesine ve bu yolla üzerinde yapı tesis edilmesine olanak sağlandığına dikkat çekmektedir. Danıştay, bu şartlar dâhilinde taşınmaza sahip olanların, bölgenin sonradan afet bölgesi olarak ilan edilmesi ve yapı ve ikamete kapatılması nedeniyle arsanın değerinde ortaya çıkan azalmanın hizmet kusuru olan idarelerce tazmini gerektiğini ifade ederek afetin meydana gelmesinden sonra yapılaşmaya uygun olmayan bölgede yer alan arsada ortaya çıkan değer kaybından idarenin kusur sorumluluğu uyarınca sorumlu olduğuna hükmetmiştir⁹³.

Danıştay bu kararında, idarenin bu bölgeyi herhangi bir zamanda ve koşulda, hiçbir biçimde imara açmaması ve bu bölge üzerinde yapılaşmaya izin vermemesi gerektiği halde, söz konusu dikkat ve özeni göstermediğinden hareketle arsa değer kaybından hizmet kusuru ilkesi gereğince sorumlu olması gerektiğine dayanmaktadır. Anlaşılacağı üzere Danıştay, arsa değer kaybı nedeniyle idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğuna gidilebilmesi bakımından da taşınmaza ilişkin tahliye veya yıkım kararı verilmesine rağmen idare tarafından tahliye edilmemiş veya yıkılmamış olduğu halde, söz konusu taşınmazın bulunduğu bölgenin sonradan heyelan riski sebebiyle afete maruz bölge ilan edilen alan içerisinde kalmasını yeterli görmektedir. Buna göre heyelan riski nedeniyle can ve mal güvenliğinin sağlanması amacıyla afete maruz bölge ilan edilen yerlerde bulunan taşınmazlar bakımından, idare tarafından henüz tahliye edilmemiş ve/veya yıkılmamış olsa da afete maruz bölge olarak ilan edilen yerde kalması nedeniyle zararın gerçekleşmiş olduğundan bahisle idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

B. İdarenin Tehlikeli Yapılara İlişkin Yıkım, Tahliye vs. Yetkileri Bakımından Sorumluluğu

7269 sayılı Kanunun 2. maddesine göre, doğal afetler nedeniyle hasar görmüş veya hasar görme ihtimalinin olduğu bölgelerin, can ve mal güvenliğinin sağlanması amacıyla afete maruz bölge olarak kararlaştırılıp ilan edileceğine yukarıda değinilmiştir. Kanun ayrıca afete maruz bölge ilan edilen yerde bulunan, bu nedenle de can ve mal güvenliği bakımından risk taşıyan yapıların, sahipleri tarafından verilen süreler içinde tamir edilmesi veya tamiri mümkün olmaması halinde ise yıkılması; aksi halde idare tarafından yıktırılması, tahliyesi gibi hususlarla ilgili olarak çok ayrıntılı düzenlemelere yer vermiş, bunlara ilişkin usul ve esasları belirlemiştir. Önceden de belirtilmiş olduğu gibi Kanunda öngörülen gerek afete maruz bölge kararı gerek sonrasında afete maruz bölge ilan edilen yerde bulunan can ve mal güvenliği bakımından risk taşıyan yapılara ilişkin söz konusu yetkiler, idarenin asli ve sürekli nitelik arz eden faaliyetlerinden kolluk faaliyetleri arasında yer almaktadır.

Kanunun 3. maddesine göre afete maruz bölge olarak belirlenen afet bölgelerinde, inşa edilecek, değiştirilecek veya genişletilecek veya tadilatla uğrayacak resmi veya özel yapılar hakkındaki hususlar, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenecektir. Değinilen hususlar ise “Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik”⁹⁴le tespit edilmiştir. Kanunun 3/3. maddesi uyarınca söz konusu yönetmelikle tespit edilen hususlara aykırı olarak tesis edilen yapıların sahiplerine, en fazla üç ay içerisinde yapılarıdaki hata veya tehlikeli durumun giderilmesi gerektiği tebliğ edilir⁹⁵. Verilen süre içerisinde sahipleri tarafından düzeltilmeyen bina veya bina kısımları belediye ile mücavir alan sınırları içerisinde belediye encümenleri tarafından; öteki alanlarda ise il veya ilçe idare kurullarınca yıktırılır. Yıkım masrafları, yetmesi halinde yıkımdan elde edilen malzemeden karşılanır. Yetmemesi durumunda afetler fonundan karşılanır, gerekli kontrol ve denetimleri yapmak konusunda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı yetkilidir. (m.3/4, 5)⁹⁶. O halde söz konusu yıkım faaliyeti, ancak hukuki dayanağı olan 7269 sayılı Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda başvurulacak bir tedbirdir⁹⁷.

Kanunda yukarıda değinilen düzenlemelerden başka kolluk faaliyetleri de öngörülmüştür. (m.13, 14, 15). Kanunun 13/a maddesi uyarınca afet sonrasında ilgili Bakanlık tarafından kurulacak fen kurullarınca, afetin yaşandığı bölgedeki arazi ile bütün binalar değerlendirilerek hasar tespit raporu hazırlanır. Söz konusu rapor gereğince bölgenin arazi yapısının tehlike arz etmesi ve binanın hasar nedeniyle yıktırılması ve boşaltılması gerekmesi halinde söz konusu il veya ilçenin en büyük mülki idare amirine bir rapor sunulur. İlgili makamlar tarafından söz konusu binalar hemen tahliye ettirilir. Yıkılması gerekenler hakkında en fazla üç gün süre verilerek tehlikenin giderilmesi gerektiği binanın sahiplerine bildirilir. Bildiriye karşı bina sahibi

⁹³ Danıştay 6.D, 01.10.2013, E.2013/6263, K.2013/5442. Danıştayın benzer yönde yayımlanmamış başka kararları da bulunmaktadır. Danıştay 6.D, 11.02.2016, E.2013/8187, K.2016/550; Danıştay 6.D, 11.02.2016, E.2013/8428, K.2016/553. Danıştayın aksi yöndeki yayımlanmamış kararı için bkz. Danıştay 6.D, 27.11.2012, E.2012/488, K.2012/677.

⁹⁴ RG: 14.07.2007, 26582.

⁹⁵ Bu yönetmelikle tespit edilen hususları yürütmekle görevli idareler, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde ilgili belediyeler; bunun haricinde kalan alanlarda vali ve kaymakamlardır. (7269 sayılı Kanun m.3/2).

⁹⁶ Kanunda, “Afet bölgelerinde yapılacak teknik işler” kapsamında da yukarıda değinilen düzenlemelere paralel pek çok kolluk yöntemi öngörülmüştür. (m.13, 14, 15).

⁹⁷ YASİN, Melikşah: İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.20.

veya vekilinin, yetkili idare kurullarına üç gün içinde itiraz etmesi mümkündür. İdare kurulları itiraz hakkında en fazla üç gün içerisinde karar verir. Süresinde itiraz edilmemesi veya itiraz üzerine idare kurulları tarafından yıkılması onaylanan binalar mal sahibince yıkılmazsa bu binalar el koyulmak suretiyle mahallin en büyük mülki idare amirinin emri gereğince yıktırılır. Yıkım masrafları yıkımdan elde edilen malzemenin bedelinden karşılanır. Anlaşılacağı üzere değinilen idarelere, afet bölgelerindeki binaları denetleme yetkisi ve görevi verilmiştir.

Kanunun 13/b maddesi uyarınca afet bölgelerindeki hasar görmüş, bununla birlikte tamir yapılmak suretiyle güvenli hale getirilebilecek binaların ise bir yıl içinde tamir ettirilmesi mümkündür. Ancak fen kurullarının öngöreceği şartlara uygun olarak tamir edilinceye kadar bu binaların içerisine girilmesine, binalarda ikamet edilmesine müsaade edilmez. Hasar görmüş bu binalar bir yıl içerisinde onarılmazsa ve itiraz olmazsa yıktırılır.

Kanunun 13/ç maddesine göre ise yer kayması, kaya düşmesi gibi afetlerde, can ve mal güvenliğine ilişkin tehlikenin devam etmesi veya güvenliği tehdit eden tehlikenin tekrarlama ihtimalinin bulunması halinde tehlikeye karşı kesin önlem alınıncaya kadar boşaltılan binalarda oturulmasına ya da söz konusu binaların hasar görmesi durumunda tamir edilmesine izin verilmez. Tedbir alınmasının mümkün olmaması halinde ise afet bölgesi içindeki binalar yıktırılır. Ancak ilgili Bakanlıkça afet bölgesindeki arazide afete karşı gerekli önlemlerin alınması, güvenliği tehdit eden tehlikeli binaların yıktırılması ve topluluğun kaldırılarak başka bir alana taşınmasına nazaran mali açıdan daha avantajlı görülürse, bu önlemlerin alınması için gereken ödenek fonndan karşılanır.

Kanunun 14/1. maddesinde, “İkinci madde gereğince tespit ve ilan olunan afet bölgelerine dâhil şehir, kasaba ve köylerde bina ve mesken yapımı, fen kurullarınca tehlikeli görülen ve sınırları krokilerle tespit olunan yerler”in ilgili Bakanlıkça “yapı ve ikamet için yasaklanmış afet bölgeleri” sayılacağı ve bu durumun ilan edileceği düzenlenmiştir. Yasaklanmış afet bölgesi hükmünü uygulamakla görevli idareler, belediyesi bulunan yerlerde belediyeler, bulunmayan yerlerde ise ihtiyar meclisleridir. (m.14/2). Kanunun 14/3. maddesi uyarınca yasaklanmış afet bölgesi hükmüne aykırı hareket edilmesi durumunda söz konusu binalar vali ve kaymakamların emri ile yıktırılır, yıkım masrafları yetmesi halinde yıkımdan elde edilen malzemenin; yetmemesi durumunda afetler fonundan karşılanır.

Yukarıda değinildiği üzere umumi hayata müessir heyelan riski sebebiyle afete maruz bölge olarak belirlenen alanda bulunan taşınmazla ilişkin alınan tahliye ya da yıkım kararlarının idare tarafından henüz yerine getirilmemesi durumunda dahi Danıştayın ruhsatlı binanın afete maruz bölge olarak ilan edilen yerde kalması nedeniyle idarenin sorumlu olduğuna hükmettiği kararları düşünüldüğünde söz konusu taşınmaz hakkında değinilen kararların uygulanması halinde idarenin evleviyetle sorumlu olması gerekecektir. Bu noktada 99. dipnotta da belirtildiği üzere mevzuatla hem belediye hem de merkezi idarenin taşra teşkilatı görevlendirilmiştir. O halde bu noktadaki çalışmalarda, doğal afet risklerine karşı kamu hizmetlerinin sunulması bakımından gerek merkezden yönetimin gerek yerinden yönetimin yükümlülükleri öngörüldüğünden hem merkezden yönetimin hem de yerinden yönetimin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Danıştayın bu yönde, bölgedeki umumi hayata müessir nitelikte heyelan sebebiyle afete maruz bölge olarak tespit edilip ilan edilen yerde bulunan taşınmazlara ilişkin olarak söz konusu taşınmazın, can ve mal güvenliğini korumak amacıyla tahliye edilip yıkılması sonucu oluşan zararların tazmini istemiyle açılan davalarda hizmet kusuru esasına dayanarak idarenin sorumluluğuna hükmettiği kararları bulunmaktadır. Danıştay bu yöndeki yayımlanmamış bir kararında, idarenin bu bölgeyi herhangi bir zamanda ve koşulda, hiçbir biçimde imara açmaması ve bu bölge üzerinde yapılaşmaya izin vermemesi gerektiği halde, söz konusu dikkat ve özeni göstermeyerek imara açtığına hatta yoğun bir biçimde yapılaşmaya müsaade ettiğine dikkat çekmektedir. Buna rağmen daha fazla can ve mal kaybı yaşanmasını önlemek amacıyla bölgenin sonradan afete maruz bölge ilan edilerek var olan yapıların yıkılması gerektiği yönünde alınan kararın hali hazırda en doğru karar olduğunu ifade eden Danıştay, bölgedeki umumi hayatı etkileyecek derecede heyelanın olduğuna yönelik bilimsel çalışmalarda değinilen ve idarelerin de bilgisi dâhilinde olan jeolojik tespitler göz önünde tutulmadan bölgenin planlama faaliyetlerine konu edilerek arsa üretilmesine ve bu yolla üzerinde yapı tesis edilmesine olanak sağlandığına da işaret etmektedir. Danıştay,

“...bölgenin sonradan afet bölgesi ilan edilerek yapı ve ikamete yasaklanan bölgede heyelan sonucu oturulamaz hale gelen yapının can ve mal emniyetini korumak açısından tahliye edilerek yıkılması ile oluşan gerçek zararının, ...Belediyesinin yanısıra afet mevzuatı ile imar mevzuatı açısından görev üstlenen ...Bakanlığı... ile ...Büyükşehir Belediye Başkanlığının hizmet kusurları nedeniyle bu idarelerin oluşan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu bulduklarından, davacının ...zararının (ruhsatlı yapı ve müştemilatları ile arsa değer kayıplarının) bu idarelerce tazmini gerekirken...”

diyerek taşınmazın tahliye edilerek yıkılması ile oluşan gerçek zarardan, davalı idarelerin hizmet kusurları nedeniyle sorumlu olacağına hükmetmiştir⁹⁸. Danıştayın umumi hayata müessir heyelan riski sebebiyle afete maruz bölge olarak belirlenerek yapı ve ikamete kapatılan alanda heyelan nedeniyle oturulamayacak durumda olan binanın, can ile mal güvenliğini sağlamak amacıyla boşaltılması ve yıktırılması sonucu ortaya çıkan zarardan zarar görenin de adeta heyelanın meydana gelmesine yardımcı olacak nitelikteki kusuru ile zararın ortaya çıkmasına katkı sağlaması durumunda dahi, zarar görenin müterafik kusurunun da dikkate alınarak idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacağına değindiği kararları bulunmaktadır. Zira zarar görenin kişi, bizzat zararın önlenmesine engel olmuş veya zararın ağırlaşmasına neden olmuşsa zarara

⁹⁸ Danıştay 6.D, 09.04.2014, E.2013/5207, K.2014/2848. Danıştayın benzer yönde yayımlanmamış kararı için bkz. Danıştay 6.D, 09.04.2014, E.2013/6266, K.2014/2849.

uğrayanın kusurunun durumuna göre idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen ortadan kalkar⁹⁹. Danıştay bu yöndeki yayımlanmamış bir kararında,

“...jeolojik verilere rağmen alanın planlamaya konu edilip arsa üretilerek üzerinde yapılaşmaların gerçekleştirilmesine imkân sağlandığı şartlar altında taşınmaz edinildiğinden, bölgenin sonradan afet bölgesi ilan edilerek yapı ve ikamete yasaklanan bölgede heyelan sonucu oturulamaz hale gelen yapının can ve mal emniyetini korumak açısından tahliye edilmesi ve yıkılması ile oluşan zarardan, hizmet kusurları nedeniyle ...Belediyesinin yanısıra afet mevzuatı ile imar mevzuatı açısından görev üstlenen ...Bakanlığı... ile ...Büyükşehir Belediye Başkanlığı müştereken ve müteselsilen sorumlu olmakla beraber, bilirkişi raporunda yapının imar durumuna göre oldukça ağırlaştırılarak bir anlamda heyelanın meydana gelmesinde yardımcı olunduğu yolundaki tespit ile zarar gören davacının zararın oluşmasındaki katkısının da (mütafak kusurları) dikkate alınması...”

gerektiğine hükmetmiştir¹⁰⁰.

Kanunun 15/5. maddesinde ise afetten etkilenmemiş tehlikeli olmayan güvenli bölgelerde gösterilen arsalar üzerinde, ilgililere ilk barınma tedbiri olan geçici baraka yapımına müsaade edilebileceği öngörülmüştür. Buna göre imar planının bulunduğu yerlerde, afetin yaşanmasından; imar planı bulunmayan veya değişikliğe uğrayan veya yerleri değiştirilecek olan kasaba ve şehirlerde, yeni yapılan planların onaylandığı tarihten itibaren, bu türden geçici inşaatın, bir yıl içinde sahiplerince yıkılması gerekmektedir. Sahiplerince yıkılmaması durumunda ise mahallin en büyük mülki idare amirinin emri uyarınca belediyelerce yıkım faaliyeti yürütülür, yıkım masrafları yıkıntı bedelinden ödenir. Gerekmesi durumunda bir yıllık süre ilgili Bakanlıkça uzatılabilir.

Bu başlık altında heyelan riski nedeniyle ele alınan Danıştay kararlarına bakıldığında, söz konusu kararların idarenin hizmet kusuru esasında şekillendiği görülmektedir. Bu nedenle bu başlıkta Danıştay kararlarının gerekçelerinden hareketle idarenin heyelan riskine ilişkin kolluk faaliyetleri ve hizmet kusuru teşkil eden haller tespit edilmeye çalışılmıştır. Kanımızca da idarenin gerekli denetim ve incelemeleri yaparak heyelan riski bulunan bölgede, 7269 sayılı Kanun uyarınca afete maruz bölge uygulamasına gidebileceği ve öngörülen bir dizi tedbiri alabileceği durumda, bölgeyi yapı ve ikamete açmasından dolayı hizmet kusuru ilkesi uyarınca sorumluluğu gündeme gelmelidir.

V. SONUÇ

Doğal afetler nedeniyle idarenin sorumluluğunun esasının tespit edilebilmesi, idarenin doğal afete ilişkin faaliyetlerinin konu bakımından ayrıca ele alınması ile mümkündür. Doğal afetler nedeniyle idarenin sorumluluğunun esas meselesi, konunun başlıca bilinen bütün doğal afetlere ilişkin olarak ve idarenin konu bakımından bütün faaliyetleri bakımından ele alınmasını gerektiren geniş bir konudur. Ancak çalışmanın konusu, konunun sınırlandırılması bakımından, doğal afet türlerinden sadece heyelanın idare hukuku bakımından önemine ilişkin olup idarenin bu konudaki faaliyetlerinden kolluk faaliyetleri ile sınırlanmıştır. Çalışmada heyelana ilişkin idarenin kolluk faaliyetleri, doğal afetler nedeniyle ancak umumi hayatı etkileyecek düzeyde hasar gören veya görme ihtimali bulunan bölgelerde alınacak tedbirler bakımından uygulama alanı bulacak olan 7269 sayılı Kanun uyarınca ele alınmıştır.

Söz konusu kanun, genel olarak afet yönetim faaliyetleri kapsamında idarenin doğal afete ilişkin kamu hizmeti, kolluk ve planlama faaliyetleri bakımından çeşitli hükümler içermektedir. 7269 sayılı Kanun uyarınca alınan afete maruz bölge kararı ve afete maruz bölge uygulaması bakımından öngörülen yıkım ve tahliye yetkileri, bu çalışmada idarenin kolluk faaliyeti ve idari kolluk şeklinde kabul edilmiştir.

Danıştayın heyelan nedeniyle idarenin sorumluluğuna ilişkin kararları incelendiğinde ise konunun genel olarak umumi hayata müessir heyelan riski nedeniyle alınan afete maruz bölge kararı uyarınca heyelan riski altında bulunan taşınmazın afete maruz bölge olarak ilan edilen alanda kalıp kalmaması uyarınca ele alındığı görülmektedir. Danıştayın söz konusu kararları, afete maruz bölge olarak ilan edilen ve bu sebeple ilgili mevzuat uyarınca söz konusu taşınmaz hakkında yıkım, tahliye kararı verilmesinden dolayı ortaya çıkan zararlardan, bilimsel jeolojik veriler dikkate alınmadan imara ve yapılaşmaya konu edilen alanın sonradan can ve mal güvenliğini tehdit ettiğinden bahisle, haklı olarak, idarenin hizmet kusuru ilkesi gereğince sorumlu olacağı yönündedir.

O halde idarenin doğal afet öncesindeki tedbir mahiyetindeki afet zararlarının önlenmesi ve/veya azaltılmasına yönelik faaliyetlerine ağırlık verilmesi gerekmektedir. Çalışmanın konusu özelinde ise idarenin, heyelana ilişkin kamu düzeninin korunmasına yönelik tedbir mahiyetindeki kolluk faaliyeti uygulamaları bakımından gelişen ve değişen teknolojiyi de göz önünde tutarak yükümlülüklerini yerine getirmesi ve bu konuda kendisinden beklenen düzeyde gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerektiğini ifade etmek gerekecektir.

Bu noktada son olarak ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edeceğini düşündüğümüz bir hususun altını çizmek gerekecektir. İdarenin doğal afetler nedeniyle sorumluluğunun hukuki esasını hizmet kusuru oluşturmakla birlikte bilindiği üzere hukukumuzda bazı hallerde idarenin kusursuz sorumluluğu da kabul edilmektedir. Ancak bu kusursuz sorumluluk hallerinde dahi illiyet bağının varlığı dikkate alınmalıdır. Bu anlamda doğal afet zararlarının tazmininde sosyal risk ilkesinin kabulü yerine, idarenin doğal afetlere ilişkin faaliyetlerinin yürütülmesinde, idareden beklenen standartların gereğini yerine getirip getirmediği hususu dikkate alınarak, hizmet kusuru ilkesi bakımından sorumluluğunun tartışılması gerekmektedir.

⁹⁹ ATAY, İdare, s.787.

¹⁰⁰ Danıştay İDDK, 08.06.2016, E.2015/2670, K.2016/2421. Danıştayın benzer yönde yayımlanmamış başka kararları da bulunmaktadır. Danıştay 6.D, 27.11.2012, E.2012/494, K.2012/6785; Danıştay 6.D, 27.11.2012, E.2012/501, K.2012/6799.

KAYNAKÇA

- Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı: “Açıklamalı Afet Yönetimi Terimleri Sözlüğü”, <https://www.afad.gov.tr/aciklamali-afet-yonetimi-terimleri-sozlugu>, (Erişim: 06.12.2023).
- Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı: “Doğal Afetler”, <https://www.afad.gov.tr/afadem/dogal-afetler>, (Erişim: 06.12.2023).
- Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı: “Türkiye, Afet Farkındalığı ve Afetlere Hazırlık Araştırması Raporu”, 2014, https://www.afad.gov.tr/kurumlar/afad.gov.tr/3923/xfiles/turkiye-afet-farkindaligi-ve-afetlere-hazirlik-arastirmasi_-2014-edited.pdf, (Erişim: 06.12.2023), s.1-72.
- AKGÜL, Aydın: Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, GÜHFD, 9(1-2), 2005, s.185-211.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ARMAĞAN, Tuncay: İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1997.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- ATAY, Ender Ethem: “İdarenin Sorumluluğu”, in Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s.1061-1098.
- AYDIN, Muhammed Ali: İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- BALAMİR, Murat: “Afetlere İlişkin Planlama Etkinlikleri ve Sakınım Planlaması”, Kentsel Planlama Ansiklopedik Sözlük, 2. Baskı, Der. Melih Ersoy, Ninova Yayınları, İstanbul 2016, s.2-6.
- BUCAKTEPE, Adil: “Depremden Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, DÜHFD, 17-18(26-27-28-29), 2012-2013, s.93-122.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, 1. Baskı, Asil Yayınevi, Ankara 2007.
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü: “Riskli Alan İlanı ve Uygulama Klavuzu”, https://webdosya.csb.gov.tr/db/altyapi/icerikler/r-skl-_alan_ilan_ve_uygulama_klavuzu-20180222090434.pdf, (Erişim: 26.03.2023), s.1-50.
- ÇITAK, Halim Alperen: İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre: Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, Kadioğlu Matbaası, Ankara 1983.
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- DURAN, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Etimoloji: “Türkçe Etimoloji Sözlüğü”, <https://www.etimolojiturkce.com>, (Erişim: 06.12.2023).
- GERAY, Cevat: “Yıkım (Afet) Olaylarında Kurtarma, İlk Yardım, Konutlandırma ve Yerleştirme Önlemleri”, Amme İdaresi Dergisi, 10(4), 1977, s.65-84.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, 3. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- GÜNDÜZ, İsmail: Dünyada ve Türkiye’de Afet Yönetimi, Erdem Yayınları, İstanbul 2009.
- GÜRSEL, Esin: Kentsel Dönüşüm 6306 sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejimi, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- KADIOĞLU, Mikdat: Afet Yönetimi: Beklenmeyeni Beklemek, En Kötüsünü Yönetmek, 2. Baskı, Marmara Belediyeler Birliği Kültür Yayınları, İstanbul 2017.
- KADIOĞLU, Mikdat: “Modern, Bütünleşik Afet Yönetiminin Temel İlkeleri”, in Kadioğlu, Mikdat/Özdamar, Emin (ed.), Afet Zararlarını Azaltmanın Temel İlkeleri, Japonya Uluslararası İşbirliği Ajansı (JICA) Türkiye Ofisi Yayınları, Ankara 2008, s.1-34.
- KAPLAN, Onur: İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KOZANOĞLU, Gonca: Türk İdare Hukukunda Doğal Afetler Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- MİLLİYET: “Zonguldak’ta ikinci büyük heyelan! İş makineleri göçük altında kaldı”, 09.12.2023, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/zonguldakta-ikinci-buyuk-heyelan-is-makineleri-gocuk-altinda-kaldi-7047038>, (Erişim: 26.03.2024).
- OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukukunda Kamu Düzenini Kavramı, 1. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, 2. Baskı’dan 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- ÖZKUL, Barış/KARAMAN, A. Erkan: “Doğal Afetler İçin Risk Yönetimi”, TMMOB Afet Sempozyumu, Bildiriler Kitabı, İMO Kongre ve Kültür Merkezi, Ankara 2007, s.251-260.
- ÖZTÜRK, Kemal: “Heyelanlar ve Türkiye’ye Etkileri”, Gazi Üniversitesi Gazi Eğitim Fakültesi Dergisi, 22(2), 2002, s.35-50.
- PAMPAL, Süleyman/ÖZMEN, Bülent: Depremler Doğal Afet Midir? Depremlerle Baş Edebilmek, Eflatun Yayınevi, Ankara 2009.
- ŞAHİN, Ali Utku: “Afet Yönetimi Faaliyetlerinin Kamu Hizmeti Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Tesam Akademi Dergisi, 1(2), 2014, s.7-30.
- ŞAHİN, Cemalettin/SİPAHİOĞLU, Şengün: Doğal Afetler ve Türkiye, Gündüz Eğitim ve Yayıncılık, Ankara 2013.
- TAN, Turgut: İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- TDK Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim: 06.12.2023).
- TEZGİDER, Gülgün: “Afet Yönetimi Sisteminin Tarihsel Gelişimi”, in Özmen, Bülent (ed.), Afet Yönetimi-II, Anadolu Üniversitesi Basımevi, Eskişehir 2017, s.2-35.
- ULUSOY, Ali Dursun: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- UNISDR: Terminology on Disaster Risk Reduction, United Nations, Geneva 2009, https://www.unisdr.org/files/7817_UNISDRTerminologyEnglish.pdf, (Erişim: 14.11.2023).
- YAŞAR, Hasan Nuri: İdare Hukuku, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2016.
- YAŞAR, Hasan Nuri: “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, İÜHFMD, 66(1), 2008, s.201-220.

YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2010.
YEKEBAŞ DEĞİRMENCİ, Dilara: İdare Hukukunda Mücbir Sebep, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul 2023.
YILDIZ, Hayrettin: “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi”, TBB Dergisi, (116), 2016, s.135-178.
YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri, Cilt II, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
YILMAZ, Abdullah: Türk Kamu Yönetiminin Sorun Alanlarından Biri Olarak Afet Yönetimi, Pegem A Yayıncılık, Ankara 2003.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Gonca KOZANOĞLU, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Gonca KOZANOĞLU, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**ORGANİZE SANAYİ BÖLGESİNDE BORÇLUYA AİT OLAN ARSA TAHSİS
HAKKININ HACZİ VE PARAYA ÇEVİRİLMESİ****SEQUESTRATION AND MONETISATION OF THE LAND ALLOCATION RIGHT BELONGING
TO THE DEBTOR IN THE ORGANISED INDUSTRIAL ZONE**Süleyman TOPAK* ID.21492/inuhfd.1428276 **Makale Bilgi**Gönderi: 30/01/2024
Kabul : 08/04/2024**Anahtar Kelimeler***Organize Sanayi Bölgesi,
Arsa Tahsis Hakkı,
Arsa Tahsis Hakkının
Haczi,
Satış,
Paraya Çevirme.***Article Info**Received: 30/01/2024
Accepted: 08/04/2024**Keywords***Organised Industrial
Zone,
Land Allocation Right,
Sequestration of Land
Allocation Rights,
Sales,
Monetisation.***Özet**

4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'na göre bu bölgelerde faaliyette bulunmak isteyen kişilere öncelikle arsa tahsis edilmekte daha sonra arsa üzerinde inşaatın tamamlanması ve mevzuatta belirlenmiş başkaca sorumlulukların yerine getirilmesi ile tapu devri gerçekleştirilmektedir. Arsa tahsis hakkı, doğrudan taşınmazın mülkiyetine ilişkin aynı bir hak değil, şahsi bir haktır. Bu nedenle borçluya ait bu hakkın haczi ve paraya çevrilmesinde İcra ve İflas Kanun'unda taşınırın haczi ve satışına ilişkin düzenlenen hükümlerin uygulanması söz konusudur. Bu manada mahcuz arsa tahsis hakkının açık artırma yoluyla (İİK m.114), pazarlık yoluyla (İİK m.119) veya İİK m.111/a hükmü uyarınca rızaen satışı suretiyle paraya çevrilmesi mümkündür. Satışa ilişkin hangi yöntem tercih edilirse edilsin arsa tahsis hakkı alıcılarının ilgili organize sanayi bölgesinde katılımcı vasfına sahip olabileceklerini belgelendirmeleri ve faaliyette bulunabilmeleri için ilgili organize sanayi bölge müdürlüğünden uygunluk görüşünü almaları zorunludur. Bu çalışmada, ülkemizde faaliyet gösteren organize sanayi bölgelerinde borçluya ait bulunan arsa tahsis hakkının İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca haczi ve paraya çevrilmesine ilişkin usul ve esaslar açıklanmaya çalışılmıştır. Öncelikle arsa tahsis hakkı kavramı ve hukuki niteliği ele alınmış sonrasında arsa tahsis hakkının haczi konusuna değinilmiştir. Son olarak ise hacedilen arsa tahsis hakkının paraya çevrilmesinde izlenecek yöntemler önem arz eden hususlarla birlikte belirtilmiştir.

Abstract

According to the Law No. 4562 on Organised Industrial Zones, land is first allocated to those who want to operate in these zones, and then the title deed is transferred upon completion of the construction on the land and fulfilment of other responsibilities specified in the legislation. The right to allocate land is not a right in rem directly related to the ownership of immovable property, but a personal right. For this reason, the provisions regulated in the Enforcement and Bankruptcy Law regarding the seizure and sale of movables are applicable in the seizure and monetisation of this right belonging to the debtor. In this sense, it is possible to convert the confiscated land allocation right into money through auction (Article 114 of the EBL), through bargaining (Article 119 of the EBL) or through consensual sale in accordance with Article 111/a of the EBL. Whichever method of sale is preferred, it is obligatory for the land allocation right purchasers to certify that they may have the qualification of participant in the relevant organised industrial zone and to obtain the opinion of conformity from the relevant organised industrial zone directorate in order to be able to operate. In this study, the procedures and principles regarding the seizure and monetisation of the land allocation right belonging to the debtor in the organised industrial zones operating in our country in accordance with the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Law have been tried to be explained. Firstly, the concept of land allocation right and its legal nature are discussed, and then the seizure of the land allocation right is discussed. Finally, the methods to be followed in the monetisation of the seized land allocation right are stated together with the important issues.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** TOPAK, Süleyman, "Organize Sanayi Bölgesinde Borçluya Ait Olan Arsa Tahsis Hakkının Haczi ve Paraya Çevrilmesi", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.131-144. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Organised industrial zones with their own specific rules have been established on the land pieces with defined boundaries in order to ensure the structuring of industry in areas deemed appropriate in Türkiye, to prevent unplanned industrialisation and environmental problems, to use resources rationally, to benefit from information and information technologies, and to ensure the development of qualified industrial production.

It is not possible for every real or legal person to directly operate in these zones. There are restrictions in terms of the qualifications of the real and legal persons who can operate. In addition, it is not possible to directly sell land to real or legal persons who want to operate, but it is accepted to allocate the land where they will establish industrial facilities to those who may have the title of participant. The ownership of the lands subject to allocation belongs to the organised industrial zone and the title deed is transferred upon the fulfilment of the conditions specified in the law. Therefore, the right to allocate land is not a right in rem directly related to the ownership of immovable property, but a personal right.

Since the land allocation right is a right belonging to the debtor before the Organised Industrial Zone Directorate, it is possible to seize this right. Since the right to allocate land is a personal right, it is legally recognised as movable property. For this reason, in the seizure and monetisation of this right belonging to the debtor, the provisions regarding the seizure and sale of movables in the Enforcement and Bankruptcy Law are applicable. However, in practice, it is a completely wrong practice to seize and sell in accordance with the rules regarding the seizure and sale of the land allocation right. Since there is no study in the literature on the seizure and sale of the land allocation right in the organised industrial zones, this study has been prepared in order to determine the correct procedures and principles regarding the seizure and conversion of the land allocation right belonging to the debtor in these zones and to fill the gap in this field.

In this study, all laws and regulations related to the subject have been examined and this study has emerged as a result of a deep research. As a result of the research, the following findings were determined.

Since the land allocation right is a right belonging to the debtor before the Organised Industrial Zone Directorate, it is possible to attach this right. Because there is no provision preventing the attachment of this right in the Organised Industrial Zones Law or the Organised Industrial Zones Implementation Regulation. The attachment to be realised shall be made in accordance with the rules of attachment of movables and in accordance with the provision of Article 89 of the Enforcement and Bankruptcy Law, which regulates the attachment of rights and receivables of third parties. However, it is possible that the attachment may have different effects and results depending on whether the land allocation right is finalised or not.

Upon the request for the sale of the land allocation right, an appraisal must be made by the execution manager through an expert in order to determine the value to be taken as basis for the conversion of this right into money. While determining the value of the allocation right, it is not possible to include the land ownership to which the right is attached in the value of the allocation right since it belongs to the organised industrial zone directorate. The price to be determined for the land allocation right should be the current market allocation price determined by the relevant organised industrial directorate on the date of the valuation. However, if there is a building built by the debtor on the land subject to the allocation, which is built above the foundation level and is an integral part, the value of this structure should be seized separately by the creditor and converted into money together with the land allocation right.

The foreclosed land allocation right may be converted into money through auction (Art. 114 of the BEC), through bargaining (Art. 119 of the BEC) or through consensual sale pursuant to Art. 111/a of the BEC. Whichever method specified in the Execution and Bankruptcy Law is preferred in the monetisation of the land allocation right, it is obligatory for the buyers of the allocation right to certify that they may have the qualification of participant in the relevant organised industrial zone and to obtain the opinion of conformity from the relevant organised industrial zone directorate in order to be able to operate. Violation of this restriction in the legislation of the organised industrial zones regarding monetisation may lead to the termination of the tender, and the land allocation right obtained through forced execution cannot be valid before the organised industrial zone.

I. GİRİŞ

Türkiye’de endüstri ve sanayileşme çabaları Cumhuriyetle birlikte yoğunluk kazanarak ekonomik ve toplumsal kalkınmanın temeli olarak görülmüştür. Tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş sürecinde düzensiz yığınlaşmaların önlenmesi, sanayi altyapısının planlanması ve geliştirilmesi bu çabanın ürünü olarak ortaya çıkmıştır¹. Sanayi girişim ve etkileşimlerini artıran, üretim, istihdam ve pazarlama süreçlerinde verimlilik odaklı anlayışın ürünü olarak ülkemizde organize sanayi bölgeleri kurulmuştur². Günümüz itibarıyla Türkiye’de faaliyet gösteren organize sanayi bölge sayısı üç yüz altmıştır³.

Organize sanayi bölgelerinin (OSB) esaslarını belirlemek amacıyla 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu⁴ (OSBK) kabul edilmiştir. Organize sanayi bölgelerinde faaliyet göstermek isteyen kişiler katılımcı olarak nitelendirilmiştir. Katılımcıların, Kanun’un amacına uygun faaliyet gösterecek gerçek veya tüzel kişilerin olabileceği belirtilmiştir. OSB’lerde sanayi tesisi kurarak faaliyet göstermek isteyen katılımcıların doğrudan arsa satın alarak mülkiyete sahip olmaları mümkün görülmemiştir. Zira OSBK m.18 ve Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği (OSBUY) 55.maddesinde, bölgede faaliyette bulunmak isteyen katılımcılara OSB yönetimi tarafından öncelikle geçici arsa tahsisinin yapılacağı, tahsis edilen arsa üzerinde gerekli sanayi tesisi inşaatının tamamlanması ve arsa tahsis bedelinin taksitler halinde ya da defaaten ödenmesini müteakip tapu devrinin gerçekleştirileceği düzenlenmiştir.

Arsa tahsisi, akla gelen ilk mana bakımından taşınmaz mülkiyetini ifade etse de OSB mevzuatında düzenlendiği haliyle doğrudan mülkiyeti ifade etmediği görülmektedir. Uygulamada da arsa tahsisinin haczi ve paraya çevrilmesinde uyulması gereken usul ve esaslara riayet edilmediği ve konunun taşınmaz haczine ilişkin kurallar çerçevesinde ele alındığı görülmektedir. Bu çalışma ile OSB nezdinde bulunan arsa tahsis hakkının haczi ve paraya çevrilmesinde İİK hükümlerine göre uyulması gereken kuralların belirlenmesi ve bu doğrultuda literatüre katkı sağlanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda arsa tahsis hakkı kavramı ve hukuki niteliği öncelikli olarak ele alınacaktır. Daha sonra arsa tahsis hakkının haczi konusu üzerinde durulacak devamında ise haczedilen arsa tahsis hakkının paraya çevrilmesinde izlenecek yol ve yöntemler incelenecektir.

II. ARSA TAHSİS HAKKI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Tahsis, bir şeyi ayırma, taşınır ya da taşınmaz bir eşyayı veyahut maddi veya maddi olmayan bir hakkı belli bir kişiye özgülemedir⁵.

OSBK m.18’de düzenlenen arsa tahsisi ise organize sanayi bölgesinde faaliyet göstermek isteyen gerçek veya tüzel kişilere sanayi tesisi kurmaları için talep edilen arsanın mülkiyetinin devri haricinde özgülenmesidir.

Arsa tahsis sözleşmesinin düzenlenmesi ve arsa bedelinin belirlenmesi, tapu devri, belirlenen ödemelerin zamanında yapılmamasının sonuçları, arsa tahsisinin iadesi ve iptali, tahsis konusu arsanın devri yasağı, arsa tahsisinin iadesi veya iptalinin sonuçları OSB mevzuatında düzenlenmiştir. OSBUY m.55’de; arsa tahsisinin şartları açıklanmış, yine OSBUY m.56/1’de katılımcı ile organize sanayi bölge müdürlüğü arasında Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından hazırlanan tip “Arsa Tahsis Sözleşmesi” düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla OSB’ler tarafından bu bölgelerde faaliyet göstermek isteyen gerçek veya tüzel kişilere ilgili sanayi parsellerinin arsa haliyle doğrudan satışı ve devri mümkün değildir. Öncelikli olarak ilgili arsanın, sanayi tesisi kurulabilmesi amacıyla katılımcıya belli şart ve süreler dahilinde geçici parsel numarasıyla özgülenmesi söz konusudur (OSBUY m.60). Tahsise konu arsa mülkiyetinin kazanılması ise ancak OSB mevzuatında belirlenen şartların tahsis hakkı sahibi tarafından yerine getirilmesi ile mümkündür.

Arsa tahsis sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin mevzuatta düzenleme bulunmamaktadır. OSB ve katılımcı arasında yapılan arsa tahsis sözleşmesinin hukuki mahiyetini, kaynağını TBK m.29’dan alan “taşınmaz satış vaadi sözleşmesi” olarak nitelendirmek doğru olacaktır⁶. Zira taşınmaz satış vaadi sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen, tarafların ileride birbirleriyle asıl sözleşme olarak nitelendirilebilecek ikinci bir sözleşme akdetmek hususunda anlaştıkları ön sözleşmedir⁷.

OSB, arsa tahsis sözleşmesi ile katılımcıya sanayi tesisi inşa etmeye elverişli imarlı parsel teslim etme borcu altına girmektedir⁸. Buna karşın katılımcı gerçek veya tüzel kişi ise tahsis edilen taşınmazın tahmini (geçici) bedelini avans olarak ödeme, ilgili taşınmazda sanayi tesisi kurma, gerekli ruhsatları alarak üretim yapma yükümlülüğü altına girmekte, tahsise konu şartların gerçekleştirilmesini müteakip taşınmaz mülkiyetinin kendisine devredilmesini talep hakkına sahip olmaktadır⁹. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi

¹ CANSIZ, Mehmet/ŞAVLI, Devrim: “Yeni Nesil Sanayi Bölgeleri: OSB’lerde Yenilikçi Dönüşümün Sosyolojisi”, Nevşehir Hacı Bektaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2(Dijitalleşme Özel Sayı), 2022, s.207.

² CANSIZ/ŞAVLI, s.207.

³ <https://www.sanayi.gov.tr/sanayi-bolgeleri/organize-sanayi-bolgeleri-hizmetleri>, (Erişim:15.01.2024).

⁴ RG: 15.04.2000, 24021.

⁵ <https://sozluk.adalet.gov.tr/>, (Erişim: 15.01.2024).

⁶ CANPOLAT, Önder: “OSB’lerde Arsa Tahsisinin Hukuki Niteliği”, <https://arsiv.sanayigazetesi.com.tr/osblerde-arsa-tahsisinin-hukuki-niteligi>, (Erişim: 15.01.2024).

⁷ OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 448; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 235; SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 345; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 241; AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku-Mülkiyet, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.189, 199; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 115.

⁸ CANPOLAT, <https://arsiv.sanayigazetesi.com.tr/osblerde-arsa-tahsisinin-hukuki-niteligi>, (Erişim: 15.01.2024).

⁹ CANPOLAT, <https://arsiv.sanayigazetesi.com.tr/osblerde-arsa-tahsisinin-hukuki-niteligi>, (Erişim: 15.01.2024).

mahiyetinde olan arsa tahsis sözleşmesi ile arsa tahsis hakkı sahibi katılımcı ve OSB arasında, yenilik doğuran inşai bir hak tesis edilmekte ve tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri doğmaktadır¹⁰.

Arsa tahsis hakkının konusu, mülkiyeti OSB'ye ait olan ve üzerinde ancak sanayi tesisi kurulması zorunlu olan imarlı taşınmaz parseldir. Yani arsa tahsis hakkı, Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere ilgili taşınmazın mülkiyetini doğrudan sağlayan aynı bir hak değil sadece mülkiyetin devrini belirli şartların gerçekleşmesi halinde talep etme hakkı tanıyan şahsi bir haktır¹¹. Zira aynı bir hak olan mülkiyet hakkı, malik tarafından eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan, malikin yararlanma, tasarrufla bulunma yetkisine sahip olduğu ve herkese karşı ileri sürülebilen bir haktır¹². Arsa tahsis hakkı ise katılımcıya mülkiyet hakkı vermemekle birlikte, arsa tahsis sözleşmesindeki sorumlulukların yerine getirilmesini müteakip ilgili taşınmaz mülkiyetinin kendisine devir edilmesini talep etme hakkı tanımaktadır. Ayrıca bu hak, hak sahibi katılımcıya; tahsis konusu arsa üzerinde yapılacak inşaat projesinin yapılmasını, yapı ruhsatı ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınması, üretim yapılması hak ve yetkilerini verir.

III. ARSA TAHSİS HAKKININ HACZİ

A. Genel Olarak

Borçlarını kendi rızasıyla ifa etmeyen borçlunun haczi kabil hak ve malları, icra organları tarafından haczedilir. Haczedilen hak ve mallar ise paraya çevrilmek suretiyle alacaklıların alacağı karşılanır.

İcra takibinin kesinleşmesi üzerine alacaklının talebi ile borçlunun kendi elinde bulunan mallar haczedilebileceği gibi üçüncü kişiler nezdinde bulunan taşınmaz malları, hak ve alacakları da haczedilebilir (İİK m.85/1). Ancak borçluya ait mal, hak veya alacakların üçüncü kişide gerçekten mevcut olup olmadığının tespiti gerekmektedir¹³.

Hak, hukuk düzeni tarafından sahibine koruma sağlayan ve bu korumadan yararlanma yetkisi tanınan menfaattir¹⁴. Yani kişiye hukuk düzenince tanınmış bir menfaat sınırlı şekilde¹⁵ korunmuş olsa dahi hak olarak adlandırılmaktadır. İcra hukuku bakımından önemli olan ise borçlunun haczi kabil malvarlığı haklarıdır. Zira malvarlığına dahil olan ya da olma ihtimali bulunan, para ile ölçülebilen ve alacağın tahsiline imkân tanıyan ekonomik değere sahip aynı veya şahsi haklarının haczi mümkündür. Borçluya ait arsa tahsis hakkı da üçüncü kişi konumundaki OSB nezdinde bulunan şahsi bir hak olmakla birlikte malvarlığı değeri oluşturmaktadır. OSB mevzuatında arsa tahsis hakkının haczedilemeyeceğine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut olmadığından bu hakkın haczi mümkündür.

B. Haciz Talebi ve Süresi

Borçlunun OSB'de bulunan arsa tahsis hakkının haczi için mutlaka alacaklının talebi gerekir. Zira icra müdürü, borçlunun arsa tahsis hakkının bulunduğunu bilemeyeceği gibi kendiliğinden de haciz uygulayamaz¹⁶.

Borçlunun OSB'de bulunan arsa tahsis hakkının haczinin istenmesi belli bir süreye tabidir. Bu hakkın haczi, ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde talep edilmelidir (İİK m.78/2). İtiraz veya dava halinde itirazın kaldırılması veya iptali hakkında mahkemelerce verilen kararların kesinleşmesine kadar geçen zaman zarfında veya alacaklı ile borçlunun icra dairesinde taksit sözleşmesi yapmaları halinde taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen zaman, bir yıllık haciz isteme süresinin hesabında dikkate alınmaz (İİK m.78/2).

C. Haczin Yapılması

Borçluya ait arsa tahsis hakkı, İİK m.85 uyarınca genel hükümlere göre haczedilebileceği gibi hamiline ait olmayan veya cirosu kabil bir senetle müstenit bulunmayan alacak mahiyetinde olması nedeniyle İİK m.89 uyarınca da haczedilebilir. Buna göre borçlunun ilgili arsa tahsis hakkının alacaklının talebi doğrultusunda icra müdürünce haczedilmesi üzerine ilgili OSB'ye haciz ihbarnamesi gönderilerek borçlu olan gerçek veya tüzel kişinin arsa tahsis hakkı üzerine haciz konulduğu bildirilmelidir.

İİK m.89 uyarınca OSB'ye yapılan bildirim, haczi tamamlayan bir işlem olmayıp koruma tedbiri

¹⁰ CANPOLAT, <https://arsiv.sanayigazetesi.com.tr/osblerde-arsa-tahsisinin-hukuki-niteliği>, (Erişim: 15.01.2024).

¹¹ Yargıtay 23.HD, 12.05.2016, E.2016/3098, K.2016/3093, www.e-uyar.com, (Erişim: 15.01.2024).

¹² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.5; AYAN, s.31; EREN, s.16-17.

¹³ KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s.459; AKİL, Cenk: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.46-47; ARSLAN, Ramazan: "Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyi Bildirilmesi ve Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(64), 2016, s.3217.

¹⁴ SCHWARZ, Andreas B.: Medeni Hukuka Giriş (Çev: Hıfzı Velet) Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1942, s.96; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, 28. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.133; GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 18.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s.439.

¹⁵ Bazı durumlarda hukuk düzeni hak tanımına rağmen menfaatin korunmasını sınırlı tutmuş olabilir. Örneğin eksik borç olarak adlandırılan kumar ve bahisten kaynaklanan borçlarda (TBK m.604) alacaklı dava veya icra takibi yoluyla borçluyu ifaya zorlayamaz. Ancak borçlu eksik borcu ifa ederse alacaklıdan geri isteyemez. Bu halde menfaatin sınırlı şekilde korunmuş olması korunan menfaatin hak sayılmasına engel teşkil etmemektedir. OĞUZMAN/BARLAS, s.135.

¹⁶ PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 10.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s.161; GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/KODAKOĞLU, Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s.147; KARSLI, Abdurrahim: İcra ve İflas Hukuku, 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s.335-336; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 7.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s.186; AŞIK, İbrahim/ORUÇ, Yakup/TOK, Ozan/SAÇAR, Ömer Faruk: İcra ve İflas Hukuku, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.152; KURU, Baki/AYDIN, Burak: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 8.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s.160; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 9. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s.293-294.

mahiyetindedir¹⁷. Nitekim haciz, icra müdürünün haciz kararı ile gerçekleşmiş olup haciz ihbarnamesinin üçüncü kişiye gönderilmesi, haczedilen alacağın bulunup bulunmadığının tespiti ve varsa alacağın korunmasını amaçlamaktadır¹⁸. Buna göre borçlunun, üçüncü kişiler nezdinde bulunan hak veya alacağının haczi için takibin kesinleşmesi üzerine alacaklı tarafından icra dairesinden talepte bulunulması ve bu talep neticesi icra müdürünün haciz kararı vermesi yeterlidir¹⁹. İsviçre hukukuna göre de borçlunun üçüncü kişilerdeki hamiline veya emre yazılı bir senede bağlanmamış hak veya alacaklarının, icra müdürünün karar verdiği anda haczedilmiş olacağı kabul edilmektedir²⁰. Dolayısıyla İİK m.89'a göre gerçekleşen haciz anı, alacaklının haciz talebinin icra müdürünce kabul edildiği tarih olarak belirlenmektedir.

D. Organize Sanayi Bölge Müdürlüğünün Haciz İhbarnamesine Karşı Tutumu ve Haczin Uygulanması

1. Kesinleşmiş Arsa Tahsis Hakkının Haczi ve Uygulanması

Arsa tahsis hakkının haczedilebilmesi için kural olarak OSB nezdinde borçluya ait kesinleşmiş arsa tahsis hakkının bulunması zorunludur. Nitekim OSBK m.55/3'te, tahsis talebinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin OSB'ye yazılı olarak başvurmaları üzerine tahsis taleplerinin otuz gün içerisinde sonuçlandırılacağı, reddedilen taleplerin gerekçeli ve yazılı olarak Bakanlığa ve talep sahibine en geç on beş gün içerisinde bildirileceği, taleplerin uygun bulunması halinde ise başvuru tarihindeki parsel tahsis fiyatı esas alınarak yatırımın ihtiyaç duyduğu alan büyüklüğüne göre parsel tahsis edilerek ilgililere yazılı olarak bildirileceği düzenlenmiştir. Yine aynı maddede arsa tahsisinin, yönetim kurulunun tahsis kararını müteakip OSB tarafından on iş günü içerisinde ilgililere yazılı olarak bildirileceği ve tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tip arsa tahsis sözleşmesinin imzalanması ile kesinleşeceği; tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içerisinde talep sahibince sözleşme imzalanmaması durumunda ise tahsis kararının geçersiz sayılacağı belirtilmiştir. Buna göre borçluya ait arsa tahsis hakkının haczi için öncelikli olarak ilgili OSB nezdinde kesinleşmiş bir tahsis hakkının varlığı gereklidir.

Borçlunun, OSB nezdinde arsa tahsis hakkının haczedildiği haciz ihbarnamesi ile bildirilen ilgili OSB, takip borçlusunun uhdesinde kesinleşmiş arsa tahsis hakkının bulunup bulunmadığını ihbarnamenin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine yazılı veya sözlü olarak iletmelidir (İİK m.89/2). Borçlunun kesinleşmiş arsa tahsis hakkının bulunması halinde ise bu hak üzerine ilgili OSB tarafından haciz şerhi işlenmeli ve icra dairesine haciz şerhinin işlendiği bilgisi verilmelidir. İlgili haciz tarihi ise haciz ihbarnamesinde haciz talebinin icra müdürünce kabul edildiği tarih olarak kayıtlara işlenmelidir²¹. Zira borçlunun tahsis hakkı üzerinde birden çok haciz bulunması halinde sıra cetveline esas alınacak haciz alacaklılarının sırası bu tarihe göre belirlenecektir.

Borçlunun kesinleşmiş arsa tahsis hakkı şahsi bir alacak hakkı olduğundan İİK m.89 haricinde genel kurallar çerçevesinde İİK m.85 uyarınca da haczedilebilir²². Bilindiği üzere haciz, icra müdürünün haciz iradesini açıklamasıyla tamamlanır²³. Haczin alacaklı bakımından beklenen neticeyi vermesi haczin üçüncü kişiye bildirilmesiyle olur. Üçüncü kişiye haciz ihbarnamesinin gönderilmesi, üçüncü kişideki alacağın muhafazasına hizmet eder²⁴. Zira İİK m.85 uyarınca haczedilemeyecek bir hak için İİK m.89'a göre koruma sağlamak zaten mümkün değildir.

Borçlunun kesinleşmiş arsa tahsis hakkına haciz konulması üzerine ilgili OSB tarafından icra dairesine verilecek cevapta, arsa tahsis bedellerinin tamamen ödenmiş olup olmadığı veya borçlunun başkaca maddi sorumlulukları var ise bunların da ayrıca bildirilmesi gerekmektedir. Zira uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere arsa tahsis bedelinin genellikle taksitle ödenmesi söz konusu olduğundan taksit ödemelerinin devam ettiği süreçte gerçekleştirilen haciz neticesi OSB'ye ödenmesi gereken bakiye arsa tahsis bedellerinin ve varsa borçluya ait başkaca maddi sorumlulukların tespiti gereklidir. Çünkü OSBK m.15/3'te belirttiği üzere tahsis hakkı sahibinin OSB'ye karşı tahsis hakkı ve katılımcı olmasından kaynaklı borçları OSB'nin rüçhanlı alacakları mahiyetindedir. Dolayısıyla bu bedellerin tam olarak tespiti, satış ve paraların paylaşılması aşamaları bakımından önem arz eder.

2. Kesinleşmemiş Arsa Tahsis Hakkının Haczi ve Uygulanması

Borçlunun OSBK m.55/3'e göre arsa tahsis başvurusunda bulunduğu ancak henüz tahsis kararının kesinleşmediği süreçte icra müdürünün verdiği haciz kararının niteliği ve OSB tarafından nasıl uygulanacağı da belirlenmelidir. Kanımızca bu durum beklenen hakların haczi çerçevesinde çözüme kavuşmalıdır.

Öğretide hak terimine ilişkin birçok tanım olmasına rağmen beklenen hak kavramı doğrudan

¹⁷ HUNKELER, Daniel: Kurzkommentar - SchKG, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014, s.489; KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/ VOCK, Dominik: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 20.Auflage, Navigator.CH, Zürich, 2017, s.669; KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren: SchKG Kommentar, 20.Auflage, Navigator.CH, Zürich, 2020, s.343; POSTACIOĞLU, İlhan: İcra Hukuku Esasları, 4.Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982 s.421; JAEGER, Carl/WALDER, Hans Ulrich/KULL, Thomas M./ KOTTMANN, Martin: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1997, s.512; YAVAŞ, Murat: Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, 1.Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.19; AKİL, s.52; ARSLAN/YILMAZ/ TAŞPINAR-AYVAZ/HANAĞASI, s.270.

¹⁸ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, s.512; KULBAY KIVANÇ, Duygu: "Muhafaza Tedbirleri Olarak Haciz İhbarnameleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(54), 2005, s.490; AKİL, s.52-53; ARSLAN, s.3222.

¹⁹ KULBAY KIVANÇ, s.490; Aynı yönde Yargıtay 12.HD 17.01.2000, E.1999/16978 K.2000/1239, Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

²⁰ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, s.513; HUNKELER, s.489; KOSTKIEWICZ/VOCK, s.669; KOSTKIEWICZ, s.343.

²¹ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, s.513; HUNKELER, s.489; KOSTKIEWICZ/VOCK, s.669; KOSTKIEWICZ, s.343.

²² YAVAŞ, s.195.

²³ POSTACIOĞLU, s.291; AKİL, s.165; ARSLAN, s.3219; KULBAY KIVANÇ, s.490.

²⁴ YAVAŞ, s.19; AKİL, s.166.

tanımlanmamıştır. Ancak beklenti kavramının esas olarak şarta bağlı işlemlerde ve şarta bağlı hak sahibinin hukuki durumunu açıklamak üzere kullanıldığı ifade edilmiştir²⁵. Nitekim beklenen bir hakka kavuşma, şartın gerçekleşmesine bağlı görülmüştür²⁶. Dolayısıyla beklentiye meydana getiren, şarta bağlı işlemlerdir. Şart tarafların anlaşmasına dayalı olabileceği gibi kanundan da kaynaklanabilir²⁷. Her iki durumda da hak sahibi henüz beklenen hakkı kazanamamış olup hak kazanmaya yönelik bir beklentisi bulunmaktadır²⁸. Bu haklar aynı zamanda beklentinin hukuki niteliğini yani beklenen hakkın aynı bir hak mı yoksa şahsi bir hak mı olduğunu da belirler²⁹. O halde beklenen haklar, hak sahibinin giriştiği hukuki bir ilişki gereği erteleyici şarta bağlanmış ve malvarlığına dahil olma beklentisi bulunan haklar olarak tanımlanabilir.

İİK m.85’de, borçlunun kendi yedinde veya üçüncü şahıslardaki alacak ve haklarının haczedilebileceği belirtilmiştir. Yine İİK m.89’da borçlunun üçüncü şahıs nezdinde, hamiline ait olmayan ve cirosu kabil bir senede dayanmayan alacak veya sair bir talep hakkının haczedilebileceği düzenlenmiştir. Kanunun açık düzenlemeleri gereğince yukarıda tanımlanan ve borçlunun gelecekte kavuşmayı beklediği haklarının haczedilebileceğinin kabulü gerekmektedir³⁰. Bu şekilde erteleyici şarta bağlı hakların haczi bakımından mevcut bir hukuki ilişkinin bulunması gerekli ve yeterlidir³¹. Beklenen hakkın ileride doğmama ihtimalinin bulunması bu hakkın haczedilmesini engellemektedir³². Zira mevcut bir hukuki ilişkiye bağlı olmayan, ümit ve hayale dayalı bir hak ancak beklenen hak olarak nitelendirilmeyecektir³³.

Hukuki bir ilişkiden kaynaklı şart gerçekleşmedikçe borçlu lehine hak doğmayacaksa da meydana gelmesi beklenen hak ya da haklar bulunduğu müddetçe bu hakların haczi mümkündür³⁴. Çünkü borçlunun, beklenen hakları üzerinde sonradan tasarruf yetkisine sahip olması şartıyla, şartın gerçekleştiği tarihten öncesinde dahi tasarruf yapma imkanına sahip olduğu unutulmamalıdır³⁵. Bu dönem zarfında haciz konulamayacağı kabulü halinde borçlunun alacaklı zararına işlem yapma ihtimali bulunduğundan borçlu tarafından beklenen haklar üzerinde gerçekleştirilecek olumsuz işlemler nedeniyle takip alacaklısının alacağına kavuşma imkânı ortadan kaldırılmış olacaktır.

Bu açıklamalar ışığında borçlunun beklenen haklarının haczi bakımından borçlu ile üçüncü kişi arasında mevcut bir hukuki ilişkiden kaynaklı hakkın doğma ihtimali yeterli olup, beklenen hakkın doğmama ihtimalinin bulunması söz konusu hakkın haczini engellemektedir³⁶. Haciz, paraya çevrilebilen her türlü hak ve mal üzerine konulduğuna göre borçlunun beklenen ve malvarlığı değerine dahil olabilecek henüz kesinleşmemiş olsa da mevcut bir hukuki ilişkiye bağlı arsa tahsis hakkının haczinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Henüz kesinleşmemiş arsa tahsis hakkının haczi, İİK m.89 hükmü uyarınca düzenlenecek haciz ihbarnamesi ile gerçekleştirilebilir. Ancak bu konuda Yargıtay daireleri arasında görüş birliği bulunmamaktadır. Zira Yargıtay bazı kararlarında üçüncü kişiler nezdinde bulunan henüz doğmamış olan hak ve alacakların İİK m.88’e göre gönderilecek haciz müzekkeresi (yazısı)³⁷ ile haczini mümkün görünürken, bazı kararlarında haciz ihbarnamesi yolu ile haczini mümkün görmektedir³⁸.

Yargıtay’ın, borçlunun üçüncü kişiler nezdindeki beklenen hak ve alacaklarının haczinin İİK m.89 yerine İİK m.88’de öngörülen yöntem çerçevesinde yerine getirilmesi gerektiği görüşüne katılmak kanımızca mümkün değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki İİK m.88 ve m.89, “Mahcuz malların muhafaza tedbirleri” başlığı altında düzenlenmiştir. İİK m.88 “Taşınır haklarında” olup borçluya ait ve borçlunun elinde bulunan taşınırın fiilen haczedilip muhafaza altına alınması hakkında detaylı düzenlemeleri içermektedir. İİK m.89 ise borçlunun üçüncü kişilerde bulunan ve haczedilen hak ve alacakları hakkındaki düzenlemeleri içermektedir. Beklenen bir hakkın henüz borçlu elinde ve hakimiyetinde olamayacağı aşikardır. İİK m.88 uyarınca bir malın muhafaza altına alınması için malın eşya hukuku anlamında somutlaşmış ve sınırları belli bir eşya niteliğinde olması gerekir. Oysa henüz doğmamış ancak doğma beklentisi bulunan bir hak veya alacak eşya niteliğine sahip olmayacağından İİK m.88 uyarınca haczi ve muhafazası mümkün görülmemelidir³⁹. Bu nedenle borçlunun OSB nezdinde beklenen arsa tahsis hakkı somut ve eşya niteliğini haiz olmadığından kanımızca İİK m.89 hükmü uyarınca haczi mümkün görülmelidir.

²⁵ NOMER, Haluk N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s.85.

²⁶ NOMER, s.85.

²⁷ NOMER, s.143.

²⁸ NOMER, s.143.

²⁹ NOMER, s.143.

³⁰ KURU, Baki: Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, 2.Baskı, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 2002, s.129; Akil, s.360; Alman Medeni Usul Kanunu 844.maddesinde (§ 844 ZPO) şarta bağlı alacakların haczedilebileceği açıkça ifade edilmiştir.

³¹ MUSIELAK, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8.Auflage, Franz Vahlen, München, 2011, s.1993; AKİL, s.351.

³² AKİL, s.361.

³³ KURU, Mevduat Haczi, s.127; YAVAŞ, s.169; BAYAR, Arif: Beklenen Mal ve Hakların Haczi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2013, s.25.

³⁴ AKİL, s.360.

³⁵ NOMER, s.108.

³⁶ AKİL, s.361.

³⁷ Yargıtay 12.HD, 13.12.2013, E.2013/30570, K.2013/39931, www.e-uyar.com, (Erişim: 15.01.2024).

³⁸ Yargıtay 23.HD, 17.03.2014, E.2014/375, K.2014/2007, www.e-uyar.com, (Erişim: 15.01.2024).

³⁹ Aynı yönde bkz. Yargıtay 23.HD, 05.07.2013, E.2013/2564, K.2013/4685, www.e-uyar.com (Erişim: 15.01.2024); Yargıtay 23.HD, 24.06.2013, E.2013/3365, K.2013/4320, www.e-uyar.com, (Erişim: 15.01.2024).

Borçlunun kesinleşmemiş arsa tahsis hakkına haciz konulması üzerine ilgili OSB tarafından icra dairesine verilecek cevapta, arsa tahsisinin henüz kesinleşmediği, OSBK m.55/3 gereği belirtilen sürede işlemler ve sorumlulukların yerine getirilmesini müteakip bu hakkın kesinleşeceği, şu aşamada sadece beklenen hak mahiyetinde olan tahsis hakkına haciz şerhi işlendiği ancak Kanun'da belirlenen sorumlulukların borçlu tarafından yerine getirilmemesi halinde tahsis hakkının dolayısıyla haczin hükümsüz hale geleceği bildirilmelidir.

Kesinleşmemiş arsa tahsis hakkının haczini müteakip bu hakkın borçlu adına tesisi ve kesinleştirilmesi için alacaklının OSB yönetimine talepte bulunmasının mümkün olup olmadığı hususu düşünülebilir. Zira İİK m.120/2'de borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağının tahsilinin veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğu dava hakkının kullanılmasının alacaklıya devredilebileceği düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca alacaklıya, borçlusunun alacaklısını takip ve dava ederek kendi alacağının tahsilini sağlamak imkanı tanınmıştır⁴⁰. Kanun koyucu borçluya ait doğmuş bir hak veya alacağın borçlu adına üçüncü kişiden (borçlunun alacaklısından) talep edilebileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla henüz üçüncü şahıs nezdinde doğmamış bir talep hakkının veya alacağın İİK m.120/2 uyarınca alınan yetki ile talep edilebilmesi mümkün değildir. OSBK m.55'de arsa tahsis talebinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerin OSB'ye yazılı olarak başvurmaları üzerine tahsis taleplerinin Kanun'da öngörülen süre ve sıkı şekil şartları çerçevesinde OSB yönetimine sonuçlandırılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla borçlunun başvurduğu ancak henüz kesinleşmemiş olan arsa tahsis hakkının tesisi ve kesinleştirilmesi borçlunun şahsından öte OSB mevzuatında öngörülen şartlara bağlı olduğundan alacaklının icra dairesinden İİK m.120/2 uyarınca alacağı yetki ile bu aşamada borçlunun yaptığı başvurunun kesinleştirilmesini talep edebilmesi kanımızca mümkün değildir.

IV. HACZEDİLEN ARSA TAHSİS HAKKININ PARAYA ÇEVİRİLMESİ

A. Genel Olarak

İcra ve iflas hukukumuzda alacaklının doğrudan borçluya ait haczedilen hak veya mallarla tatmin edilmesi kabul edilmemiştir. Haczin amacı, haczedilen hak veya malların doğrudan ödeme yerine alacaklıya devri olmayıp bunların satılarak alacaklının alacağının ödenmesidir⁴¹.

Haczedilen şey para ise satış safhasına gerek yoktur, doğrudan paraların paylaşılması safhasına (İİK m.138-144) geçilir⁴². Haczedilen şey paradan başka bir şey ise bunların satılarak paraya çevrilmesi gerekir⁴³. Paraya çevirme safhasına geçilmesi için haczin kesinleşmesi gerekmektedir.

Taşınır veya taşınmaz malların paraya çevirme hükümleri arasında İcra ve İflas Kanun'unda farklı ayrımlar öngörülmüştür. Borçlunun, üçüncü şahıs olan OSB nezdinde bulunan arsa tahsis hakkı netice itibariyle arsanın mülkiyetini sağlayan bir hak olsa da taşınmaz mülkiyetinin kazanılması OSB mevzuatında belirlenen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Dolayısıyla arsa tahsis hakkı borçluya ayni değil şahsi bir hak tanır. İİK m.106'da zikredildiği üzere borçlunun üçüncü şahıslardaki hak ve alacakları taşınır hükmündedir⁴⁴. Arsa tahsis hakkı, OSB nezdinde borçluya ait bulunan şahsi bir hak olarak taşınır mahiyetindedir ve taşınır malların satılması hükümleri (İİK m.111/a-119) doğrultusunda paraya çevrilir.

B. Satış Talebi ve Süresi

Arsa tahsis hakkının paraya çevrilmesi için açık bir şekilde⁴⁵ satış talebinde bulunulması gerekir; talep olmaksızın icra müdürünün kendiliğinden satış yapması mümkün değildir⁴⁶.

Geçerli bir satış talebinden bahsedilebilmesi için satış talebiyle birlikte kıymet takdiri ve satış giderlerinin tamamının peşin yatırılması zorunludur (İİK m.106/3).

Satış talebinde bulunabilecek kişi kural olarak alacaklıdır ancak borçlu da haczedilmiş arsa tahsis hakkının satışını talep edebilir (İİK m.113/1).

Alacaklı veya borçlu, arsa tahsis hakkının haczedildiği (ihtiyati veya geçici olarak haczedilmişse haczin kesinleştiği) tarihten itibaren bir yıl içinde satış talebinde bulunabilirler (İİK m.106/1). Bu süre zarfında satış talep edilmezse arsa tahsis hakkı üzerindeki haciz kalkar (İİK m.110/1).

C. Kıymet Takdirinin Yapılması

Alacaklı veya borçlunun arsa tahsis hakkının satışını talep etmesi üzerine bu hakkın paraya çevrilmesinde esas alınacak değerinin belirlenmesi için icra müdürü tarafından kıymet takdirinin yapılması gerekmektedir (İİK m.87, İİK m.128). Arsa tahsis hakkı her ne kadar taşınır hükmünde olsa da sicile kayıtlı taşınmazla ilintili bir hak olduğundan kıymet takdirinin bilirkişi vasıtasıyla yapılması kanımızca zorunludur (İİK m.87/2).

⁴⁰ BULUT, Uğur: İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, 1.Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s.67.

⁴¹ PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.215; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.384; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s.230; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.235; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.281; KURU/AYDIN, s.215.

⁴² PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.215; KURU/AYDIN, s.215; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.235; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.281.

⁴³ PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.215; KURU/AYDIN, s.215; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.235; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.281.

⁴⁴ KARSLI, s.414; ARSLAN, s.3219.

⁴⁵ Yargıtay kararlarında geçerli bir satış talebinden bahsedilebilmesi için hacizli malın satışına ilişkin talebin açık ve sarif bir şekilde belirtilmesi gerektiği, aksi takdirde geçerli bir satış talebi bulunmayacağı istikrarlı bir şekilde kabul edilmektedir. Bkz. Yargıtay 12. HD, 27.03.2023, E.2023/663, K.2023/2061, www.e-uyar.com, (Erişim: 15.01.2024).

⁴⁶ KURU El Kitabı, s.603; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.215; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.384; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s.232; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.237; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.282.

İcra müdürü, arsa tahsis hakkının bilirkişiler tarafından kıymeti belirlenmeden önce mevcut durumunu, tahsis bedelinin tamamının veya bir kısmının borçlu tarafından ödenip ödenmediğini, güncel arsa tahsis bedelinin metrekaresine birim fiyatını ilgili OSB’den talep etmelidir. Zira tahsis hakkına ait arsanın mülkiyeti halen ilgili OSB’de bulunduğu, taşınmazın haczi söz konusu olmamakla birlikte kıymet takdiri yapılacak husus, sadece arsa tahsis hakkının değeri olacaktır. Bu bedelin belirlenmesinde esas alınacak fiyat ise ilgili OSB yönetimince belirlenmiş ve kıymet takdirini yapıldığı tarihteki güncel arsa tahsis bedelidir. Dolayısıyla tahsise konu arsanın değeri, tahsis hakkının kıymetini belirlemede esas alınmaz.

Arsa tahsis hakkının satışa esas bedeli belirlenirken tahsise konu arsada keşif yapılması kanımızca gereklidir. Zira borçlu, tahsis hakkını elde etmesini müteakip arsa üzerinde fabrika inşaatına başlamış olabileceği gibi çoğunlukla mevcut olduğu üzere prefabrik (çelik konstrüksiyon) bir yapı da arsa üzerinde bulunabilir. Prefabrik yapılar betonarme yapıların aksine taşınmaza bağlı olmadığından sökülerek başka yere nakli mümkün yapılardır. Dolayısıyla bu yapılar taşınır yapıdır⁴⁷. Prefabrik yapı taşınır yapı olduğundan taşınmazdan ayrı haczedilip paraya çevrilmesi mümkündür. Alacaklı tarafından bu niteliği haiz yapının taşınır hükümleri doğrultusunda haczinin sağlanması ve taşınır hükümleri doğrultusunda arsa tahsis hakkından ayrı olarak paraya çevrilmesi gerekir. Bu nedenle borçluya ait prefabrik yapı bedelinin arsa tahsis hakkının tespit edilecek kıymetine dahil olması söz konusu değildir.

Arsa tahsis hakkının kıymetinin belirlendiği süreçte tahsise konu arsa üzerinde borçlu tarafından yapılmış ve belli seviyeye gelmiş betonarme bir binanın bulunması da mümkündür. Bu niteliği haiz yapı bedelinin arsa tahsis hakkının kıymetine dahil olması söz konusu değildir. TMK m.684 hükmü gereği bütünleyici parçalar taşınmaz mülkiyetine dahil olup taşınmazdan ayrı haczedilip satılamayacağı için tahsis hakkına konu arsanın mülkiyeti halen ilgili OSB’ye ait olduğundan alacaklı tarafından haczi mümkün değildir. Nitekim haczi mümkün olmayan bir taşınmazın üzerinde inşa edilen betonarme bina, bütünleyici parça olduğundan⁴⁸ taşınmazdan ayrı haczedilmesi ve satılması mümkün değildir. Bu nedenle arsa tahsis hakkının kıymetinin belirlenmesinde arsanın üzerinde borçlu tarafından inşa edilen mevcut betonarme yapı değeri esas alınmaz⁴⁹.

Tahsise konu arsa üzerinde inşa edilmiş betonarme binanın bedeli her ne kadar arsa tahsis hakkının kıymetine dahil edilemeyecek olsa da bu yapının mevcut inşaat seviyesi ve bedelinin bilirkişiler tarafından ayrıca belirlenmesi kanımızca gereklidir. OSBUY m.62’de arsa tahsisinin iptali veya iadesinde arsa üzerine inşa edilmiş ve temel seviyesinin üstüne çıkmış yapıların iptal/iade tarihinden itibaren üç ay içerisinde inşa edilmiş kısmının eski ve yeni katılımcılar tarafından OSB’den uygunluk görüşü alınmasından sonra rızaen belirlenecek bedelinin ödendiğinin belgelendirilmesi şartıyla yeni katılımcıya arsanın tahsisinin yapılacağı; süre bitiminde inşa edilmiş kısmın rızaen satışının yapılmaması halinde ilgili mahkeme tarafından belirlenecek bilirkişi marifetiyle tespit edilen bedel üzerinden OSB tarafından yeni katılımcıya satışının gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, her ne kadar tahsis hakkının OSB tarafından iptali veya hak sahibi tarafından vazgeçilmesi halinde mevcut yapı bedelinin tahsis hakkı sahibi eski katılımcı yararına tasfiyesine ilişkin hükmü ifade etse de cebri icra satışı neticesinde borçluya ait tahsis hakkının iptali söz konusu olacağından kıyasen uygulanması söz konusu olabilir.

OSBUY m.62’deki düzenleme aslen borçlunun tahsise konu arsa üzerinde inşa ettiği ve arsadan ayrı haczedilip satılamayacak yapıya ilişkin imalat bedeli alacağına ilişkindir. Kanun koyucu, OSB’ye ait arsa üzerinde tahsis hakkına dayanılarak inşa edilen betonarme binaların temel seviyesinin üstüne çıkmış olduğu bir zamanda tahsis hakkının ortadan kalkması durumunda yapı sahibinin imalat bedel alacağının belirlenmesini ve tahsis hakkının yeni sahibi katılımcının sebepsiz zenginleşmesinin önüne geçilmesini arzu etmiştir. Bu durumda ortaya çıkan imalat bedeli alacağı arsa tahsis hakkından ayrı ve borçluya ait şahsi bir alacak hakkı olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla borçluya ait imalat bedeli alacağının ayrıca haczedilmesi gereklidir. Bu haczin mevcut olması halinde mevzuatta belirlendiği üzere temel seviyesinin üzerine çıkmış ve bütünleyici parça mahiyetinde bulunan yapının bedeli arsa tahsis hakkından ayrı bir alacak hakkı olsa dahi kanımızca arsa tahsis hakkıyla birlikte paraya çevrilmelidir. Zira her iki hak, aynı taşınmaza bağlı olmakla birlikte mevcut imalat cebri icra satışı neticesinde ihale alıcısı olan tahsis hakkı sahibinin malvarlığına dahil olduğundan ayrı ayrı satışa çıkması ve farklı kişilere ihale edilebilmesi mümkün değildir. Sonuç itibarıyla haczedilen tahsis hakkına konu arsa üzerinde bütünleyici parça mahiyetinde ve temel seviyesinin üzerinde inşa edilmiş bir yapının mevcut olması durumunda arsa tahsis hakkının kıymetine bir etkisi olmaksızın mevcut yapının imalat bedeli bilirkişi tarafından ayrıca belirlenmeli ve ayrı ayrı belirlenen her iki bedel toplamı muhammen bedel olarak satışa esas alınmalıdır.

Haczedilen tahsis hakkına konu arsa üzerinde borçlu tarafından sadece temel atılmış veya temel inşaatı bitirilmiş ancak başkaca hiçbir imalat yapılmamışsa bu kısmın bedeli de kanımızca bilirkişiler tarafından ayrıca belirlenmelidir. Her ne kadar OSBUY’de katılımcının, inşaatı süresinde ya da verilen ek süre içinde bitirmemesi halinde temel atılmış veya temel inşaatı bitirilmiş olsa dahi OSB’nin tahsisi iptale yetkili olduğu, bu durumda katılımcıya ödenecek bedelin sadece arsa tahsisi için ödenen bedelin yeniden değerlendirme oranları doğrultusunda belirlenecek bedel olduğu düzenlenmiş (OSBUY m.62/2-3) olsa da bu

⁴⁷ AKÇAAL, Mehmet: “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Doğrultusunda Muhdesat”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 13(51), 2022, s.80; İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre de çelik konstrüksiyonlu yapılar, taşınır yapı olarak nitelendirilmiştir (BGE 98 II 199 E 2), AKÇAAL, s.80.

⁴⁸ EREN, s.342; AKÇAAL, s.79.

⁴⁹ Yargıtay 12.HD, 22.01.2020, E.2019/549, K.2020/549, Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

hümgn cebri icra satışları bakımından etkisi bulunmamaktadır. Zira bu hüküm arsa tahsisinin iptali neticesinde OSB'ye intikali ve katılımcıya ödenecek arsa tahsis bedelinin belirlenmesi bakımından hüküm ifade etmektedir. Oysa ihalede bu hakkı satın alan kişi borçlu tarafından temel atılmış olmasından dolayı ek bir maddi fayda elde edeceğinden bu imalatın bedelinin muhammen bedel tespitinde dikkate alınmaması doğru olmaz. Dolayısıyla temel inşaatı bitirilmiş olsa dahi bu imalat bedelinin katılımcıya ödenmeyeceği hususunda OSBUY'de düzenlenen hüküm, sadece katılımcı borçlu ile OSB arasında hüküm ifade ettiğinden bilirkişiler tarafından arsa tahsis hakkının kıymeti belirlenirken temel inşaatına ilişkin kısmın bedelinin ayrıca belirlenmesi ve arsa tahsis hakkı ile birlikte cebri icra satışına çıkarılması gerekir.

D. İhale Katılımcılarına İlişkin Sınırlamalar

İcra ve iflas hukukunda hacizli malın satışının temel amacı daha fazla alıcının artırmaya katılması ve satışa konu malın mümkün olan en yüksek bedelle paraya çevrilmesi olduğundan ihaleye katılabilecek kişilerin nitelikleri yönünden sınırlandırma ancak hukuki düzenleme ile mümkündür.

İhale katılımcısı ve alıcısı olmak bakımından OSB mevzuatında bazı kısıtlamalar öngörülmüştür. OSBK m.15/3 uyarınca katılımcıların borcundan dolayı satışına karar verilen taşınmazların icra marifetiyle satışı halinde Bakanlık ve OSB alacaklarının öncelikle ödenmesi koşuluyla, bölgenin kuruluş protokolünde öngörülen niteliklere sahip alıcılara veya kredi alacaklısı kuruluşa satışın yapılabileceği belirtilmiştir. Ayrıca satış ilanlarında, satışın gerçekleştirilebileceği kişiler bakımından kuruluş protokolünde yer alan katılımcı niteliklerine yer verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. OSBK m. 18/6'da ise katılımcılara geri alım hakkı şerhi kaldırılarak tapu verilmesi durumunda tapu kaydına taşınmazın icra yoluyla satışı dahil üçüncü kişilere devrinde OSB'den uygunluk görüşü alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Bu kısıtlamaların her ne kadar OSB tarafından tapu devirlerinin yapıldığı ve mülkiyetin katılımcılara ait olduğu taşınmazların cebri icra marifetiyle satışında hüküm ifade ettiği düşünülse de arsa tahsis hakkının satışında da geçerli olduğu kanımızca kabul edilmelidir. Zira organize sanayi bölgeleri sadece sanayi faaliyetinde bulunmak amacıyla kurulmuş yerler olduğundan bu bölgelerde faaliyette bulunabilecek kişilerin de ancak Kanun'un aradığı niteliklere sahip kişiler olabileceği gözetilmelidir. Bu bölgelerde faaliyette bulunacak yeterliliğe sahip olmayan gerçek veya tüzel kişilerin taşınmazları rızaen dahi devralmaları yasaklanmışken (OSBK m.15/4) nihai olarak OSB mevzuatına uygun faaliyette bulunulacak taşınmazın mülkiyetini sağlayacak arsa tahsis hakkını devralabilecek kişiler bakımından bu kısıtlamaların hüküm ifade etmediğini söylemek kanımızca mümkün değildir. Dolayısıyla OSBK m.15/3 ve OSBK m.18/6'da katılımcılara ilişkin belirlenen kısıtlamaların aynen arsa tahsis hakkının cebri icra marifetiyle satışında da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca katılımcılara ilişkin bu kısıtlamaların, arsa tahsis hakkının sadece açık artırma ile satışı bakımından değil İİK m.111/a uyarınca rızaen satışında ve İİK m.119 uyarınca pazarlık yoluyla satışında da hüküm ifade edeceği unutulmamalıdır. Sonuç itibarıyla, OSB'de bulunan arsa tahsis hakkının veya taşınmazların rızaen veya açık artırma ile satışına iştirak edecek katılımcılar bakımından kanuni kısıtlama getirilmiş olup katılımcıların en geç ihale/satış gün ve saatine kadar organize sanayi bölge müdürlüğünden OSB mevzuatında ve kuruluş protokolünde belirtilen şartları taşıdığına ve ihaleye katılabileceğine dair uygunluk belgesi almaları gerekmektedir.

E. Paraya Çevirme Safhaları

1. Açık Artırma İle Satış

Arsa tahsis hakkı, daha önce değindiğimiz üzere taşınır mahiyetinde olduğundan taşınır malların satılması hükümlerine göre paraya çevrilir. İcra ve iflas kanununa göre taşınır kural olarak açık artırma yolu ile satılır⁵⁰. Bu doğrultuda arsa tahsis hakkının satışının açık artırma suretiyle gerçekleştirilmesi ve paraya çevrilmesi mümkündür.

Açık artırma, elektronik satış portalı ve Basın İlan Kurumu İlan Portalı'nda ilan edilir (İİK m.114/1-2). Satış ilanında OSBK m.15/3 ve OSBK m.18/6'da katılımcılara ilişkin belirlenen kısıtlamaların açık bir şekilde mutlaka belirtilmesi gerekmektedir. Zira ihale alıcısının OSBK'de belirtilen vasıflara sahip olmadığının tespiti halinde arsa tahsis hakkının bu alıcıya intikali mümkün olmayacağı gibi bu durum ihalenin feshi sebebi olarak da ileri sürülebilecektir⁵¹.

7343 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle birlikte arsa tahsis hakkının satışı UYAP elektronik satış portalında açık artırma suretiyle yapılmalıdır (İİK m.111/b). Açık artırma, haczedilen arsa tahsis hakkının belirlenen muhammen bedelinin yüzde ellisi üzerinden başlatılır. Ayrıca artırma bedelinin satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktar ile paraya çevirme masraflarını da geçmesi gerekir (İİK m.115/1). OSB'nin varsa bakiye arsa tahsis bedeli ve mevzuattan kaynaklı başkaca alacakları, rüçhanlı alacak mahiyetinde olduğundan açık artırma bedelinin belirlenmesinde bu alacakların göz önünde tutulması gerekmektedir. Artırmanın sona erdiği gün ve saatte şartların bulunması halinde arsa tahsis hakkı en yüksek teklifi veren kişiye ihale edilmiş olur.

2. İİK m.111/a Uyarınca Borçlu Tarafından Satış

a. Genel Olarak

İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁵² ile İcra ve İflâs Kanunu'nda esaslı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler İcra ve İflâs Kanunu'nun ekonomik ve

⁵⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.218.

⁵¹ Yargıtay 12.HD, 31.10.2016, E.2016/24050, K.2016/22584, Sinerji Mevzuat ve İçtihat.

⁵² RG: 30.11.2021, 31675.

teknolojik gelişmelere uyarlanması ihtiyacından kaynaklanmıştır⁵³.

İlgili Kanun değişikliği neticesinde İİK m. 111/a ile mahcuz malın satış yetkisi bizzat borçluya verilmiştir⁵⁴. Bu yetki ile Kanun'a yeni bir paraya çevirme usulü kazandırılmıştır⁵⁵. Öngörülen çerçevede borçluya tamamen kendisinin belirleyeceği usulle paraya çevirme serbestliği tanınmış olup satış yetkisi almak için alacaklının rızası da gerekli değildir⁵⁶.

7343 sayılı Kanun öncesinde borçlunun sahip olduğu yetki İİK m.113/1'e göre sadece satışı talep edebilmek doğrultusunda yeni düzenlemeyle borçluya satış yetkisi verilmesi öngörülmüştür (İİK m.111/a). Borçlunun kendisi tarafından satış talep edebilmesi (İİK m.106, m.113/1) icra dairesi tarafından gerçekleştirilecek satışı ifade eder. Buna karşılık borçlunun satış yetkisine sahip olması mahcuz malın satışını talep etme ve bu satışı istediği usulde kendisinin yapabilmesi yetkisini kapsar⁵⁷. Netice itibarıyla borçlu, İİK m.111/a uyarınca haczedilen taşınır veya taşınmaz mallarını bizzat kendisi satma yetkisine sahip olmuştur.

İİK m.111/a hükmü uyarınca borçlunun satış yetkisi alabileceği mallardan maksat, borçluya ait haczi kabil olan ve paraya çevrilebilen bütün malvarlığıdır⁵⁸. Borçlunun OSB nezdinde haczedilmiş arsa tahsis hakkı taşınır hükmünde olduğundan İİK m.111/a uyarınca rızaen satışa elverişli malvarlığı değeri olarak kabulü mümkündür.

b. Borçlu Tarafından Satış Yetkisinin Talep Edilmesi

İİK m.111/a, f.1'e göre borçlu, arsa tahsis hakkına ait kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen bu hakkın rızaen satışı için icra dairesinden kendisine yetki verilmesini talep etmelidir. Borçlunun bu süre içindeki talebi üzerine icra müdürü borçluya satış yetkisi vermek zorundadır⁵⁹. Bu hususta icra müdürünün takdir yetkisi yoktur⁶⁰. Sürecin borçlu tarafından suistimal edilmemesi açısından kıymet takdirinin tebliğinden itibaren başlayan sürenin hak düşürücü olduğunun kabulü gerekir⁶¹.

Borçlu, satış yetkisi verilmesi talebini haczi koyan icra dairesine yöneltmelidir⁶². Mahcuz (tahsis hakkı) üzerinde birden fazla icra dairesi tarafından konulmuş haciz var ise borçlu satış talebini dilediği takip dosyasına yöneltebilir. Zira Kanun, talebin bulunacağı icra dairesinin belirlenmesi hususunda bir sınırlama yapmamıştır⁶³.

c. Borçluya Verilen Satış Yetkisi ve Takibe Etkisi

Arsa tahsis hakkına ilişkin kıymet takdirinin kesinleşmesi üzerine icra müdürü, cebri satış işlemlerini durdurarak borçluya on beş günlük süre verir (İİK m.111/a, f.1). Zira kıymet takdirinin kesinleşmesi borçlunun satış yetkisini kullanacağı on beş günlük sürenin başlangıcını tayin eder⁶⁴.

Kanun'da mahcuz malın satışı için borçluya on beş günlük süre verileceği düzenlenmiş ancak bu işlemin hangi usulle yerine getirileceği belirtilmemiştir. İİK m.111/a hükmünün uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi Adalet Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulacak yönetmeliğe bırakılmıştır (İİK m.111/a, f.5). İcra ve İflas Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi Dair Yönetmelik⁶⁵ gereği haczedilen malın satışı için icra müdürünün "yetki belgesi" düzenleyeceği ve bu yetki belgesini borçluya tebliğ edeceği düzenlenmiştir (Yön. m.9/1). Dolayısıyla borçluya verilecek satış yetkisi ve satış için öngörülen on beş günlük süre, yetki belgesinin icra müdürü tarafından düzenlenip borçluya tebliği ile hüküm ifade edecektir (Yön. m.9/2).

Borçluya tebliğ edilecek satış yetki belgesinde hangi unsurlara yer verileceği Yönetmeliğin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereği satış yetki belgesinde borçlu ve alacaklının adı ve soyadı ile adresleri, varsa vekilleri veya kanuni temsilcilerinin adı ve soyadı ile adresleri, hacizli malın cinsi, hacizli malın mahiyeti ve önemli özellikleri, hacizli malın muhammen kıymeti, asgari rızai satış bedeli ile satışa ilişkin açıklamalar yer alır. Borçlunun arsa tahsis hakkına ilişkin rızaen satışını gerçekleştireceği bedel ise kesinleşen kıymet takdirinin yüzde doksanına karşılık gelen miktar ile bu hakla güvence altına alınan ve satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu aşamaya kadar mahcuz tahsis hakkı için yapılan takip masrafları toplamından az olamaz (İİK m.111/a-2).

İcra müdürü yetki belgesi içeriğine esaslı unsurları bozmamak kaydıyla eklemeler yapabilir (Yön.

⁵³ GÜNDOĞAN, Atilla: Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukundaki Elektronik Satış, Aristo Yayınları, İstanbul, 2022, s.2; YAZICI, Burçin: "İcra ve İflas Kanunu m.111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(2), 2022, s.1121.

⁵⁴ BAŞ SÜZEL, Ece: "Borçlar Hukuku Açısından İcra ve İflas Kanunu'nun Satış Yetkisi Verilmesine ve Elektronik Satışa İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 2023, s.615.

⁵⁵ PEKCANİTEZ, Hakan: "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md.111/a)", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 2022, s.823; ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: "7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhale'nin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı", Adalet Dergisi, 149(68), 2022, s.412; YAZICI, s.1121; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s.241; KARSLI, s.578.

⁵⁶ YAZICI, s.1124; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.290.

⁵⁷ YAZICI, s.1123; GÜNDOĞAN, s.11.

⁵⁸ YAZICI, s.1119; BAŞ SÜZEL, s.615.

⁵⁹ PEKCANİTEZ, s.828; YAZICI, s.1130.

⁶⁰ PEKCANİTEZ, s.828; YAZICI, s.1130.

⁶¹ PEKCANİTEZ, s.828; YAZICI, s.1131; Ayrıca bir takip sürecinde kıymet takdirinin süre yönünden hükümsüz hale gelmesi nedeniyle birden fazla kez kıymet takdiri raporunun alınması söz konusu olabileceğinden her yeni kıymet takdiri ile borçlunun satış yetkisi verilmesini talep etmesinin mümkün olacağı kabulü gerekmektedir. PEKCANİTEZ, s.828.

⁶² YAZICI, s.1131.

⁶³ YAZICI, s.1131.

⁶⁴ PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.231; YAZICI, s.1135; KARSLI, s.578.

⁶⁵ RG: 28.05.2022, 31849.

m.4/2). Buradan yola çıkarak arsa tahsis hakkının OSBK m.15/3 ve OSBK m. 18/6 hükümleri doğrultusunda Bakanlık ve OSB alacaklarının öncelikle ödenmesi koşuluyla, bölgenin kuruluş protokolünde öngörülen niteliklere sahip alıcılara veya kredi alacaklısı kuruluşa satışının yapılabileceği ve OSBUY m.58 hükmü uyarınca eski katılımcının vermiş olduğu taahhütlerin, yeni alıcı tarafından da aynen kabul edilmiş sayılacağı belirtilmelidir.

Borçluya arsa tahsis hakkının satış yetkisi verilmesi halinde icra müdürü alacaklının başlatmış olduğu cebri satış sürecini durdurur (İİK m.111/a, f.1; Yön. m.9/1). İlgili yasal düzenlemeler gereği icra müdürünün bu konuda takdir yetkisinin bulunmadığı ve borçlunun usulüne uygun satış yetkisi talebi karşısında cebri icra satışının durdurulması gerektiği sonucuna varmak gerekir⁶⁶.

d. Borçlu Tarafından Satışın Gerçekleştirilmesi

Borçlu yetki belgesini tebliğ aldıktan sonra arsa tahsis hakkının satışı için on beş gün süreye sahiptir. Bu süre içinde borçlu, OSB mevzuatında belirtilen niteliklere sahip alıcı bulma, alıcıyla yetki belgesinde yer alan asgari satış bedeli üzerinde anlaşma ve alıcının satış bedelini icra dairesi banka hesabına yatırmasını sağlamalıdır (İİK m.111/a). Aksi takdirde bu satış yetkisi hükümsüz hale gelir ve açık artırma suretiyle satış işlemlerine devam edilir.

Borçluya verilecek yetki belgesinde borçlunun satış işleminde esas alacağı asgari bedel yer alır (İİK m.111/a, f.2; Yön m.5/ç). Asgari satış bedeli, iki farklı şekilde tayin edilir. Öncelikle kanunun belirlediği asgari satış bedeli mahcuz malın kıymet takdirinde belirlenen bedelinin yüzde doksandır. Mahcuzun üzerinde güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanlı bir alacak var ise rüçhanlı alacakların toplam miktarı ile kıymet takdirinde belirlenen bedelin yüzde doksanın karşılaştırılması gerekir⁶⁷. OSB'nin varsa bakiye arsa tahsis bedeli ve mevzuattan kaynaklı başkaca alacakları, rüçhanlı alacak mahiyetinde olduğundan satış bedelinin belirlenmesinde bu alacakların göz önünde tutulması gerekmektedir. Bu değerlerden hangisi yüksek ise o değer satışa esas alınmalıdır. Belirlenen değere, takibin bu aşamasına kadar yapılan giderlerin de eklenmesi ile asgari satış bedeli tespit edilir. Böylelikle asgari satış bedeli kıymet takdirinde tespit edilen bedelin yüzde doksanı ve varsa rüçhanlı alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktar ile takip masraflarının toplamından oluşur (İİK m.111/a, f.2). Buna göre borçlu kesinleşen kıymete haiz mahcuz arsa tahsis hakkının en az yüzde doksandan oranındaki bedeli ile bu aşamaya kadar haczedilen tahsis hakkı için yapılan takip masrafları toplamından az olmayacak şekilde belirlenmiş asgari bedelde satışı gerçekleştirebilir. Alıcının ise yetki belgesinde belirtilen asgari rızai satış bedelinden az olmamak kaydıyla borçluya anlaşılabilir satış bedelini borçluya verilen on beş günlük süre içinde yetki belgesini düzenleyen icra dairesi banka hesabına nakit olarak ödemesi gerekmektedir (İİK m.111/a, f.3; Yön. m.5/e). Ayrıca yine bu süre zarfında alıcı, OSB mevzuatında ve kuruluş protokolünde belirtilen şartları taşıdığına ve tahsis hakkını satın alabileceğine dair ilgili OSB'den aldığı uygunluk belgesini icra dairesine sunması gerekmektedir.

OSBK. m.18'de, arsa tahsis hakkının devrini kısıtlayan bazı hükümler mevcuttur. OSBK m.18/3'de katılımcılara tahsis veya satışı yapılan arsaların hiçbir şekilde tahsis amacı dışında kullanılamayacağı, bu arsaların katılımcılar ve mirasçıları tarafından borcun tamamı ödenmeden ve tesis üretime geçmeden satılamayacağı, devredilemeyeceği ve temlik edilemeyeceği, bu hususun tapuya şerh edileceği düzenlenmiştir. Arsa tahsis ve satışının şirket statüsündeki katılımcılara yapılması hâlinde ise borcu ödenmeden ve tesis üretime geçmeden arsanın satışını ve spekülatif amaçlı işlemlerle mülkiyet hakkının devrini önlemeye yönelik tedbirlerin Bakanlık tarafından alınacağı belirtilmiştir. Yine OSBK m.18/4'de, arsa tahsisi yapılan firmanın tasfiyesi hâlinde, firmanın katılımcı vasfını taşıyan ortağına veya ortaklarına tahsis hakkının devrinin mümkün olduğu, bu konudaki işlemlerin muvazaalı olup olmadığını Bakanlığın tetkik etme yetkisinin bulunduğunu, bu husustaki yasaklara aykırılığın mahkemece tespiti hâlinde, arsa kimin tasarrufunda olursa olsun tahsis veya satış tarihindeki bedeli ile geri alınarak bir başka katılımcıya tahsis ve satışının yapılacağı düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler, OSB nezdinde arsa tahsis hakkı sahibi katılımcının rızaen üçüncü şahsa tahsis hakkının devrini kısıtlayan hükümler içermekle birlikte İİK m.111/a uyarınca geçerli olup olmadığının tespiti önemlidir. İİK m.111/a hükmünde "rızai satış" ibaresi geçse de bu maddede düzenlenen satışın hukuki niteliği, TBK'da satış sözleşmeleri için aranan iradi satış değildir⁶⁸. Çünkü rızaen satış, devletin müdahalesi olmaksızın irade serbestisi doğrultusunda gerçekleşen satış sözleşmesinin esasını açıklarken⁶⁹ borçluya icra müdürü tarafından satış yetkisi verilmesi ise borçlunun mahcuz mala bir alıcı bulması ve İİK 111/a maddesinde aranan şartların yerine getirilmesi durumunda, icra mahkemesinin onayı ile mahcuzun devir ve tesliminin gerçekleşmesini sağlayan cebri icraya özgü paraya çevirme işlemidir⁷⁰. Dolayısıyla İİK m.111/a'da düzenlenen rızai satış, cebri icraya özgü satış prosedürünü kolaylaştırmaya ve mahcuzun en yüksek bedelle paraya çevrilmesi amacını güden⁷¹ icra işlemi olup borçlar hukukundaki satış sözleşmesinden farklıdır. Bu açıdan arsa tahsis hakkının İİK m.111/a hükmü uyarınca satışında OSBK m.18'de tahsis

⁶⁶ YAZICI, s.1133.

⁶⁷ YAZICI, s.1137.

⁶⁸ PEKCANITEZ, s.840; BAŞ SÜZEL, s.618.

⁶⁹ FURRER, Andreas/MULLER CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 13; TERCİER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H.Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2.Baskı, İstanbul, 2020, s.192; BAŞ SÜZEL, s.617.

⁷⁰ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.290; GÖRGÜN/BÖRÜ/KODAKOĞLU, s.245.

⁷¹ BAŞ SÜZEL, s.620.

hakkının devrini kısıtlar mahiyette düzenlenen arsa üzerinde tesis yapılmadığı ve üretime geçilmediğinden bahisle devrin yapılamayacağı yönündeki hükmün geçerli olmayacağı ve ilgili OSB'nin bu hükme dayanarak tahsis hakkının devrine muhalafet edemeyeceği kanaatindeyiz. Ancak tahsis hakkı sahibi borçlunun tahsis bedeline ve OSB mevzuatından kaynaklı mevcut bir borcu var ise bu bedel, rızai satışın icra mahkemesi tarafından onaylanmasını müteakip satış bedeli içinden ayrılarak icra müdürü tarafından ilgili OSB müdürlüğü hesabına yatırılmalı ve akabinde yeni alıcı adına tahsisin devri sağlanmalıdır. Zira OSB'nin arsa tahsis hakkından ve mevzuattan kaynaklı alacakları rüçhanlı alacak mahiyetindedir (OSBK m.15/3).

e. Satışın Onaylanması ve Arsa Tahsis Hakkının Devri

Borçlunun yetki belgesini tebliğ almasından itibaren on beş gün içinde tahsis hakkının satışını gerçekleştirmiş olması ve borçluluyla OSB mevzuatında belirtilen niteliklere sahip anlaşılan alıcının da satış bedelini bu süre içinde icra dairesi banka hesabına yatırması ile satış kendiliğinden gerçekleşmiş olmaz. Borçlunun gerçekleştirdiği satış daha önce değindiğimiz üzere borçlar hukuku hükümlerine göre değil, icra takibinin bir aşaması olarak ve cebri icra satışı olarak ortaya çıkar⁷². Kaldı ki Kanun, satışın hüküm ifade etmesini icra mahkemesi tarafından onaylanmasına bağlı kılmıştır (İİK m.111/a, f.3). Bu nedenle borçlunun arsa tahsis hakkına ilişkin satışın onaylanması icra mahkemesi tarafından gerçekleşir. İcra mahkemesi dosyayı teslim aldıktan en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar verir (İİK m.111/a, f.3).

İcra mahkemesi, arsa tahsis hakkına ilişkin satışın mevzuat hükümleri doğrultusunda belirlenen asgari bedele göre satılıp satılmadığını, süresi içinde satış işlemlerinin tamamlanıp tamamlanmadığını ve borçlu ile alıcıya ait gerek İİK gerekse OSB mevzuatından kaynaklı bilgi ve belgelerin eksiksiz olarak icra dosyasına sunulup sunulmadığını ve OSB mevzuatında belirlenen özel şartları da değerlendirmek suretiyle kararını verir. İcra mahkemesinin satış onayı hakkında vermiş olduğu karar kesindir. Bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz (İİK. m.111/a, f.3).

İcra mahkemesinin rızai satışa ilişkin kabul kararıyla birlikte malın mülkiyetinin alıcıya geçeceği düzenlemiştir (İİK m.111/a, f.3; Yön m.13/2). Buna göre borçlunun arsa tahsis hakkına ilişkin gerçekleştirdiği satışın icra mahkemesi tarafından onaylanması ile birlikte sadece tahsis hakkı alıcıya geçecektir. Zira tahsis hakkının satışı neticesinde ilgili arsanın mülkiyeti doğrudan alıcıya geçmez. Arsa mülkiyetinin kazanılması OSB mevzuatındaki şartların yerine getirilmesine bağlı olup mülkiyetin nakli ilgili OSB tarafından gerçekleştirilir. İcra mahkemesi tarafından rızai satış talebinin reddine karar verilmesi durumunda ise bu kararın icra dairesine gönderilmesinden itibaren üç iş günü içinde icra dairesi hesabına yatırılan satış bedeli, alıcının bildirdiği banka hesabına iade edilir (Yön. m.13/3).

İcra mahkemesi kabul kararını icra dairesine bildirilir (Yön. m.13/1). İcra dairesi karar üzerine devir ve teslim işlerini tamamlamak üzere var ise tahsis hakkı üzerindeki başkaca tüm hacizleri kaldırır ve ilgili OSB'ye icra mahkemesinin kararı ve kaldırılan hacizler ile ilgili bilgi verir. Devir teslim sürecindeki masraflar da alıcıya ait olacaktır (Yön. m.14/3).

3. Pazarlık Yoluyla Satış

Pazarlık yoluyla satış, haczedilen taşınırın icra dairesi ve alıcının satışın temel unsurlarında karşılıklı iradelerini açıklamasıyla akdedilen, satılanın mülkiyetinin alıcıya geçirildiği ve normal satış hükümlerine (TBK m.207 vd.) tabi pratik bir paraya çevirme prosedürüdür⁷³. Pazarlık yoluyla satışta her ne kadar icra dairesi ile alıcının bir sözleşme akdetmesi gerekse de bu satış, takip hukukuna özgü bir icra işlemidir⁷⁴.

Taşınır kural olarak açık artırma yolu ile satılmalarına rağmen, icra ve iflas kanununda istisnai olarak pazarlık yoluyla satışa izin verilmiştir. İİK m.119'da düzenlenen hallerden herhangi birinin mevcut olması halinde pazarlık yoluyla satış mümkündür. Buna göre bütün ilgililer isterse, borsa veya piyasada fiyatı bulunan kıymetli evrak veya diğer mallar için o günün piyasasına mukarrer fiyat teklif edilirse, artırmada maden kıymetini bulmamış olan altın ve gümüş eşyaya bu kıymet teklif edilirse, kıymeti süratle düşen veyahut muhafazası masraflı mallar söz konusu ise, mahcuz malın tahmin edilen değeri 2024 yılı için belirlenen 29.235,87 TL'yi geçmezse pazarlık suretiyle satışı icra müdürü takdir ve tayin eder⁷⁵.

Kanun'da belirtilen bu ihtimallerden sadece tüm ilgililerin istemesi halinde taşınır hükmünde olan arsa tahsis hakkının pazarlık yoluyla satışı mümkün görülmektedir. Zira günümüz ekonomik şartları gözetildiğinde arsa tahsis bedelinin Kanun'da belirlenen miktarın altında bir kıymete sahip olması olası bir durum olmadığından bu ihtimal dahilinde satış istenmesi kanımızca mümkün görülmemektedir.

İİK m.119'da belirtilen bütün ilgililer terimine, kesin ve geçici haciz sahibi alacaklılar, rehinli alacaklılar, hapis hakkı sahibi alacaklılar, rehin maliki üçüncü kişiler ve borçlu girer⁷⁶. Bu kişiler, oybirliği ile karar almadıkça haczedilen arsa tahsis hakkının pazarlık yoluyla satılması mümkün değildir⁷⁷.

⁷² ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.290.

⁷³ ÖZMUMCU, Seda: Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s.29; KURU, El Kitabı, s. 629; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s.256; KOSTKIEWICZ, s.410.

⁷⁴ KOSTKIEWICZ/VOCK, s.786; KOSTKIEWICZ, s.410; ÖZMUMCU, s.73; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.230; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s.256; MERİÇ, Nedim: İcra Hukukunda Karşılaşma Prensipleri (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.114.

⁷⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.229; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.299; MERİÇ, s.114.

⁷⁶ KURU, El Kitabı, s.629; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.229;

ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.298; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s.257.

⁷⁷ KURU, El Kitabı, s.629; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.229; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.299.

Arsa tahsis hakkının pazarlık yoluyla satışına karar verilmesi halinde alıcıların, OSBK m.15/3 ve OSBK m. 18/6 hükümleri doğrultusunda, bölgenin kuruluş protokolünde öngörülen niteliklere sahip olmaları zorunludur. Dolayısıyla pazarlık yoluyla satışa girebilecek kişilerin OSB mevzuatında ve kuruluş protokolünde belirtilen şartları taşıdığına ve satışa katılabileceğine dair ilgili OSB'den aldıkları uygunluk belgesini sunmaları gerekmektedir.

Pazarlık suretiyle satışın ilanı ve satışın yapılacağı yer hususları Kanun'da düzenlenmemiştir⁷⁸. Bununla birlikte açık artırmaya ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde pazarlık yoluyla satışa uygulanabilecektir⁷⁹. Zira uygulamada mevcut olduğu üzere arsa tahsis hakkının pazarlık yoluyla satış ilanı da UYAP e-satış portalından duyurulmaktadır. Ancak bu satış, açık artırma suretiyle satışın aksine elektronik ortamda değil fiziki ortamda gerçekleştirilerek sonuçlandırılır⁸⁰.

Pazarlık yoluyla satış paranın peşin ödenmesi suretiyle yapılır⁸¹. Ancak icabında icra müdürü tarafından yedi günü geçmemek üzere süre verilmesi uygun olacaktır⁸². Arsa tahsis hakkının pazarlık yoluyla satışı neticesi ödenmesi gereken bedel, varsa verilen süre zarfında icra müdürlüğü hesabına peşin yatırılmalıdır.

İcra ve iflas kanununda her ne kadar açıkça düzenlenmemiş olsa da pazarlık suretiyle satışta da icra dairesi tarafından karşılama prensibine uyulması gerekmektedir⁸³. Zira asgari satış bedelinin tespitini sağlayan karşılama prensibi kamu düzenine ilişkindir⁸⁴. Dolayısıyla arsa tahsis hakkının pazarlık suretiyle satışında, asgari satış bedeli olan muhammen bedelin (kıymet takdir bedelinin) yüzde ellisi ya da satış isteyen alacaklının alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından fazla olan miktar, paraya çevirme bedeli olacaktır⁸⁵. OSB'nin varsa bakiye arsa tahsis bedeli ve mevzuattan kaynaklı başkaca alacakları, rüçhanlı alacak mahiyetinde olduğundan açık artırma bedelinin belirlenmesinde bu alacakların da göz önünde tutulması gerekmektedir. Ayrıca ilgililer satışın belli bir tutarın altında yapılmaması gibi şartları da belirleyebilirler.

V. SONUÇ

Ülkemizde nitelikli sanayi üretiminin gelişmesi amacıyla kendine özgü kuralları bulunan organize sanayi bölgeleri kurulmuştur. Bu bölgelerde faaliyette bulunmak isteyen gerçek veya tüzel kişilere doğrudan arsa satışının yapılması mümkün olmamakla birlikte katılımcı sıfatına sahip olabilecek kişilere öncelikle sanayi tesisi kuracakları arsaların tahsisinin yapılması kabul edilmiştir. Tahsise konu arsaların mülkiyeti ise OSB'ye ait olup mevzuatla belirlenen şartların gerçekleşmesi ile devredilmektedir. Bu yönüyle arsa tahsis hakkı, doğrudan taşınmazın mülkiyetine ilişkin aynı bir hak değil, şahsi bir haktır.

Arsa tahsis hakkı şahsi bir hak olması nedeniyle hukuken taşınır hükmündedir. Bu nedenle borçluya ait bu hakkın haczi ve paraya çevrilmesinde İcra ve İflas Kanun'unda taşınırın haczi ve satışına ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusudur.

Arsa tahsis hakkı, organize sanayi bölge müdürlüğü nezdinde borçluya ait bir hak olduğundan İİK m.89 hükmü uyarınca haczedilebilir. Ancak arsa tahsis hakkının kesinleşmiş olup olmadığına göre farklı etki ve sonuçlar doğurması muhtemeldir.

Arsa tahsis hakkının satışının talep edilmesi üzerine bu hakkın paraya çevrilmesinde esas alınacak değer belirlenmesi için icra müdürü tarafından bilirkişi marifetiyle kıymet takdirinin yapılması gerekmektedir. Tahsis hakkının kıymeti belirlenirken hakkın bağlı olduğu arsa mülkiyeti OSB'ye ait olduğundan tahsis hakkının değerine dahil edilmesi mümkün değildir. Arsa tahsis hakkına belirlenecek bedel, kıymet takdirinin yapıldığı tarihte ilgili OSB tarafından belirlenmiş güncel rayiç tahsis bedeli olmalıdır. Ancak tahsise konu arsa üzerinde borçlu tarafından gerek temel seviyesinde gerekse temel seviyesinin üzerine çıkmış vaziyette inşa edilen ve bütünüleyici parça mahiyetinde bir binanın bulunması halinde bu yapının değeri alacaklı tarafından ayrıca haczedilmeli ve arsa tahsis hakkıyla birlikte paraya çevrilmelidir.

Haczedilen arsa tahsis hakkının açık artırma yoluyla (İİK m.114), pazarlık yoluyla (İİK m.119) veya İİK m.111/a hükmü uyarınca rızaen satışı suretiyle paraya çevrilmesi mümkündür. Arsa tahsis hakkının paraya çevrilmesinde İİK'da belirlenen hangi yöntem tercih edilirse edilsin tahsis hakkına talip olan alıcılarının ilgili organize sanayi bölgesinde katılımcı vasfına sahip olduklarını belgelendirmek ve faaliyette bulunabilmek için ilgili organize sanayi bölge müdürlüğünden uygunluk görüşünü almaları zorunludur. Paraya çevirmeye ilişkin OSB mevzuatında bulunan bu kısıtlamaya aykırı davranılması ihalenin feshine sebebiyet verebileceği gibi cebri icra marifetiyle elde edilen arsa tahsis hakkının OSB nezdinde hüküm ifade etmesi de söz konusu olamaz.

⁷⁸ MERİÇ, s.115.

⁷⁹ ÖZMUMCU, s.77; MERİÇ, s.115.

⁸⁰ Yargıtay 12.HD, 22.04.2004, E.2004/3378, K.2004/10122, www.e-uyar.com, (Erişim:15.01.2024).

⁸¹ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.229.

⁸² PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s.229.

⁸³ MERİÇ, s.116; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s.258.

⁸⁴ MERİÇ, s.26; AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s.258.

⁸⁵ AŞIK/ORUÇ/TOK/SAÇAR, s.258.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: “Yargıtay’ın Güncel İçtihatları Doğrultusunda Muhdesat”, TAAD, 13(51), 2022, s.77-112.
- AKİL, Cenk: Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ARSLAN, Ramazan: “Borçlunun Üçüncü Kişide Bulunan Alacağının Haczi, Haczin Üçüncü Kişiyeye Bildirilmesi ve Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(64), 2016, s.3217-3242.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel: İcra ve İflas Hukuku, 9. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- AŞIK İbrahim/ORUÇ Yakup/TOK Ozan/SAÇAR Ömer Faruk: İcra ve İflas Hukuku, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin: İcra ve İflas Hukuku, 7.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku-II-Mülkiyet, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- BAŞ SÜZEL, Ece: “Borçlar Hukuku Açısından İcra ve İflas Kanunu’nun Satış Yetkisi Verilmesine ve Elektronik Satışa İlişkin Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, GSÜHFD, (1), 2023, s.614-628.
- BAYAR, Arif: Beklenen Mal ve Hakların Haczi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2013.
- BULUT, Uğur: İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, 1.Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013
- CANSIZ Mehmet/ŞAVLI Devrim: “Yeni Nesil Sanayi Bölgeleri: OSB’lerde Yenilikçi Dönüşümün Sosyolojisi”, Nevşehir Hacı Bektaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2(Dijitalleşme Özel Sayı), 2022, s.204-223
- CANPOLAT, Önder: “OSB’lerde Arsa Tahsisinin Hukuki Niteliği”, <https://arsiv.sanayigazetesi.com.tr/osblerde-arsa-tahsisinin-hukuki-niteliği>, (Erişim: 15.01.2024).
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: “7343 Sayılı Kanunla İİK’da Yapılan Paraya Çevirme ve İhale Feshi’ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı”, Adalet Dergisi, 149(68), 2022, s.409-450.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ESENER Turhan/GÜVEN Kudret: Eşya Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- FURRER Andreas/MULLER CHEN Markus/ÇETİNER Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GÖRGÜN Şanal/BÖRÜ Levent/KODAKOĞLU Mehmet: İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 18.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021.
- GÜNDOĞAN, Atilla: Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukundaki Elektronik Satış, Aristo Yayınları, İstanbul, 2022.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- HUNKELER, Daniel: Kurzkomentar - SchKG, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014.
- JAEGER Carl/WALDER Hans Ulrich/KULL Thomas M./ KOTTMANN Martin: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1997.
- KARSLI, Abdurrahim: İcra ve İflas Hukuku, 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren: SchKG Kommentar, 20.Auflage, Navigator.CH, Zürich, 2020.
- KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/ VOCK Dominik: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 20.Auflage, Navigator.CH, Zürich, 2017.
- KULBAY KIVANÇ, Duygu: “Muhafaza Tedbirleri Olarak Haciz İhbarnameleri”, AÜHFD, 4 (54), 2005, s.489-512.
- KURU, Baki: Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, 2.Baskı, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 2002.
- KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2.Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.
- KURU Baki/AYDIN Burak: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 8.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- MERİÇ, Nedim: İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul,2022.
- MUSİELAK, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8.Auflage, Franz Vahlen, München, 2011.
- NOMER, Haluk N.: Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, 28. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe: Eşya Hukuku, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- ÖZMUMCU, Seda: Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md.111/a)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1), 2022, s.819-848.
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 10.Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- POSTACIOĞLU, İlhan: İcra Hukuku Esasları, 4.Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- SCHWARZ, Andreas B.: Medeni Hukuka Giriş (Çev: Hıfzı Velet) Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1942.
- SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/ DEVELİOĞLU H.Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, 2.Baskı, İstanbul, 2020.
- YAVAŞ, Murat: Borçlunun Üçüncü Şahıslardaki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, 1.Baskı, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- YAZICI, Burçin: “İcra ve İflas Kanunu m.111/a Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(2), 2022, s.1119-1147.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Süleyman TOPAK, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Süleyman TOPAK, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

ARABULUCU SÖZLEŞMELERİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ NİTELİĞİNDE OLUP OLMAYACAĞI SORUNU

THE QUESTION OF WHETHER MEDIATOR AGREEMENTS CAN BE CONSIDERED AS CONSUMER TRANSACTIONS

Hatice Kübra ERCOŞKUN ŞENOL *  

Makale Bilgi

Gönderi: 07/01/2024
Kabul : 29/04/2024

Anahtar Kelimeler

Tüketici İşlemi,
Arabuluculuk,
Arabulucu Sözleşmesi.

Article Info

Received: 07/01/2024
Accepted: 29/04/2024

Keywords

Consumer Transactions,
Mediation,
Mediator Agreement.

Özet

[10.21492/inuhfd.1415907](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1415907) 

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde bu Kanun'un her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsadığı belirtilmiş, tüketici işlemi ise söz konusu Kanun'un 3. maddesinde oldukça geniş bir şekilde tanımlanmıştır. Bu geniş tanım çerçevesinde bir uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurulduğunda arabulucunun gerçekleştirdiği faaliyet Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun anlamında bir hizmet ve arabulucu da sağlayıcı olduğundan, uyuşmazlık tarafının da tüketici sıfatını haiz olması hâlinde arabulucu sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi gerekir. Bu açık yasal düzenlemeye rağmen öğretici ve uygulamada arabulucunun görevinin Devlet yargısını destekleyici bir faaliyet olduğu gerekçesiyle arabulucu sözleşmelerinin hiçbir koşulda tüketici işlemi olarak kabul edilemeyeceği de ileri sürülmektedir. Açık yasal düzenleme nedeniyle gerekli koşulları taşıyan arabulucu sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi zorunlu olsa da, arabulucu sözleşmelerinin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamından çıkarılması daha isabetli olacaktır. Nitekim kendine has özellikleri nedeniyle arabulucu sözleşmesinden doğan ilişki tüketici hukuku anlayışı ile pek de bağdaşmamaktadır. Ayrıca arabulucu ağırlaştırılmış objektif özen borcu altında olduğundan, bu durum karşı taraf bakımından ciddi bir soruna da yol açmayacaktır.

Abstract

According to Article 2 of the Law on Consumer Protection, the law applies to all consumer transactions and consumer-oriented practices. Article 3 of the same law defines consumer transactions in a broad manner. When a mediator is used to resolve a dispute, the mediator agreement should be considered a consumer transaction if the party to the dispute is also a consumer. This is because the mediator's activity is considered a service under the Law on the Protection of Consumers and the mediator is a service provider. Despite clear legal regulations, it is argued in doctrine and practice that mediator agreements cannot be considered consumer transactions under any circumstances. This is due to the mediator's duty being a supportive activity of the State judiciary. Although mediator agreements that meet the necessary conditions must be accepted as consumer transactions due to explicit legal regulation, it would be more appropriate to exclude them from the scope of the Law on the Protection of Consumers. This is because the relationship arising from a mediator agreement is not compatible with the understanding of consumer law. Moreover, as the mediator is under an aggravated objective duty of care, this will not pose a significant issue for the other party.

EXTENDED SUMMARY

Article 172 of the Constitution of the Republic of Türkiye mandates that the State take measures to protect and educate consumers, while also encouraging consumers to take action to safeguard their own interests. The primary legislation currently in place to fulfill these obligations is Law No. 6502 on the Protection of Consumers (LPC). According to Article 2 of the Law, it applies to all consumer transactions and practices directed towards consumers. Article 3 provides a broad definition of consumer transactions. Consumer transactions include all types of contracts and legal transactions, such as contracts of work, transportation, brokerage, insurance, proxy, banking, and similar contracts, established between consumers and real or legal persons, including public legal persons, acting for commercial or professional purposes or acting on their behalf or account in the goods or services markets. When applying to a mediator for dispute resolution, it is important to consider whether the contract between the parties and the mediator can be classified as a consumer transaction. When a mediator is used to resolve a dispute within the scope of the LPC, it is important to determine whether the contract between the parties and the mediator can be considered a consumer transaction.

The mediator agreement obligates the mediator to organize and manage the mediation process, while the parties to the dispute are obligated to pay the mediator's fee for this service. The mediator agreement is a contract of employment that imposes obligations on both parties and gives rise to a continuous debt. The mediator is responsible for organizing and managing the mediation process, but is not responsible for the parties reaching an agreement or the issuance of the agreement document. It is important to note that the mediator's role is strictly limited to facilitating the process and does not extend to the outcome. These statements do not necessarily imply a comparison to an attorney-client relationship. In an agency contract, the agent is obligated to perform the work assigned by the principal in accordance with the contract. The agent undertakes only the act of performance, not the result of performance. Similarly, in a mediator agreement, the mediator is obligated to facilitate communication and negotiation between parties, but does not have the authority to make decisions or impose solutions. Despite these similarities, there are also differences between the two types of agreements. Although the mediator agreement is not a typical agency agreement, the provisions of the Turkish Code of Obligations (TCO) on agency shall also apply to performance contracts that are not regulated in the TCO, pursuant to paragraph 2 of Article 502. In cases where there is no specific regulation for the mediator agreement, the provisions of the TCO on agency shall also apply to the mediator agreement to the extent that they are appropriate to its nature. This provision does not imply that the principle of *numerus clausus* applies to employment contracts, nor does it prohibit the establishment of anonymous contracts in this field. Additionally, the mediator agreement, which is not fully regulated in the Law on Mediation in Civil Disputes (LMCD), is an unnamed performance contract. As previously stated, the LPC includes mediator agreements as consumer transactions, as long as they meet the necessary conditions. As previously mentioned, the LPC includes other agreements beyond contracts of work, transportation, brokerage, insurance, agency, and banking that may qualify as consumer transactions. Therefore, the mediator agreement, which shares some similarities with the agency agreement, may also fall under the scope of the LPC's similar agreement, as long as it meets the necessary conditions.

To determine if a mediator agreement qualifies as a consumer transaction, it is necessary to establish if the mediator's activity, as part of the agreement with the disputing parties, constitutes a service under the LPC. Additionally, it must be determined if the mediator can be considered a provider and the disputing party a consumer. Objective criteria must be used to make these determinations. Based on the assessment, it has been concluded that when applying to a mediator for dispute resolution, the mediator's activity is considered a service under the LPC, and the mediator is considered a provider. Therefore, if one of the parties involved in the dispute is a consumer, the mediator agreement should be accepted as a consumer transaction. According to the LPC, a provider is defined as a natural or legal person, including public legal entities, who provides services to consumers for commercial or professional purposes or acts on behalf or account of the service provider (Art. 3-i). Service, in turn, refers to the subject matter of any consumer transaction, other than the provision of goods, which is performed or undertaken to be performed in return for a fee or benefit (Art. 3-d). Finally, in a consumer transaction, a consumer on the other side of the provider acting for commercial or professional purposes is a natural or legal person acting for non-commercial or non-professional purposes (Art. 3-k). Therefore, if the disputing party does not act for commercial or professional purposes, they are deemed to be a consumer.

Despite the clear legal provisions, it is argued in doctrine and practice that mediator agreements cannot be considered as consumer transactions under any circumstances. This is because the mediator's activity is a supportive activity of the State judiciary, serving as an alternative form of dispute resolution that is based on the law and is subject to certain conditions and mandatory rules. This situation does not constitute an obstacle to the characterization of a mediator agreement as a consumer transaction. The LPC clearly states that even public legal entities can be considered as providers. Additionally, many individuals who operate under certain conditions and mandatory rules, which are based on the law, also carry the title of provider.

Due to clear legal regulations, a mediator agreement meeting the necessary conditions must be considered a consumer transaction. However, it may be more appropriate to exclude mediator agreements from the scope of the LPC, unless they are a distance contract fall under the special scope of the LPC. The relationship resulting from a mediator agreement is not compatible with consumer law due to its unique characteristics. The Ministry of Trade personnel should not have the authority to supervise mediators within the framework of Art. 75 of the LPC, given the mediators' confidentiality obligations (LMCD Art. 4/1). Mediators are supervised by the Mediation Department of the Ministry of Justice's General Directorate of Legal Affairs (LMCD Art. 21/2). As per Article 10 of the LMCD, mediators are not allowed to advertise, so the provisions of the LPC regarding advertising cannot be applied to them. Furthermore, as the mediator is bound by a heightened objective duty of care, this circumstance will not pose a significant issue for the opposing party.

Even if a regulation is adopted as proposed, it is important to ensure that disputes arising from mediator agreements are not excluded from the scope of mediation as a condition precedent. This is in line with the recently adopted policy of disseminating and promoting mediation.

I. GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 172. maddesine göre Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder. Şu anda Devletin bu yükümlülüklerini hayata geçiren temel kanun, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur (TKHK). Söz konusu Kanun'un amacı ilk maddesinde, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri alma, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirme ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenleme olarak belirtilmiştir. Bu Kanun'un her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsadığı ise 2. maddesinde ifade edilmiştir. Bu çerçevede TKHK'nın uygulama alanını belirleyebilmek için tüketici işlemi niteliğindeki işlemlerin ve tüketiciye yönelik uygulamaların neler olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Tüketici işlemi, TKHK'da tanımlanmıştır (m.3-1). Buna göre tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemdir¹. Tüketiciye yönelik uygulama ile neyin kastedildiği ise TKHK m.2'nin gerekçesinde ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır².

TKHK'da çizilen bu geniş kapsam nedeniyle bir uyumsuzluğun çözümü için arabulucuya başvurulduğunda, uyumsuzluğun tarafları ile arabulucu arasında yapılan sözleşmenin tüketici işlemi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Bu hususta bir kaniya varabilmek için arabulucunun uyumsuzluğun taraflarıyla yaptığı sözleşme çerçevesinde gerçekleştirdiği faaliyetin TKHK anlamında bir hizmet olup olmadığı ve arabulucunun sağlayıcı, uyumsuzluğun tarafının ise tüketici olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tespit edilmelidir.

II. ARABULUCU SÖZLEŞMESİ

Hukuki çevrelerde son dönemlerde üzerinde en çok durulan ve tartışılan konulardan biri de arabuluculuktur. Arabuluculuk meselesi Türkiye'de 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile ele alınarak düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun'un genel gerekçesinde uyumsuzlukları dava yoluyla çözmek yerine tarafların kendi iradeleriyle uzlaşarak çözmelerinin, toplumsal barışın korunmasına ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına katkı sağlayacağı vurgulanmıştır. Elbette tüm uyumsuzlukları arabuluculuk yoluyla çözmeye çalışmak uygun değildir. Nitekim HUAK'da da aile içi şiddet iddiası içerenler hariç, yabancılik unsuru taşıyanlar ise dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyumsuzluklarının çözülmesinde bu Kanun'un uygulanacağı açıkça belirtilmiştir (m.1/2).

Arabuluculuk, temelde ihtiyari olarak yürütülen bir uyumsuzluk çözüm yöntemidir³. Bu nedenle aralarında arabuluculuğa elverişli bir uyumsuzluk bulunan taraflar, uyumsuzluk gerek yargıya taşınmadan önce gerekse yargıya taşındıktan sonra aralarında anlaşarak arabulucuya başvurabilir⁴. Taraflar arasındaki bu anlaşma, bağımsız bir arabuluculuk sözleşmesi şeklinde olabileceği gibi, tarafların aralarındaki hukuki

¹ Tüketici sözleşmesi yerine tüketici işlemi teriminin kullanılmasının, burada iki taraflı olma durumu bulunduğu isabetsiz olduğu, bu nedenle işlemin sözleşme olarak anlaşılması gerektiği görüşünde: ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Seçkin, Ankara 2016, s.78. Kanaatimizce tüketici sözleşmesi yerine tüketici işlemi teriminin tercih edilmesinin sebebi, TKHK'nın uygulama alanının, söz konusu Kanun'un Tüketici Sözleşmeleri başlıklı 4. Kısmında özel olarak ele alınan sözleşmelerden (taksitle satış, tüketici kredileri, konut finansmanı, ön ödemeli konut satışı ve diğer tüketici sözleşmeleri -iş yeri dışında kurulan ve mesafeli sözleşmelerle devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti, paket tur ve abonelik sözleşmeleri-) ibaret olmadığını vurgulamaktır. Kaldı ki, her ne kadar temelinde bir sözleşme ilişkisi bulunsada sözleşmeden dönme ya da alım hakkı gibi yenilik doğurucu nitelikteki hakların kullanılmasından doğan uyumsuzlukların da TKHK kapsamına girebileceğini vurgulamak için sözleşme yerine işlem teriminin tercih edilmesi gerekmektedir. Ayrıca bkz.: ŞAHİN MCCARTHY, Oya: "Tüketici Sözleşmelerini Diğer Sözleşmelerden Ayıran Unsurlar", in Şahin Mccarthy, Oya/Diñç, Mutlu (ed.), Tüketici Hukuku Davaları, Seçkin, Ankara 2021, s.73-75; HAVUTÇU, Ayşe: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı", THD, 9(Özel Sayı), 2014, s.15-16. Sözleşme, hukuki işlemin bir türü olduğundan, tüketici işleminin tanımında hukuki işlemin yanı sıra sözleşme ifadesine ayrıca yer verilmesi ise gereksiz olmuştur. CEYLAN, Ebru: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu Yönleri ile İlgili Düşünceler", HAEHD, 15(34), 2023, s.165.

² "Kanunun kapsamının belirlendiği ikinci maddede "tüketici işlemlerinin" ve "uygulamaların" kapsam dâhilinde olduğu belirtilmiştir. Böylece, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması esnasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, tüketici kredisi verilmeden önce tüketicilere verilmesi öngörülen sözleşme öncesi bilgi formu, devre tatil sözleşmesinin kurulması esnasındaki satış yöntemi veya bir malın satışından sonra o mala ilişkin satış sonrası hizmetler gibi uygulamalar konusunda çıkabilecek uyumsuzluklara bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu hüküm ile özellikle bir hukuki işleme veya sözleşmeye dayanmayan, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamaların da Kanun kapsamında olduğu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır."

³ Nitekim HUAK'a göre arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyumsuzluk çözüm yöntemini ifade eder (m.2-b). Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttir (m.3/1 c. 1).

⁴ Nitekim HUAK m.13/1'e göre taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir.

ilişkiyi doğuran sözleşmeye koyacakları arabuluculuk şartı şeklinde de olabilir⁵. Anlaşılacağı üzere tarafların arabuluculuğa başvurma iradelerini henüz aralarında uyuşmazlık doğmadan önce ortaya koyabilmeleri bile mümkündür.

Arabulucu, arabuluculuk sözleşmesi veya şartına istinaden taraflarca seçilir. Ancak tarafların arabulucunun üçüncü bir kişi veya kurum ya da kuruluş tarafından seçilmesi şeklinde başka bir usul öngörmeleri de mümkündür. Nitekim HUAK m.14'e göre başkaca bir usul kararlaştırılmadıkça arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir⁶.

Arabulucunun seçilmesinin ardından taraflarla arabulucu arasında yapılan sözleşmeye ise arabulucuyla yapılan sözleşme⁷ veya arabulucu sözleşmesi⁸ denir⁹. Arabuluculuk sürecinin işleyişi hakkındaki bu sözleşmeyle uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasındaki ilişkiler düzenlenir. Bu çerçevede başta arabuluculuk masraflarıyla arabulucunun ücret ve görevleri olmak üzere sürece ilişkin tüm konular, bu sözleşme ile düzenlenebilir.

Arabuluculuk, temelde ihtiyari olarak yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olmakla birlikte, kanun koyucunun son dönemlerde bazı özel hukuk uyuşmazlıklarında, mahkemede dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirdiği, diğer bir ifadeyle arabulucuya başvurulmuş olmasını bir dava şartı olarak benimsediği görülmektedir. Nitekim 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na göre kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Bu alacak ve tazminatla ilgili itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında da aynı esas geçerlidir (m.3/1)¹⁰. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na (TTK) göre ise bu Kanun'un 4. maddesinde¹¹ ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (m.5A/1). TKHK'ya göre ise tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (m.73A/1 c. 1)¹². Nihayet HUAK'da da kiralanın taşınmazların 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre ilamsız icra

⁵ ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 5. Baskı, Yetkin, Ankara 2022, s.1520.

⁶ TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Yetkin, Ankara 2020, s.88.

⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Arabuluculuk Sözleşmeleri, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s.55,74. KILIÇOĞLU'na göre arabulucu sözleşmesiyle arabuluculuk sözleşmesi terimlerini birbirinden ayıran tek unsurun -luk eki olması, bunların birbiriyle karıştırılmasına neden olabilir. Yazar, arabuluculuk sözleşmesi yerine de arabulucuya başvurma sözleşmesi terimini kullanmaktadır.

⁸ ÖZBEK, s.1643.

⁹ Tarafların önceden arabuluculuk şartı kararlaştırmalarının veya arabuluculuk sözleşmesi yapmalarının zorunlu olmadığı, taraflardan birinin arabulucuya başvurarak diğer tarafı toplantıya davet edebileceği ve bu durumda taraflar arasında arabuluculuk şartı veya sözleşmesi olmadığı hâlde uyuşmazlığın arabulucuya çözülebileceği görüşünde: KILIÇOĞLU, s.56. Kanaatimizce aralarında hâlihazırda bir arabuluculuk şartı veya sözleşmesi bulunmayan uyuşmazlık taraflarından birinin arabulucuya başvurarak diğer tarafı toplantıya davet ettirmesi arabuluculuk sözleşmesi bakımından icap, diğer tarafın bu davete icabet etmesi ise kabul niteliğindedir.

¹⁰ Söz konusu hükmün 3. fıkrasına göre iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

¹¹ Söz konusu hüküm ilk fıkrası: "Her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ile tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın;

a) Bu Kanunda,

b) Türk Medenî Kanununun, rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar hakkındaki 962 ilâ 969 uncu maddelerinde,

c) 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun malvarlığının veya işletmenin devralınması ile işletmelerin birleşmesi ve şekil değiştirmesi hakkındaki 202 ve 203, rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447, yayın sözleşmesine dair 487 ilâ 501, kredi mektubu ve kredi emrini düzenleyen 515 ilâ 519, komisyon sözleşmesine ilişkin 532 ilâ 545, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları için öngörülmüş bulunan 547 ilâ 554, havale hakkındaki 555 ilâ 560, saklama sözleşmelerini düzenleyen 561 ilâ 580 inci maddelerinde,

d) Fikrî mülkiyet hukukuna dair mevzuatta,

e) Borsa, sergi, panayır ve pazarlar ile antrepo ve ticarete özgü diğer yerlere ilişkin özel hükümlerde,

f) Bankalara, diğer kredi kuruluşlarına, finansal kurumlara ve ödünç para verme işlerine ilişkin düzenlemelerde, öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Ancak, herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyen havale, vedia ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklardan doğan davalar bundan istisnadır." şeklindedir.

¹² Söz konusu hükmün 2. cümlesi "Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz:

a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar

b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar

c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar

ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar

d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar" hükmünü içermektedir.

HUAK'a göre de özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz (m.18A/18). TKHK m.68'de tarafların İcra ve İflas Kanunu'ndaki hakları saklı kalmak kaydıyla değeri (2024 yılı için yüzdört bin) Türk Lirası'nın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olduğu, bu değerün üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamayacağı (f. 1) ve tüketici hakem heyetlerinin kendilerine yapılan başvuruları gereğini yapmak üzere kabul etmek zorunda oldukları (f. 2) hükmüne bağlanmıştır.

Mahkeme niteliğinde olmayan tüketici hakem heyetlerinin (bu yönde: Anayasa Mahkemesi, 31.05.2007, E.2007/53, K.2007/61, RG: 27.12.2007, 26739) verdikleri kararlar itiraz edilebilir olmakla birlikte (TKHK m.70/3 c. 1) bağlayıcı olduğundan (TKHK m.70/1 c. 1), burada zorunlu tahkimin söz konusu olduğu görüşünde: ÖZBAY, İbrahim: "Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik", TOĞÜHFD, 1(1), 2023, s.11-12; SARIHAN, Banu Bilge: "Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulanması", NEÜHFD, 4(2), 2021, s.430. Zorunlu tahkime benzer bir durumun söz konusu olduğu

yluyla tahliyesine ilişkin hükümler hariç olmak üzere, kira ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarla taşınır ve taşınmazların paylaşılmasına ve ortaklığın giderilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve komşu hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir (m.18B/1).

Arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu hâllerde de tarafların arabuluculuk şartı kararlaştırmaları veya arabuluculuk sözleşmesi yapmaları mümkündür¹³. Bu şarta veya sözleşmeye istinaden arabulucu ile uyuşmazlığın tarafları arasında arabulucu sözleşmesinin yapılması mümkündür. Ancak arabuluculuk sözleşmesi ya da şartının olmadığı veya olmasına rağmen taraflardan birinin ifadan kaçınarak arabulucuya başvurmayı reddettiği hâllerde süreci başlatmak isteyen taraf, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne başvuruda bulunmalıdır (HUAK m.18A/4). Bu durumda arabulucu ilgili listeden¹⁴ büro tarafından belirlenir. Ancak tarafların listede yer alan herhangi bir arabulucu üzerinde anlaşmaları hâlinde bu arabulucu görevlendirilir (HUAK m.18A/5)¹⁵. Büro veya uyuşmazlığın taraflarınca belirlenen arabulucu ile taraflar arasında da arabulucu sözleşmesinin yapılabileceği açıktır¹⁶.

III. ARABULUCU SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Uyuşmazlığın tarafları ile arabulucu arasında yapılan arabulucu sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve sürekli borç doğuran bir işgörme sözleşmesidir¹⁷. Nitekim bu sözleşme ile arabulucu, arabuluculuk sürecini organize ederek yönetme, uyuşmazlığın tarafları da bu hizmete karşılık ücret ödeme borcu altına girer.

Arabulucu, arabuluculuk sürecini organize ederek yönetme şeklindeki işgörme edimini yerine getirmekle yükümlü olup, sürecin sonunda tarafların uzlaşarak anlaşma belgesini tanzim etmesi şeklindeki sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir¹⁸. Bu ifadeler aklı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenen vekâlet sözleşmesini getirmektedir. Nitekim vekâlet sözleşmesinde de vekil, vekâlet verenin kendisine bıraktığı işi sözleşmeye uygun bir biçimde ifa etmekle yükümlü olup; edim sonucunu değil, sadece edim fiilini taahhüt eder¹⁹. Bu benzerliğe rağmen arabulucu sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden farklılaştığı noktalar da bulunmaktadır. Her şeyden önce arabulucunun görevini şahsen yerine getirmekle yükümlülüğünün (HUAK m.9/1) mutlak olduğu, vekilin borcunu bizzat yerine getirme yükümlülüğü yönünden öngörülen istisnaların (TBK m.506/1²⁰) arabulucu için uygulanamayacağı belirtilmelidir²¹. Yine vekil, ancak sözleşme veya teamül varsa ücrete hak kazandığı hâlde (TBK m.502/3), arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığında ücret isteme hakkına sahiptir (HUAK m.7/1)²². Nihayet arabulucunun aralarında

görüşünde: AKTÜRK, Altay İltan/ACAR UMUT, Ayşe: “Tüketici Hakem Heyetleri ve İşleyişine Genel Bir Bakış”, İAÜHFD, 5(1), 2019, s.29. (Zorunlu) tahkimin söz konusu olmadığı görüşünde: BUDAK, Ali Cem: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, DEÜHFD, 16(Özel Sayı), 2014, s.79-80.

Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamına giren uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olmasa da, tarafların ihtiyari olarak arabulucuya başvurmaları mümkündür. Nitekim TKHK m.68/5'te bu hükmün tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmalarına engel olmadığı açıkça hükme bağlanmıştır. ÇAKIR, Aytuğ Ceyhan/SOLAK, Ekrem: “Tüketici Hukuku Bağlamında Arabuluculuk Faaliyetine Hakim Olan Temel İlkeler”, Regesta, 6(3), 2021, s.478.

TKHK m.68/1-2 çerçevesinde zorunlu tahkim görüntüsü veren tüketici hakem heyetinin, TKHK m.68/5 çerçevesinde ise ihtiyari tahkim statüsü içinde gözüktüğü, bu nedenle tüketici hakem heyetinin tek tanımlı değil, kendine özgü bir yapı özelliği gösterdiği görüşünde: TUTUMLU, Mehmet Akif: “Tüketici Hakem Heyetlerinde Uyuşmazlık Çözümü”, in Şahin Mccarthy, Oya/Dinç, Mutlu (ed.), Tüketici Hukuku Davaları, Seçkin, Ankara 2021, s.1097 vd.

¹³ KILIÇOĞLU, s.66, krş.: s.55.

¹⁴ Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Arabuluculuk Daire Başkanlığı, HUAK m.19 uyarınca tuttuğu arabulucular siciline kayıtlı arabuluculardan HUAK m.18A uyarınca arabuluculuk yapmak isteyenleri, varsa uzmanlık alanlarını da belirterek, görev yapmak istedikleri adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarına göre listeler ve listeleri ilgili komisyon başkanlıklarına bildirir. Komisyon başkanlıkları, bu listeleri kendi yargı çevrelerindeki arabuluculuk bürolarına, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirecekleri sulh hukuk mahkemesi yazı işleri müdürlüğüne gönderir (HUAK m.18A/3).

¹⁵ Elbette bu söylenenler ilgili kanunlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin kabul edilen özel hükümler saklı olmak kaydıyla (HUAK m.18A/19) geçerlidir.

¹⁶ Dava şartı arabuluculukta arabulucunun üstlendiği görevin arabulucu sözleşmesine değil, adli bir organ olan arabuluculuk bürosunun kamusal bir tasarrufuna dayandığı, bu nedenle söz konusu durumda arabulucunun statüsünün kamu hukuku çerçevesinde değerlendirilmesinin gerekli olduğu görüşünde: TANRIVER, s.151. Arabulucuyu büronun seçmiş olmasının arabulucu ile taraflar arasında kurulan hukuksal ilişkiyi değiştirmediği, bu durumda da hukuksal ilişkinin arabulucu sözleşmesi hükümlerine tabi olacağı görüşünde: KILIÇOĞLU, s.76. Dava şartı arabuluculukta arabulucu sözleşmesinin zımni olarak kurulduğunun kabul edilmesi gerektiği görüşünde: AZAKLI ARSLAN, Betül: “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu”, AkÜHFD, 8(1), 2018, s.212.

¹⁷ DEMİR, Şamil: “Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu”, in İşıktaç, Yasemin (ed.), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s.115.

¹⁸ TANRIVER, s.86-87.

¹⁹ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Yetkin, Ankara 2021, s.451.

²⁰ “Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.”

²¹ KILIÇOĞLU, s.51-52; TANRIVER, s.85; DEMİR, s.120-121.

²² TANRIVER, s.85-86; KILIÇOĞLU, s.86. Ücretin arabulucu sözleşmesinin zorunlu unsuru olmadığı görüşünde: TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Yetkin, Ankara 2012, s.146. Haklı olarak Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifelerinde yer alan “Bu Tarifede belirlenen ücretlerin altında arabuluculuk ücreti kararlaştırılmaz. Aksine yapılan sözleşmelerin ücrete ilişkin hükümleri geçersiz olup, ücrete ilişkin olarak bu Tarife hükümleri uygulanır.” şeklindeki düzenlemeler nedeniyle ücretin arabulucu sözleşmesinin zorunlu unsurlarından biri olmadığına söylenemeyeceği görüşünde: BADUR, Emel: “Arabulucu Sözleşmesi”, THD, 15(162), 2020, s.253.

hâlihazırda bir uyuşmazlık bulunan taraflara karşı tarafsız bir şekilde davranma ve bunlar arasındaki eşitliği gözetme yükümlülüğü de (HUAK m.9/1,3) ikiden çok taraflı arabulucu sözleşmesinin kendine has özellikleri arasında sayılabilir²³.

Her ne kadar arabulucu sözleşmesi tipik bir vekâlet sözleşmesi niteliğinde olmasa da²⁴, TBK m.502/2 uyarınca vekâlete ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK’da düzenlenmemiş olan işgörmeye sözleşmelerine de uygulanacağından, arabulucu sözleşmesine özgü bir düzenleme bulunmayan hâllerde, TBK’nın vekâlete ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde arabulucu sözleşmesine de uygulanır. Söz konusu hüküm, işgörmeye sözleşmeleri yönünden numerus clausus ilkesinin geçerli olduğu ve bu alanda isimsiz bir sözleşme kurmanın mümkün olmadığı anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle TBK’da düzenlenen iş görme sözleşmelerinin kapsamı girmeyen sözleşmeler doğrudan vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilemez²⁵. Bu bağlamda tüm unsurlarıyla HUAK’da düzenlenmemiş arabulucu sözleşmesi de isimsiz bir işgörmeye sözleşmesi niteliğindedir²⁶.

Daha önce de belirtildiği üzere TKHK’da eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet ve bankacılık sözleşmelerinden başka benzeri sözleşmelerin de tüketici işlemlerinden olabileceği hükme bağlanmıştır. Vekâlet sözleşmesine benzeyen bazı yönleri bulunan arabulucu sözleşmesinin de, gerekli koşulları taşımak kaydıyla söz konusu Kanun’daki benzeri sözleşme kapsamına girebileceği açıktır²⁷.

IV. ARABULUCUNUN SAĞLAYICI SIFATI

TKHK’ya göre sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (m.3-1). Kanun’da ticari veya mesleki amacın tanımı yapılmamış olmakla birlikte ticari ve mesleki faaliyette bulunmanın amacının bu yolla kazanç sağlamak olduğu açıktır²⁸.

Sağlayıcı sıfatını taşıyabilme yönünden önem taşıyan husus, ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunma veya hizmet sunan adına ya da hesabına hareket etmedir. TKHK’ya göre hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal²⁹ sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusudur (m.3-d). Bu çerçevede ücret isteme hakkı bulunan arabulucunun (HUAK m.7/1), uyuşmazlık taraflarına TKHK anlamında bir hizmet sunduğu açıktır. Kazanç sağlama amacıyla hizmet sunan arabulucunun, ticari olmasa bile mesleki bir amaçla hareket ettiği de açıktır³⁰. Arabulucular siciline kaydedilebilmek için, diğer koşulların yanı sıra hukuk fakültesi mezunu olup da mesleğinde en az beş yıllık

Örnek tarife için bkz.: 2023 Yılı Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi m.1/1, RG: 04.10.2022, 31973. Ücrete ilişkin HUAK m.7 ise “(1) Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masrafları isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraflar için avans da talep edebilir.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgari Ücret Tarifesine göre belirlenir ve ücret ile masraf taraflarca eşit olarak karşılır.

(3) Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için aracılık yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır.” hükmünü içermektedir.

²³ Ayrıca bkz.: TANRIVER, s.85; BADUR, s.254.

²⁴ TANRIVER, s.84 vd.; KILIÇOĞLU, s.86. Arabulucu sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşünde: TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s.145-146; ÖZBEK, s.1644; DEMİR, s.115.

²⁵ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s.4-5.438. TBK m.505/2 nedeniyle vekâlet sözleşmesinin torba bir işgörmeye sözleşmesi olduğu görüşünde: EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin, Ankara 2021, s.718; KILIÇOĞLU, s.86.

²⁶ Arabulucu sözleşmesinin isimsiz bir sözleşme olduğu görüşünde: GÖKSU, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arabuluculuk - Uzlaştırma), 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2020, s.54; KILIÇOĞLU, s.86. Arabulucu sözleşmesinin unsurlarından arabuluculuk görevinin gerçekleştirilmesi ve buna karşılık ücret ödenmesi unsurları HUAK’da, tarafların anlaşması unsuru ise TBK’da düzenlendiğinden burada karma bir sözleşmenin bulunduğu görüşünde: BADUR, s.254.

²⁷ Isimsiz sözleşmelerin de gerekli unsurları taşımak kaydıyla TKHK kapsamına girebileceği görüşünde: AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, Ankara 2021, s.79.

²⁸ KARA, İlhan: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2021, s.85.

²⁹ TKHK’ya göre mal, alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları ifade eder (TKHK m.3-h).

³⁰ Arabuluculuğun yeni bir hukuk mesleği alanı olduğu görüşünde: IŞIKTAÇ, Yasemin: “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İkiimler”, in Işıktaç, Yasemin (ed.), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s.69. Arabuluculuğun uzmanlık gerektiren bir meslek olduğu görüşünde: TANRIVER, s.88. Arabulucuların serbest meslek faaliyeti icra ettikleri görüşünde: LOKMANOĞLU, Salim Yunus: “İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı”, TAAD, 9(33), 2018, s.881. Arabuluculuğun gerçek anlamda bir meslek olmadığı görüşünde: OĞUZ, Özgür: “Türk İş Hukukunda Arabulucunun Yükümlülükleri”, AndHD, 4(2), 2018, s.281.

kıdeme sahip olma koşulu arandığından³¹, arabulucunun aynı zamanda avukatlık³² veya noterlik³³ gibi arabuluculukla bağdaşabilen başka bir mesleği icra etmesi de mümkündür. Fakat bu durum, arabuluculuğun başlı başına bir meslek olarak nitelendirilmesini engellemez.

Kazanç sağlama amacıyla ticari veya mesleki faaliyette bulunan sağlayıcı gerçek bir kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi hatta kamu tüzel kişisi bile olabilir. Arabulucu ise ancak gerçek bir kişi olabilir. Nitekim HUAK'a göre arabulucu, arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Adalet Bakanlığınca düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi ifade eder (m.2-a).

Tüm bu açıklamalara göre arabulucuyla uyumsuzluğun tarafları arasında yapılan sözleşme çerçevesinde arabulucunun ücret karşılığında gerçekleştirdiği faaliyetin TKHK anlamında bir hizmet olduğu, dolayısıyla diğer koşulların da gerçekleşmesiyle arabulucunun sağlayıcı sıfatını taşıyabileceği söylenebilir.

Uygulamada bazı arabulucuların arabuluculuk merkezi adı altında yapılanmalara gittiği de görülmektedir. Söz konusu merkezlere özgü yasal bir düzenleme bulunmadığından mevcut olanaklar çerçevesinde bu merkezlerin adı ortaklık ya da ticaret şirketi şeklinde kurulması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir³⁴. Ayrıca uygulamada uyumsuzluk tarafı durumundaki bazı kurumların bünyesinde arabuluculuk merkezi kurulduğu da görülmektedir³⁵. Bu durum arabulucuların tarafsızlığı hakkında ciddi soru işaretleri yaratmaktadır³⁶. Bu nedenle arabuluculuk merkezleriyle ilgili yasal düzenlemelerin, arabuluculuğun kendine has özellikleri dikkate alınarak bir an önce yapılmasının gerekli olduğu söylenebilir³⁷. Uygulamada en çok tercih edilen şekliyle anonim şirket olarak kurulan³⁸ dolayısıyla tüzel kişiliği haiz bir arabuluculuk merkeziyle arabuluculuk sözleşmesinin akdedildiği hâllerde ise merkez, ticari amaçla hizmet sunan sağlayıcı sıfatını taşımaktadır.

V. UYUŞMAZLIK TARAFININ TÜKETİCİ SIFATI

Bir tüketici işleminde ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden sağlayıcı veya satıcının karşı tarafında yer alan tüketici, TKHK'da ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır (m.3-k). Görüldüğü üzere satıcı veya sağlayıcı sıfatının tespitinde olduğu gibi, tüketici sıfatının tespitinde de kişinin amacından hareket edilmesi gerekir.

TKHK'da gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de tüketici sıfatını alabileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte tüzel kişiler yönünden TTK m.19/1'de yer verilen karine de dikkate alınmalı ve buna göre bir sonuca varılmalıdır. Nitekim söz konusu hükümde bir tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğu; ancak gerçek kişi tacirin, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durumun elvermediği takdirde borcun adı sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre tüzel kişi tacirlerin ticari olmayan, diğer bir ifadeyle adi sahasının bulunması mümkün değildir.

Tüzel kişiler arasında tacir sıfatını haiz olanlarla olmayanlar, TTK m.16'da gösterilmiştir. Söz konusu hükme göre ticaret şirketleriyle amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılır. Bununla birlikte Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar,

³¹ Arabulucular siciline kaydolabilmek için aranan koşullar HUAK m.20/2'de sayılmıştır. Söz konusu hüküm "Arabulucular siciline kaydedilebilmek için;

a) Türk vatandaşı olmak,

b) Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,

c) Tam ehliyetli olmak,

ç) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak,

d) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak,

e) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı sınavda başarılı olmak, gerekir." şeklindedir.

³² Avukatlık Kanunu'nda arabuluculuğun avukatlıkla birleşebilen işlerden olduğu açıkça hükme bağlanmıştır (m.12/1-d)

³³ Arabuluculuğun avukatlıkla birleşebilen işlerden olduğu Avukatlık Kanunu'nda açıkça hükme bağlandığı hâlde, Noterlik Kanunu'nda bu hususta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu Kanun'un noterlik mesleği başlıklı ilk maddesinde noterlerin, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendireceklerine ilişkin hükümden yola çıkarak noterlerin de arabuluculuk yapabileceği sonucuna varılabilir. Yine Noterlik Kanunu'nun 50. maddesi de bu görüşü desteklemektedir. Nitekim söz konusu hükümde hiçbir hizmet ve görevin noterlikle birleşmeyeceği hükme bağlanmış olsa da, yargı mercilerinin vereceği işlerle ilim ve hayır kuruluşları başkan ve üyelikleri, vasiyeti tenfiz memurluğunun yanı sıra hakemliğin bu esasın istisnalarını teşkil ettiği de belirtilmiştir. Hakem sıfatıyla sağlayıcı karar verebilen noterlerin, böyle bir yetkinin dahi söz konusu olmadığı arabuluculuğu da evleviyetle yapabileceği açıktır. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü ise bu görüşün aksine Noterlik Kanunu'nun 50. maddesinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak noterlerin arabuluculuk yapamayacaklarına dair bir görüş ileri sürmüştür. Bkz.: ÖZBEK, s.1647 vd.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: TOPALOĞLU, Mustafa: "Arabuluculuk Merkezleri ve Hukuki Statüleri", <https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/arbuluculuk-merkezleri-ve-hukuki-statuleri-591.pdf>, s.16-17 (Erişim: 20.12.2023).

³⁵ Örneğin bkz.: <https://intes.org.tr/turkiye-arbuluculuk-merkezi/>, (Erişim: 20.12.2023).

³⁶ AKIN, Levent: "İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler", SGD, 10(1), 2020, s.8.

³⁷ AKIN, s.8 vd.; TOPALOĞLU, s.17.

³⁸ Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde arabuluculukta merkezleşmede en isabetli tercihin anonim şirket olduğu görüşünde: ÜNAL, Salih: "Arabuluculuk Merkezleri Bakımından Şirketleşme, Vergi ve Fatura Düzeni", in Yeşilirmak, Ali/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Yakacak, Gülnihal Ahter/Kafalı, Ömer Faruk (ed.), Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021, s.242.

bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmaz.

TTK m.16'da tacir oldukları belirtilen ticaret şirketleri, TTK m.124/1'de kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirket olarak sayılmıştır. Söz konusu şirketlerin tüketici olarak nitelendirilebilmesi kural olarak mümkün değildir³⁹. Dolayısıyla bir ticaret şirketinin içinde bulunduğu herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle arabulucuya başvurması hâlinde, arabulucu karşısında tüketici olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir.

TTK m.16'da ideal amacına ulaşabilmek için gelir elde etmek üzere ticari bir işletme işleten vakıf ve derneklerin de tacir sayıldığı, ancak kamu yararına çalışan derneklerle gelirin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların tacir sayılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede ticari bir işletme işletmeyen dernek ve vakıflar tüketici sıfatını alabileceği hâlde, ticari bir işletme işleten dernek veya vakıflar ise ancak kamu yararına çalışan dernek ya da gelirin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıf statüsünde olduğu sürece tüketici sıfatını alabilir⁴⁰. Bu düzenlemenin isabeti tartışmaya açıktır. Kanaatimizce olması gereken, tüm dernek ve vakıfların, sadece ticari işletmeleriyle ilgili faaliyetlerinde tüketici sayılmaması, ideal amaçlarına ulaşmak için gerçekleştirdikleri diğer faaliyetlerinde ise tüketici olarak kabul edilmesidir⁴¹. Bu bağlamda ticari işletme işletse bile bununla ilgili olmayan bir uyuşmazlık nedeniyle arabulucuya başvuran bir dernek veya vakfın, arabulucu karşısında tüketici olarak nitelendirilebilmesine imkân tanıyan düzenlemeler yapılmalıdır.

TTK m.16 uyarınca kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar tacir sayılsa da; Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmaz. Buna göre aslında kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatını almalarının önünde bir engel bulunmadığı söylenebilir⁴². Bununla birlikte öğretide kamu tüzel kişilerinin niteliği gereği tüketici sayılmalarının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁴³. Gerçekten de özellikle Devleti, il özel idarelerini, nispeten büyük belediyeleri veya kamu kurumlarını, özel hukuk alanına giren bir ilişkiyle ilgili olsa da söz konusu ilişkinin zayıf durumdaki tarafı olarak nitelendirmek uygun değildir. Fakat aynı esastan, bir köy hatta küçük bir ilçe belediyesi için de geçerli olduğunu söylemek ise pek uygun düşmemektedir. Bu çerçevede içerisinde bulunduğu bir özel hukuk uyuşmazlığı nedeniyle arabulucuya başvuran Devletin, il özel idarelerinin, nispeten büyük belediyelerin ve kamu kurumlarının, arabulucu karşısında tüketici olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmamalıdır.

Tacir sıfatını haiz bir tüzel kişinin tüketici sıfatını alabilmesi, ancak TKHK m.51/9 örneğinde olduğu gibi açık bir yasal düzenleme varsa mümkündür. Söz konusu hükme göre ticari veya mesleki faaliyetleri çerçevesinde paket tur hizmetinden faydalanan kişiler de tüketici olarak kabul edilir.

Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek kişiler de tüketicidir. Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek kişinin tacir veya herhangi bir meslek mensubu olması da bu durumu değiştirmez⁴⁴. Bu çerçevede ticareti veya mesleğiyle ilgili olmayan bir uyuşmazlık nedeniyle arabulucuya başvuran gerçek bir kişinin, arabulucu karşısında tüketici sıfatı taşıdığı söylenebilir.

³⁹ YENİCE, Özge: “Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği”, LHD, 13(156), 2015, s.82; NARBAY, Şafak/AKKUŞ, Muhammed: “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, TAAD, 11(44), 2020, s.317-318; BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent: “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, MÜHFHAD, 22(Özel Sayı), 2016, s.404, krş.: s.406-407; Aksi görüşte: YÜCER AKTÜRK, İpek: “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, GÜHFD, 20(2), 2016, s.119-120,124-125; BAL, Yakup: “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu”, TAAD, 13(50), 2022, s.378 vd. Yargıtayın ticaret şirketlerinin tüketici olamayacağına ilişkin birçok kararı (örneğin, HGK, 09.07.2020, E.2017/19913, K.2020/568) bulunmakla birlikte, özel amaçlarla mal veya hizmet satın alan bazı ticaret şirketlerini tüketici olarak nitelendirdiği birkaç kararı (örneğin, 19. HD, 06.07.199, E.1999/3932, K.1999/462) da mevcuttur.

⁴⁰ Ayrıca bkz.: UYUMAZ, Alper/TÜRK, Mehmet Cemil: “Tacirin Tüketici Sıfatı”, AÜHFD, 72(3), 2023, s.1612,1622 vd.

⁴¹ Mevcut düzenlemelere rağmen bu görüşte: ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s.60; TEKLEN, Emel: “Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukuki Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri”, SÜHFD, 31(1), 2023, s.17-18. TUTUMLU, Mehmet Akif: “Tüketici Uyuşmazlıkları Bakımından Tüketici Kavramı ve Bu Kavramın Kapsadığı Kişiler”, in Şahin Mccarthy, Oya/Dinç, Mutlu (ed.), Tüketici Hukuku Davaları, Seçkin, Ankara 2021, s.55-57. Krş.: UYUMAZ/TÜRK, s.1622 vd.

⁴² Kamu tüzel kişilerinin ticari ve mesleki amaçlarla hareket etmedikçe tüketici olarak nitelendirilebileceği görüşünde: ÇABRİ, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2021, s.146-147.; TÜZEMEN ATİK, Ebru: “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramlarının Ticari Davaya ve Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri”, SÜHFD, 30(3), 2022, s.1529.

⁴³ AKİPEK ÖCAL, Şebnem/KARA, İlhan: Tüketici Hukuku Dersleri, Yetkin, Ankara 2021, s.26; ÖZAY, Osman Levent: “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, ASEAD, 4(12), 2017, s.262; TAŞDELEN, Nihat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Sıfatı”, İKÜHFD, 16(2), 2017, s.713; BAHTİYAR/BİÇER, s.404, krş.: s.407.

⁴⁴ ÖZEL, Mehmet: “Tüketici Haklarının Korunması Bağlamında Tüketici Hakem Heyetlerinin İncelenmesi: Büyükçekmece Tüketici Hakem Heyeti Örneği”, in Zeytin Çağrı, Gözde (ed.), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, Oniki Levha, İstanbul 2020, s.73. Gerçi bazı durumlarda bu esasın isabeti hususunda soru işaretleri oluşmaktadır. Örneğin, gezip eğlenmek için lüks bir yat satın alan iş insanının tüketici sayılmasına rağmen, iş hacmini biraz da olsa büyütmek için büyük zorluklarla küçük bir kamyonet satın alan küçük ölçekli işletme sahibinin tüketici sayılmaması şaşırtıcıdır. Benzer örnek için bkz.: BAHTİYAR/BİÇER, s.403. TKHK'nın amacı, ekonomik bakımdan zayıf olan tüketicinin korunması olduğuna göre tüketici işlemlerine parasal bir sınır getirilmesinin gerekli olduğu görüşünde: AYDOĞDU/KAHVECİ, s.95-96. Edinilen malın değerinin yüksek olması tüketiciye sözleşmeyi müzakere etme olanağı sağlamadığından, tüketici işlemlerine parasal bir sınır getirilmemesinin isabetli olduğu görüşünde: ÇABRİ, s.96.

VI. ARABULUCU SÖZLEŞMELERİNİN TÜKETİCİ İŞLEMİ KABUL EDİLEMEYECEĞİNE İLİŞKİN YARGI KARARLARI

Buraya kadar yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere TKHK, tüketici işleminin kapsamını oldukça geniş tutmuştur. Arabulucu sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta da sağlayıcı sıfatını haiz arabulucu veya merkezin karşısındaki taraf tüketici sıfatını taşıyorsa söz konusu sözleşme tüketici işlemi niteliğindedir⁴⁵. Bununla birlikte bazı yargı kararlarında arabulucu sözleşmelerinin hiçbir koşulda tüketici işlemi olarak nitelendirilemeyeceğine hükmedildiği görülmektedir. Örneğin, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, bir kararında⁴⁶ arabulucu sözleşmelerinin genel itibarıyla tüketici işlemi olarak nitelendirilemeyeceğini şu gerekçelerle açıklamıştır:

“... arabuluculuk sözleşmesinde de, taraflar ve arabulucu olarak seçilen kişi ya da kişiler arasında kurulan sözleşme ilişkisi de bir “vekâlet sözleşmesi” niteliğinde olup (TBK md.502/2), bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda da (örneğin arabulucunun ücretinin ödenmemesi durumunda), ne arabulucunun TKHK’da tanımı yapılan “satıcı” ya da “sağlayıcı”, ne de sözleşmenin diğer tarafını oluşturan tarafların birer tüketici olduklarından söz edilemeyeceği gibi, arabuluculuk konusunda yapılan faaliyet de, bir tüketici işlemi olarak kabul edilemez. Zira yapılan faaliyet, dayanağını kanundan alan belli şart ve emredici kurallara bağlanan, alternatif bir uyuşmazlık çözüm biçimi olarak, Devlet yargısını destekleyici bir faaliyettir... sonuç olarak, niteliği bir “vekâlet” sözleşmesi olsa da, hakem sözleşmesinde, hakem ya da hakem kurulunun görevi yargısal bir faaliyet olduğundan, yine arabuluculuk sözleşmesinde, arabulucunun görevi Devlet yargısını destekleyici bir faaliyet olduğundan “tüketici işlemi” olarak kabul edilemeyeceği gibi, avukatlık sözleşmesinde de avukatın görevi, yargının kurucu unsuru olan ve bağımsız savunmayı temsil eden yargısal bir faaliyet olup, tüketici işlemi olarak kabul edilemez.”

Öğretide de bu gerekçeleri haklı bulan yazarlar mevcuttur⁴⁷.

VII. GÖRÜŞ VE ÖNERİLERİMİZ

Arabulucunun faaliyetinin salt dayanağını kanundan alan, belli şart ve emredici kurallara bağlanan, alternatif bir uyuşmazlık çözüm biçimi olarak Devlet yargısını destekleyici bir faaliyet olması, arabulucu sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesinin önünde bir engel teşkil etmez. Nitekim her şeyden önce kamu tüzel kişilerinin dahi sağlayıcı sıfatını alabileceği TKHK’da açıkça belirtilmiştir. Dayanağını kanundan alıp da belirli şart ve emredici kurallara bağlı olarak faaliyet sürdüren birçok kişinin de sağlayıcı sıfatını taşıdığı açıktır. TKHK m.83/2’de de taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemlerle ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, söz konusu kararı, doğrudan arabulucu sözleşmesinden değil, avukatlık sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık hakkında vermiş ve avukatların yargının kurucu unsuru olarak bağımsız savunmayı temsilen yargısal faaliyet sürdürdüğü gerekçesiyle avukatlık sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Buna benzer başka kararları⁴⁸ da bulunan söz konusu Mahkemenin bu yaklaşımına rağmen başta Yargıtay⁴⁹ ve İstanbul Bölge Adliyesi Mahkemesi⁵⁰ olmak üzere diğer birçok mahkeme ise avukatlık sözleşmesinin en baştan tüketici işlemi olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkin bir değerlendirmede bulunmayarak, gerekli unsurları taşıyan avukatlık sözleşmelerini tüketici işlemi olarak nitelendiren kararlar vermiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Ankara ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemelerinin kararları arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi

⁴⁵ BADUR, s.255.

⁴⁶ 11.10.2018, E.2018/1242, K.2018/1884.

⁴⁷ ÖZBEK, s.1644. Avukatlık sözleşmesi bakımından bu görüşte: ATAY, Feryal: 6502 Sayılı Kanun Uygulamasında Ayıplı Mal Ayıplı Hizmet, Yetkin, Ankara 2019, s.28 vd.; CEYLAN, Ebru: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamına Giren Tüketici Sözleşmeleriyle İlgili Değerlendirmeler”, LHD, 18(210), 2020, s.2506-2508. CEYLAN’a göre ayrıca avukat ile müvekkil arasındaki uyuşmazlıklarda Avukatlık Kanunu’nda hüküm bulunmayan hâllerde TBK’nın vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde ve en son TBK’nın genel hükümleri uygulanır. En son uygulanacak genel kanun içinde yer alan bir sözleşme tipinin sırf TKHK’da sayma yöntemi ile ele alınmış olması, bu hükmün özel kanunun önüne geçerek uygulanması sonucunu doğurmaz. CEYLAN, Ebru: Tüketici Hukukunda Seçilmiş Yargı Kararları, Erzurum Barosu, Ankara 2021, s.233. Ayrıca bkz.: AYDIN, Murat: “Avukatlık Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme”, THD, 10(106), 2015, s.52. KIRCA’ya göre ise TKHK’nın lafzi yorumundan avukatlık sözleşmelerinin de TKHK kapsamında olduğu sonucuna ulaşılabilsen de bu sonucun amaçsal, tarihi ve sistematik yorum verileri ışığında sınırlandırılması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda TKHK’nın uygulama alanının, sadece TKHK’da hukuki sonuçları ile düzenlenen konularla sınırlı olduğu sonucuna varılmalıdır. Daraltıcı yorumun yanı sıra amaca uygun sınırlama yöntemi ile de aynı sonuca varılması mümkündür. Böylece yüz yüze yapılan bir avukatlık sözleşmesinin TKHK kapsamında olmadığı, ancak internet üzerinden kurulan bir avukatlık sözleşmesinin mesafeli sözleşme olarak tüketiciye cayma hakkı verdiği kabul edilmelidir. KIRCA, Çiğdem: “6502 Sayılı TKHK’daki Düzenlemelerin Yorumlanması ve Görevli Mahkeme (6502 Sayılı TKHK’un Yorumu ve TKHK’da Düzenleme Bulunmayan Konularda Tüketici İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme-II)”, YD, 43(2), 2017, s.354 vd. Avukatlık sözleşmesi TKHK m.3 çerçevesinde Kanun’un uygulama alanına dâhil olsa da ayıplı hizmete ilişkin TKHK m.13-16’nın bu sözleşmeye uygulanmasının mümkün olmadığı görüşünde: BAŞ SÜZEL, Ece: “Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, MÜHFAD, 24(2), 2018, s.971-972. Ayıplı hizmetin ancak doğrudan veya dolaylı olarak bir malla ilgili olduğu hâllerde gündeme gelebileceği, avukatlık sözleşmesinin ise kişi ile ilgili bir hizmeti konu aldığı görüşünde: MAKARACI BAŞAK, Aslı: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı”, BÜHFD, 11(145-146), 2016, s.522-523.

⁴⁸ Birçok karar içinden örnek niteliğinde olmak üzere: 25.05.2017, E.2017/881, K.2017/702.

⁴⁹ Birçok karar içinden örnek niteliğinde olmak üzere: 20. HD, 03.11.2016, E.2016/7392, K.2016/10023; 13. HD, 12.03.2020, E.2016/29913, K.2020/3243.

⁵⁰ Birçok karar içinden örnek niteliğinde olmak üzere: 19. HD, 14.06.2017, E.2017/739, K.2017/916; 18. HD, 31.05.2017, E.2017/675, K.2017/630.

talebiyle yapılan başvuruda da, gerekli unsurları taşıyan avukatlık sözleşmelerinin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁵¹. Öğretide de bir avukatlık sözleşmesinin, gerekli unsurları taşımak kaydıyla tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi gerektiği görüşünde olanlar çoğunluktadır⁵².

4077 sayılı Mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile karşılaştırıldığında TKHK'da tüketici işlemi kavramının kapsamı oldukça genişletilmiştir. TKHK m.3'ün gerekçesine göre bu yolla uygulamada ortaya çıkan ve tüketici işleminin kapsamını daraltan yorumların önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Şayet kanun koyucu tarafından avukatlık ve arabulucu sözleşmelerinin en baştan tüketici işleminin kapsamına girmesi arzu edilmiyorsa yapılması gereken, bu sözleşmelerin tüketici işlemlerinden sayılmayacaklarına ilişkin açık bir kanuni düzenleme yapılmasıdır. Böyle bir düzenleme yapılmadığı sürece, mahkemelerin avukatlık ve arabulucu sözleşmelerini doğrudan TKHK kapsamı dışında bırakma yetkilerinin olmadığı açıktır.

Kanaatimizce kanun koyucunun avukatlık ve arabulucu sözleşmelerini, TKHK özelinde ele alınan mesafeli bir sözleşme vs. olmadığı sürece, doğrudan TKHK kapsamından çıkarması önemli bir sorun yaratmaz. Nitekim avukat ve arabulucuların özen borçları, ağırlaştırılmış objektif özen borcu niteliğindedir⁵³. Avukatlık Kanunu'nda (AK) avukatların, yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek, avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmakla ve Türkiye Barolar Birliğine belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü oldukları düzenlenmiştir (m.34/1). HUAK'da ise arabulucunun görevini özenle yerine getirmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır (m.9/1). Bununla birlikte TBK m.506/3, söz konusu hükmü tamamladığından⁵⁴ arabulucunun özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, basiretli bir arabulucunun göstermesi gereken davranış esas alınmalıdır. TBK m.115'te ise borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan tüm anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olduğu belirtildikten sonra (f. 1), uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmanın bile kesin olarak hükümsüz olduğu da belirtilmiştir (f. 3). Özen yükümlülüğünün kapsamında yer alıp almadığı tartışmalı olmakla birlikte⁵⁵, özen yükümlülüğünden bağımsız olduğu kabul edilse bile bu yükümlülükle sıkı bir ilişki içerisinde olan aydınlatma yükümlülüğü de avukat ve arabulucular yönünden özel bir önem taşımaktadır. Avukatın aydınlatma yükümlülüğünün kaynağı tarafların anlaşması ve dürüstlük kuralı olmakla birlikte arabulucunun söz konusu yükümlülüğü hakkında HUAK'da açık yasal düzenlemeler bulunmaktadır (m.9/2, 11, 17/3, 18A/7).

Avukat ve arabulucuların sır saklama yükümlülükleri karşısında TKHK çerçevesinde Ticaret Bakanlığı personelinin bunları denetleme yetkisine sahip olması da isabetli değildir. Nitekim TKHK m.75'e göre bu Kanun'un uygulanmasında, Bakanlık müfettişleri, gümrük ve ticaret denetmenleri ile Bakanlıkça görevlendirilecek personel, mal veya hizmet sunulan her yerde denetleme, inceleme ve araştırma yapmaya yetkilidir. Bu Kanun kapsamına giren hususlarda, yetkili ve görevli kişi veya kuruluşlara her türlü bilgi ve belgenin doğru olarak gösterilmesi veya istenmesi hâlinde belgelerin aslının veya onaylı kopyalarının verilmesi zorunludur. Avukat ise kendisine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse Türkiye Barolar Birliği ve baro organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendiği hususları açığa vuramaz (AK m.36/1). Arabulucu da taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür (HUAK m.4/1)⁵⁶.

⁵¹ 12.07.2018, E.2018/3545, K.2018/7887.

⁵² AKİPEK, Şebnem: Milli Şerh - 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (ed.), Aristo, İstanbul 2016, m.3, s.56; YENİOCAK, Umut: "AB Adalet Divanı'nın 15.01.2015 Tarihli Kararı Işığında Avukatlık Sözleşmesinin Bir Tüketici İşlemi Olup Olamayacağı Sorunu", THD, 10(110), 2015, s.40 vd.; DÖNER, Kemal: "Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar", DÜHFD, 22(36), 2017, s.163; KURŞUN, Ali Suphi: "Avukatlık Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi", TBBD, 32(142), 2019, s.294 vd.; SÜLEYMAN, Ahmet: "Tüketici Yargılamaları Açısından Tüketici Mahkemeleri ve Tüketici Hakem Heyetleri", İBD, 94(5), 2020, s.256-257; KEÇECİOĞLU, Burak: "Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukukunun Uygulanması", MÜHFAD, 22(Özel Sayı), 2016, s.1651 vd.; KÜÇÜKDAĞLI, Ayşegül: "Avukatlık Sözleşmesinin Tüketiciyi Koruyucu Hükümler Ekseninde Değerlendirilmesi", HHFD, 12(2), 2022, s.1590; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.127; ÇABRİ, s.77-80; KARA, s.811; BAHTİYAR/BİÇER, s.416. Ayrıca bkz.: YERKAYA, Kübra: Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü, Oniki Levha, İstanbul 2018, s.77 vd.; HAVUTÇU, s.16.

⁵³ Avukatın özen borcu bakımından bu görüşte: BAŞPINAR, Veysel: "Avukatın Özen Borcu", GÜHFD, 12(1-2), 2008, s.52; KÜÇÜKDAĞLI, s.1600. Arabulucunun özen borcu bakımından bu görüşte: TANRIVER, s.88.

⁵⁴ DEMİR, s.131; AKİPEK ÖCAL/KARA, s.218. Krş.: TANRIVER, s.87-88.

⁵⁵ Aydınlatma yükümlülüğünün özen yükümlülüğünün kapsamında olduğu görüşünde: BAŞPINAR, s.54. Aydınlatma yükümlülüğünün özen yükümlülüğünden bağımsız olduğu, fakat söz konusu yükümlülükler arasında sıkı bir ilişki olduğu görüşünde: KÖSE, Yasin: "Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü", TAA, 12(45), 2021, s.37; KÜÇÜKDAĞLI, s.1601.

⁵⁶ Söz konusu hükmün 2. fıkrasında aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişilerin de bu konudaki gizliliği uymak zorunda oldukları düzenlenmiştir.

HUAK m.33 ise "(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlıdır." hükmünü içermektedir.

Beyan ve belgelerin kullanılmaması başlıklı HUAK m.5 ise "(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulü.

Arabulucular, işin niteliğine uygun düşecek şekilde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığının denetimi altındadır (HUAK m.21/2⁵⁷, HUAK Yönetmeliği m.50⁵⁸, 51⁵⁹). Avukatlar da işin niteliğine uygun düşecek şekilde Türkiye Barolar Birliği ve baroların denetimi altındadır.

TKHK'nın reklama ilişkin düzenlemelerinin avukat ve arabulucular için uygulanması da mümkün değildir. Nitekim avukat ve arabulucular için reklam yasağı öngörülmüştür (AK m.55⁶⁰, HUAK m.10⁶¹).

TKHK'nın uygulama alanının eski TKHK'ya nazaran genişletilmesi, öğretide tereddütlerle karşılanmış⁶² ve haklı olarak zaman içinde sistemin tıkanması sorunu ile karşı karşıya kalılabileceği vurgulanmıştır⁶³. Gerçekten tüketici mahkemeleri, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğan belirli bir meblağın⁶⁴ üzerindeki uyuşmazlıklarla (TKHK m.68/1-2, 73/1) konusu para ile ölçülemeyen uyuşmazlıklarda⁶⁵ görevli olmasının yanı sıra tüketici hakem heyetleri tarafından verilen kararlarda itiraz merciidir (TKHK m.70/3). Üstelik tüketici mahkemeleri sadece Ticaret Bakanlığı, tüketici örgütleri ve tüketiciler tarafından açılan davalarda değil, satıcı veya sağlayıcılar tarafından tüketici aleyhine açılan davalarda da görevlidir⁶⁶. Tüketici işleminin kapsamının genişletilmesi, söz konusu mahkemelerin iş yükünü de oldukça artırmıştır. En azından kendine has özellikleri nedeniyle tüketici hukuku anlayışı ile pek de bağdaşmayan avukatlık ve arabulucu sözleşmelerinin⁶⁷ TKHK kapsamından çıkarılması, tüketici mahkemelerinin iş yükünü azaltarak sistemin tıkanması riskinin bertaraf edilmesine de yardımcı olacaktır.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

(3) Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülen aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

(4) Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır.

(5) Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.” şeklindedir.

⁵⁷ “Daire Başkanlığı, bu Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediğini tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilinden silinmesini Kuruldan talep eder.”

⁵⁸ “Arabulucular, arabuluculuk büroları ve arabuluculuk eğitim izni verilen kuruluşlar, Daire Başkanlığının denetimi altındadır.”

⁵⁹ “(1) Eğitim kuruluşları, arabulucular ve arabuluculuk büroları, Kanun, Yönetmelik ve ilgili mevzuat uyarınca çıkarılan diğer düzenleyici işlemlere uygun hareket edip etmediği yönünden denetlenir.

(2) Denetim sonucunda tespit edilen eksiklikler duruma göre Daire Başkanlığınca ilgili kişi ve kuruluşlara yazılı bir şekilde bildirilerek bu eksikliklerin giderilmesi için eksikliğin niteliğine göre uygun bir süre verilir. Verilen süre sonunda eksiklikler giderilmediği takdirde veya denetim sonucu, konusu suç teşkil eden uygulamalar tespit edildiğinde arabulucu veya eğitim kuruluşları hakkında Kanun, Yönetmelik ve bu mevzuat uyarınca çıkarılan diğer düzenleyici işlemler uyarınca işlem yapılır ve gerekirse adli mercilere bildirimde bulunulur.”

⁶⁰ “Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.

Bu yasak, ortak avukatlık bürosu ve avukatlık ortaklığı hakkında da uygulanır.

Yukarıdaki yasaklara ilişkin esaslar Türkiye Barolar Birliğince düzenlenecek yönetmelikle belirlenir.”

⁶¹ “Arabulucuların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kâğıtlarında arabulucu, avukat ve akademik unvanlarından başka sıfat kullanmaları yasaktır.”

⁶² YILMAZ, Ejder/YARDIM, Ertan: Milli Şerh - 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (ed.), Aristo, İstanbul 2016, m.73, s.1187 vd.; ÖZMUMCU, Seda: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, 16(Özel Sayı), 2014, s.841; SOMER, Pervin: “Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları”, in Zeytin Çağrı, Gözde (ed.), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, Oniki Levha, İstanbul 2020, s.98-99,101.

⁶³ ALTINER YOLCU, Fatma Zeynep: “Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansımaları”, MÜHFHAD, 24(2), 2018, s.1122.

⁶⁴ Söz konusu meblağ 2024 yılı için yüzdört bin Türk Lirası’dır. Bkz.: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68 inci ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6 ncı Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ, RG: 20.12.2023, 32405. Söz konusu meblağın altında kalan uyuşmazlıklarda ise tüketici hakem heyetine başvuru zorunludur (TKHK m.68/1-2).

⁶⁵ Konusu para ile ölçülemeyen uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyeti bağlayıcı karar veremeyeceğinden bu tür uyuşmazlıklarda tüketici hakem heyetine başvurmakta hukuki bir yararın olmadığı görüşünde: TUTUMLU, Mehmet Akif: “Yeni Yasal Düzenlemeler ve İctihatlar Işığında Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı”, Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, in Zeytin Çağrı, Gözde (ed.), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, Oniki Levha, İstanbul 2020, s.195. Tüketici hakem heyeti kararları ilam niteliğinde olduğundan, bunların bağlayıcı olmadığından söz edilemeyeceği, bu nedenle konusu bir miktar paranın ödenmesi olmayan uyuşmazlıkların da tüketici hakem heyetine görülebileceği görüşünde: ÇABRİ, s.1155-1156. Haklı olarak konusu para ile ölçülebilen ve ölçülemeyen uyuşmazlıkların bir arada olduğu hâllerde de tüketici mahkemesinde dava açılmasının zorunlu olduğu görüşünde: SELÇUK, Seyhan: “Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı”, ABÜHFD, 8(16), 2020, s.1193-1194.

⁶⁶ ZEVLİLER/ÖZEL, s.491-493. Aksi görüşte: ASLAN İ., Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Ekin, Bursa 2015, s.722vd.,741. Yargıtay, tüketici mahkemesinde satıcı ve sağlayıcıların da dava açabileceğine ilişkin birçok karar vermiş olmakla birlikte (örneğin, 13. HD, 12.03.2020, E.2016/29913, K.2020/3243) nispeten eski tarihli bir kararında (3. HD, 15.11.1998, E.1998/11141, K.1998/12254) tüketici harçtan muaf olduğundan, tüketici mahkemesinde sadece tüketicilerin dava açabileceğine, satıcıların ise dava açamayacağına hükmetmiştir.

⁶⁷ Teşhis ve tedavi sözleşmeleri çerçevesinde kurulan hekim - hasta ilişkisinin tüketici hukuku anlayışı ile bağdaşmadığı görüşünde: KÖK, Ahmet Nezih: “Hekim - Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı?”, UMD, (5), 2015, s.609 vd. Ayrıca bkz.: YILMAZ, Yasemin: Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu, Oniki Levha, İstanbul 2019, s.118 vd.; KOYUNCU AKTAŞ, Nihan: Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, Oniki Levha, İstanbul 2020, s.103 vd.; ÇINARLI, Serkan/BİLDİR, Murat: “Tüketici Kanununa Göre Tıbbi Uygulamadan Doğan Davalarda Yargı Öncesi Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Uygulanabilirliği Sorunu”, TıpHD, (18), 2020, s.233; SÖĞÜT, İpek Sevdâ: “Biyotıp Sözleşmesi Hükümlerinin İç Hukuktaki Düzenlemelere Etkisi”, TıpHD, (14), 2018, s.196 vd.

Gerçi tüketici mahkemelerinde çözülmesi gereken uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak aranmasının esas hedeflerinden biri de zaten bu mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır. Avukatlık ve arabulucu sözleşmelerinin TKHK kapsamında çıkarılması, bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların TTK m.5A kapsamında ticari dava olarak da nitelendirilemediği hâllerde dava şartı olan arabuluculuk uygulamasının kapsamından çıkmasına yol açacaktır. Fakat bu durumda bile avukatlık ve arabulucu sözleşmelerinden doğan tüm uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olarak kabul eden yasal bir düzenlemenin yapılması düşünülebilir⁶⁸. Böylece mahkemelerin iş yükü de ağırlaştırılmamış olacaktır.

VIII. SONUÇ

Her türlü tüketici işlemi TKHK kapsamında olup tüketici işlemi de TKHK’da oldukça geniş bir biçimde tanımlanmıştır. Bu çerçevede bir uyuşmazlığın çözümü için arabulucuya başvurulduğunda, arabulucunun gerçekleştirdiği faaliyet TKHK anlamında bir hizmet ve arabulucu da sağlayıcı olduğundan, uyuşmazlık tarafının da tüketici sıfatını haiz olması hâlinde arabulucu sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi gerekir. Buna rağmen öğreti ve uygulamada arabulucunun faaliyeti dayanağını kanundan alan, belli şart ve emredici kurallara bağlanan, alternatif bir uyuşmazlık çözüm biçimi olarak Devlet yargısını destekleyici bir faaliyet olduğundan, arabulucu sözleşmelerinin hiçbir koşulda tüketici işlemi olarak kabul edilemeyeceği de ileri sürülmektedir. Kanaatimizce bu durum, bir arabulucu sözleşmesinin doğrudan tüketici işlemi olarak nitelendirilmesinin önünde bir engel teşkil etmez. Nitekim her şeyden önce kamu tüzel kişilerinin dahi sağlayıcı sıfatını alabileceği TKHK’da açıkça belirtilmiştir. Dayanağını kanundan alıp da belirli şart ve emredici kurallara bağlı olarak faaliyet sürdüren birçok kişinin de sağlayıcı sıfatını taşıdığı açıktır.

Gerekli koşulları taşıyan bir arabulucu sözleşmesinin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi zorunlu olsa da, arabulucu sözleşmelerinin TKHK özelinde ele alınan mesafeli bir sözleşme vs. olmadığı sürece, doğrudan TKHK kapsamında çıkarılması daha isabetli olacaktır. Nitekim kendine has özellikleri nedeniyle arabulucu sözleşmesinden doğan ilişki, tüketici hukuku anlayışı ile pek de bağdaşmamaktadır. Ayrıca arabulucu ağırlaştırılmış objektif özen borcu altında olduğundan, bu durum karşı taraf bakımından ciddi bir soruna da yol açmayacaktır.

Önerilen şekilde bir düzenleme yapılacak olsa bile, son zamanlarda benimsenen arabuluculuğu yaygınlaştırma ve yerleştirme politikasına uygun olarak, arabulucu sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuk kapsamında çıkmaması için gerekli önlemlerin ayrıca alınmasına da dikkat edilmelidir.

⁶⁸ Hatta avukatlık sözleşmeleri bakımından Avukatlık Kanunu’nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 167. maddesinin söz konusu kararda gösterilen hususlara dikkat çekilerek yeniden düzenlenmesi de düşünülebilir. İptal edilen bu madde “Avukatlık sözleşmesinden ve vekâlet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıklar, hukukî yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümlenir.

Hakem kurulu, baronun bulunduğu yargı çevresinin en kıdemli asliye hukuk hâkimi ile baro yönetim kurulunca seçilecek, yönetim kuruluna seçilme yeterliliğini taşıyan iki avukattan oluşur. Kurula asliye hukuk hâkimi başkanlık eder. Seçilen kurul üyelerinin görev süresi üç yıldır. Süresi sona eren üye kurula yeniden seçilebilir.

Hakem ücretinin yarısının dava ile birlikte yatırılması zorunludur. Hakem kurulunca verilen ve kesinleşen karardan bir örnek, avukatın bağlı bulunduğu baroya gönderilir.

Hakem işlerinde 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 527, 529, 532, 533/1 ve 536 ncı maddeleri dışında tahkime ilişkin hükümleri uygulanır. Hakem işleriyle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğince çıkartılacak Baro Hakem Yönetmeliğinde düzenlenir.” hükmünü içermekteydi. Anayasa Mahkemesinin hükmü iptal etmesinin gerekçeleri ise şunlardır: “Anayasa’nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” denilmiştir. Anayasa’nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu durumda yasakoyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur.”. 03.03.2004, E.2003/98, K.2004/31, RG: 10.07.2004, 25518.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent: “İkinci Yılında Dava Şartı Arabuluculuk Alanında Gelişmeler ve Öneriler”, SGD, 10(1), 2020, s.1-18.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem/KARA, İlhan: Tüketici Hukuku Dersleri, Yetkin, Ankara 2021.
- AKİPEK, Şebnem: Milli Şerh - 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (ed.), Aristo, İstanbul 2016.
- AKTÜRK, Altay İltan/ACAR UMUT, Ayşe: “Tüketici Hakem Heyetleri ve İşleyişine Genel Bir Bakış”, İAÜHFD, 5(1), 2019, s.25-54.
- ALTINER YOLCU, Fatma Zeynep: “Tüketicinin Korunması Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Bu Gelişimin Türk Hukukuna Yansımaları”, MÜHFHAD, 24(2), 2018, s.1111-1124.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Yetkin, Ankara 2021.
- ASLAN İ., Yılmaz: 6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 5. Baskı, Ekin, Bursa 2015.
- ATAY, Feryal: 6502 Sayılı Kanun Uygulamasında Ayıplı Mal Ayıplı Hizmet, Yetkin, Ankara 2019.
- AYDIN, Murat: “Avukatlık Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli ve Yetkili Mahkeme”, THD, 10(106), 2015, s.42-54.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Tüketici Hukuku Dersleri, Adalet, Ankara 2021.
- AZAKLI ARSLAN, Betül: “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu”, AkÜHFD, 8(1), 2018, s.189-223.
- BADUR, Emel: “Arabuluculuk Sözleşmesi”, THD, 15(162), 2020, s.248-265.
- BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent: “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, MÜHFHAD, 22(Özel Sayı), 2016, s.395-436.
- BAL, Yakup: “Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu”, TAAD, 13(50), 2022, s.365-384.
- BAŞ SÜZEL, Ece: “Tüketici Hukukunda İş Görme (Hizmet) Sözleşmelerinde Ayıplı İfa”, MÜHFHAD, 24(2), 2018, s.966-998.
- BAŞPINAR, Veyssel: “Avukatın Özen Borcu”, GÜHFD, 12(1-2), 2008, s.39-62.
- BUDAK, Ali Cem: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, DEÜHFD, 16(Özel Sayı), 2014, s.77-103.
- CEYLAN, Ebru: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamına Giren Tüketici Sözleşmeleriyle İlgili Değerlendirmeler”, LHD, 18(210), 2020, s.2489-2528.
- CEYLAN, Ebru: Tüketici Hukukunda Seçilmiş Yargı Kararları, Erzurum Barosu, Ankara 2021.
- CEYLAN, Ebru: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Olumlu Yönleri ile İlgili Düşünceler”, HAEHD, 15(34), 2023, s.159-190.
- ÇABRİ, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Adalet, Ankara 2021.
- ÇAKIR, Aytağ Ceyhan/SOLAK, Ekrem: “Tüketici Hukuku Bağlamında Arabuluculuk Faaliyetine Hakim Olan Temel İlkeler”, Regesta, 6(3), 2021, s.467-494.
- ÇINARLI, Serkan/BİLDİR, Murat: “Tüketici Kanununa Göre Tıbbi Uygulamadan Doğan Davalarda Yargı Öncesi Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Uygulanabilirliği Sorunu”, TıpHD, (18), 2020, s.231-256.
- DEMİR, Şamil: “Arabulucunun Hukukî Sorumluluğu”, in Işıktaç, Yasemin (ed.), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014 s.115-146.
- DÖNER, Kemal: “Tüketici Mahkemelerinin Görevli Olduğu Uyuşmazlıklar”, DÜHFD, 22(36), 2017, s.137-185.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin, Ankara 2021.
- GÖKSU, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Tahkim (Arabuluculuk - Uzlaştırma), 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2020.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- HAVUTÇU, Ayşe: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle, Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, THD, 9(Özel Sayı), 2014, s.8-19.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: “Türk Arabuluculuğunda Etik Modeli ve Etik İlkeler”, in Işıktaç, Yasemin (ed.), Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s.53-76.
- KARA, İlhan: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Yetkin, Ankara 2021.
- KEÇECİOĞLU, Burak: “Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukukunun Uygulanması”, MÜHFHAD, 22(Özel Sayı), 2016, s.1649-1678.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Arabuluculuk Sözleşmeleri, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- KIRCA, Çiğdem: “6502 Sayılı TKHK’deki Düzenlemelerin Yorumlanması ve Görevli Mahkeme (6502 Sayılı TKHK’un Yorumu ve TKHK’da Düzenleme Bulunmayan Konularda Tüketici İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme-II)”, YD, 43(2), 2017, s.343-418.
- KOYUNCU AKTAŞ, Nihan: Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, Oniki Levha, İstanbul 2020.
- KÖK, Ahmet Nezi: “Hekim - Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı?”, UMD, (5), 2015, s.605-616.
- KÖSE, Yasin: “Avukatın Aydınlatma Yükümlülüğü”, TAAD, 12(45), 2021, s.29-52.
- KURŞUN, Ali Suphi: “Avukatlık Sözleşmesinin Tüketici İşlemi Bakımından Değerlendirilmesi”, TBBD, 32(142), 2019, s.289-304.
- KÜÇÜKDAĞLI, Ayşe: “Avukatlık Sözleşmesinin Tüketiciyi Koruyucu Hükümler Ekseninde Değerlendirilmesi”, HHFD, 12(2), 2022, s.1582-1619.
- LOKMANOĞLU, Salim Yunus: “İş Mahkemeleri Kanunu Işığında Arabuluculuk Kavramı”, TAAD, 9(33), 2018, s.863-885.
- MAKARACI BAŞAK, Aslı: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gereğince Ayıplı Hizmet Hükümlerinin Uygulama Alanı”, BÜHFD, 11(145-146), 2016, s.507-537.
- NARBAY, Şafak/AKKUŞ, Muhammed: “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramları Ekseninde Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, TAAD, 11(44), 2020, s.301-333.
- OĞUZ, Özgür: “Türk İş Hukukunda Arabulucunun Yükümlülükleri”, AndHD, 4(2), 2018, s.275-284.
- ÖZAY, Osman Levent: “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, ASEAD, 4(12), 2017, s.257-272.
- ÖZBAY, İbrahim: “Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa Elverişlilik”, TOGÜHFD, 1(1), 2023, s.1-22.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Alternatif), 5. Baskı, Yetkin, Ankara 2022.
- ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- ÖZEL, Mehmet: “Tüketici Haklarının Korunması Bağlamında Tüketici Hakem Heyetlerinin İncelenmesi: Büyükçekmece Tüketici Hakem Heyeti Örneği”, in Zeytin Çağrı, Gözde (ed.), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, Oniki Levha, İstanbul 2020, s.71-95.
- ÖZMUMCU, Seda: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış”, DEÜHFD, 16(Özel Sayı), 2014, s.831-871.
- SARIHAN, Banu Bilge: “Tüketici Hukuku Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk Uygulaması”, NEÜHFD, 4(2), 2021, s.415-440.
- SELÇUK, Seyhan: “Tüketici Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Dava Şartı”, ABÜHFD, 8(16), 2020, s.1173-1213.

- SOMER, Pervin: “Tüketici Uyuşmazlıklarında Alternatif Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk ve Avantajları”, in Zeytin Çağrı, Gözde (ed.), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, Oniki Levha, İstanbul 2020, s.97-108.
- SÖĞÜT, İpek Sevdâ: “Biyotıp Sözleşmesi Hükümlerinin İç Hukuktaki Düzenlemelere Etkisi”, TıpHD, (14), 2018, s.181-208.
- SÜLEYMAN, Ahmet: “Tüketici Yargılamaları Açısından Tüketici Mahkemeleri ve Tüketici Hakem Heyetleri”, İBD, 94(5), 2020, s.250-275.
- ŞAHİN MCCARTHY, Oya: “Tüketici Sözleşmelerini Diğer Sözleşmelerden Ayıran Unsurlar”, in Şahin Mccarthy, Oya/Dinç, Mutlu (ed.), Tüketici Hukuku Davaları, Seçkin, Ankara 2021, s.65-93.
- TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Yetkin, Ankara 2020.
- TAŞDELEN, Nihat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Sıfatı”, İKÜHFD, 16(2), 2017, s.705-719.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), Yetkin, Ankara 2012.
- TEKTEN, Emel: “Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukuki Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri”, SÜHFD, 31(1), 2023, s.1-34.
- TOPALOĞLU, Mustafa: “Arabuluculuk Merkezleri ve Hukuki Statüleri”, <https://www.mtopaloglu.av.tr/img/makaleler/arbuluculuk-merkezleri-ve-hukuki-statuleri-591.pdf>, (Erişim: 20.12.2023).
- TUTUMLU, Mehmet Akif: “Yeni Yasal Düzenlemeler ve İçtihatlar Işığında Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı”, Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, in Zeytin Çağrı, Gözde (ed.), Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları, Oniki Levha, İstanbul 2020, s.181-244.
- TUTUMLU, Mehmet Akif: “Tüketici Uyuşmazlıkları Bakımından Tüketici Kavramı ve Bu Kavramın Kapsadığı Kişiler”, in Şahin Mccarthy, Oya/Dinç, Mutlu (ed.), Tüketici Hukuku Davaları, Seçkin, Ankara 2021, s.1095-1123.
- TUTUMLU, Mehmet Akif: “Tüketici Hakem Heyetlerinde Uyuşmazlık Çözümü”, in Şahin Mccarthy, Oya/Dinç, Mutlu (ed.), Tüketici Hukuku Davaları, Seçkin, Ankara 2021, s.1095-1123.
- TÜZEMEN ATİK, Ebru: “Ticari İş ve Tüketici İşlemi Kavramlarının Ticari Davaya ve Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri”, SÜHFD, 30(3), 2022, s.1515-1560.
- UYUMAZ, Alper/TÜRK, Mehmet Cemil: “Tacirin Tüketici Sıfatı”, AÜHFD, 72(3), 2023, s.1591-1633.
- ÜNAL, Salih: “Arabuluculuk Merkezleri Bakımından Şirketleşme, Vergi ve Fatura Düzeni”, in Yeşilirmak, Ali/Bozkurt Gümrukçuoğlu, Yeliz/Yakacak, Gülnihal Ahter/Kafalı, Ömer Faruk (ed.), Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu Bildiri Tam Metin Kitabı, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021, s.231-243.
- YENİCE, Özge: “Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği”, LHD, 13(156), 2015, s.71-86.
- YENİOCAK, Umut: “AB Adalet Divanı’nın 15.01.2015 Tarihli Kararı Işığında Avukatlık Sözleşmesinin Bir Tüketici İşlemi Olup Olamayacağı Sorunu”, THD, 10(110), 2015, s.37-45.
- YERKAYA, Kübra: Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yargılama Usulü, Oniki Levha, İstanbul 2018.
- YILMAZ, Yasemin: Özel Hastane İşleticisinin Hastaneye Kabul Sözleşmesi Çerçevesinde Yürütülen Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Sorumluluğu, Oniki Levha, İstanbul 2019.
- YILMAZ, Ejder/YARDIM, Ertan: Milli Şerh - 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem (ed.), Aristo, İstanbul 2016.
- YÜCER AKTÜRK, İpek: “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, GÜHFD, 20(2), 2016, s.103-128.
- ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Seçkin, Ankara 2016.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Hatice Kübra ERÇOŞKUN ŞENOL, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Hatice Kübra ERÇOŞKUN ŞENOL, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayını ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARI VERİLMESİNİN ŞARTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE KARARIN UYGULANMASINA İLİŞKİN REFORM ÖNERİLERİ

EVALUATION OF THE CONDITIONS FOR THE DECISION TO SUSPENSION THE EXECUTION AND REFORM PROPOSALS RELATED TO THE IMPLEMENTATION OF THE DECISION

Elif BAYDEMİR*  

Makale Bilgi

Gönderi: 11/06/2023
Kabul : 20/05/2024

Anahtar Kelimeler

Hukuk Devleti İlkesi,
Yürütmenin
Durdurulması,
İdarenin Yargısal
Denetimi.

Article Info

Received: 11/06/2023
Accepted: 20/05/2024

Keywords

Rule of Law Principle,
Stay of Execution,
Judicial Review of the
Administration.

Özet

Yürütmenin durdurulması müessesesi, idarenin işlemlerinin yargısal denetiminin önemli bir aşamasıdır. Türk hukukunda İşlemin muhatabının, idarenin işlemine karşı hukuka aykırılık iddiasıyla yargı denetimine başvurusu kural olarak işlemin icra edilmesini kendiliğinden durdurmamaktadır. Yürütmenin durdurulması tam da bu noktada karşımıza çıkan bir tür fren mekanizmasıdır. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin işlemlerindeki olası hukuka aykırılıklara yargılama sonuçlanıncaya dek geçici süre ile de olsa müdahale edilebilmesi bireyin idare karşısındaki güçsüz konumuna önemli bir güvence sistemi getirmektedir. Mevzuatta normatif düzeyde temellendirilen yürütmenin durdurulması kararının şartları hem düzenleniş itibarıyla hem de zaman içerisinde getirilen değişiklikler nedeniyle tartışmaya açıktır. Bu suretle akademik çalışmalar bakımından önem arz eden yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin şartları ve kararın uygulanması bu çalışmanın odak noktasıdır. Çalışmada, öncelikle yürütmenin durdurulması kararının hukuki niteliği, işlevi ve dava konusu işleme etkisi açıklanacak, ardından yürütmenin durdurulması kararı verilmesi şartlarının tartışılmalı noktaları değerlendirilecek, son olarak yürütmenin durdurulması kararının işlevselliğinin artırılmasına yönelik reform önerilerinin uygulanabilirliği, adli yargıda uygulanan ihtiyati tedbir kararı bağlamında tartışılacaktır.

Abstract

The institution of a stay of execution is an important stage of judicial review of the administration's transactions. In Turkish law, the application of the addressee of the transaction to judicial review against the administration's transactions with the claim of unlawfulness does not, as a rule, automatically suspend the execution of the transaction. Stay of execution is a kind of braking mechanism that we encounter at this point. As a requirement of the rule of law, to intervene, even temporarily, in possible illegalities in the administration's actions until the trial is concluded, provides an important assurance system to the individual's unequal position against the administration. The terms governing the decision to grant a stay of execution, as prescribed by legislation, are subject to discussion, both with regards to their regulation and the modifications made over time. Because of this, the conditions of the stay of execution decision, which is important for academic studies, and the implementation of the decision are the focus of this study. The first stage of this work will focus on understanding the legal character stay of execution decision, function, effects of subject matter of case. The work will then explore the controversial aspects related to the conditions for granting a stay of execution decision. Finally, an evaluation will be carried out to consider potential reforms that could enhance the effectiveness of stay of execution rulings, particularly within the framework of preliminary injunctive relief in the civil justice.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** BAYDEMİR, Elif: "Yürütmenin Durdurulması Kararı Verilmesinin Şartlarının Değerlendirilmesi ve Kararın Uygulanmasına İlişkin Reform Önerileri", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.159-173. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

One of the important parts of our administrative justice system is the institution of stay of execution. Until the illegality of the administration's actions is determined by a court decision, the action is assumed to be legal. However, filing a lawsuit against the action does not stop its enforcement. Therefore, mechanisms are provided by the constitution and the legislator to ensure the protection of individual rights until the court decision is reached. One of these mechanisms is the regulations on stay of execution.

The institution of stay of execution in the Turkish administrative justice system plays a "balance" role. It is worth considering stay of execution from many perspectives as it provides a protection mechanism for individuals until the end of the trial. However, there are criticisms that there are deficiencies in this protection mechanism that contradict the principle of the rule of law. The research question of this study is the critical aspects of the institution of stay of execution. Looking at its historical development, it's evident that there have been numerous revisions in the regulations governing the suspension of enforcement. Furthermore, these changes have introduced new concepts to the field of administrative law.

The conceptual problems caused by these changes and the wording of the regulation on stay of execution are among the titles examined in academic studies. Thus, in this article, the critical aspects of the regulations on stay of execution will be identified and some suggestions will be made. To begin with, it is crucial to highlight the challenges posed by the scope and limitations of the terms "damage that is difficult or impossible to compensate" and "explicit illegality," which are among the prerequisites for a decision to suspend execution. Furthermore, a new concept expressed as "an act whose effect is exhausted by its application" has been foreseen in the regulation, which is not included in the classical types of administrative acts. Although it can be understood from the justification of the article amendment what the aim of the legislator was, unfortunately, what should be understood from the concepts in the law justifications has not been clearly stated. Therefore, this study focuses on what might be included in such ambiguous points. In addition to conceptual problems, it is known that there is a negative and critical tendency among administrative courts not to decide on the stay of execution in practice.

The tendency of administrative justice to decrease and to be criticized for not being able to balance the interest of individuals and public interest while evaluating whether the conditions for stay of execution are present in concrete cases is also criticized. This situation delays individuals' search for justice, especially in critical administrative acts such as appointments. Thus, this study aims to explore potential solutions to existing criticisms within its scope. There is a regulation in administrative law that can be considered as a guide at this point. In other words, there are institutions similar to the decision to suspend the execution given by the administrative court in private law litigation. From this perspective, the need for reform of the provisions regarding the stay of execution has been evaluated within the scope of the study. The existence of similar practices in private law litigation and problematic points in current legal regulations demonstrate the necessity of an academic study on the stay of execution given by administrative judicial authorities. Therefore, it has been concluded that similar regulations applied in judicial proceedings can be adapted, taking into account the unique characteristics of administrative justice. In particular, the possibility of giving the decision to suspend the execution before filing a lawsuit should be evaluated. On the other hand, assigning a specific administrative judicial authority or judge to give the decision to suspend the execution is also among other reform proposals.

The research questions of our study are what are the problematic aspects of legal regulations regarding stay of execution and what are their critical aspects for a decision to suspend execution? In order to explain the conceptual framework, general administrative justice law books, and monographic works were used. Sample court decisions on this issue were also included in the text. As a method, a critical approach was adopted towards legal regulations and court decisions. A mixed method was adopted for explaining the conceptual framework. As a result of our findings mentioned above, our study includes reform proposals that should be made in legal regulations regarding stay of execution in the conclusion section. These reform proposals aim not only to contribute to administrative law literature but also to highlight important points that legislators should consider when making regulations regarding stay of execution. In other words, based on different practices with similar characteristics in private law litigation, some proposals have been made to make the institution of stay of execution more functional in terms of the administrative justice process.

I. GİRİŞ

İdare kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanarak idari faaliyetleri gerçekleştirirken bireyin hukuki durumunu etkileyen idari işlemler tesis eder. İdarenin işlemleri kural olarak hukuka uygunluk karinesinden yararlanır. İdari işlemin hukuka aykırılığını iddia eden bireyin yargı yoluna başvurması gerekir. Hukuka aykırılık iddiasında bulunan bireyin, yargı yoluna başvurmasının etkileri, ülkelerin benimsediği hukuk sistemlerine göre değişiklik göstermektedir. İdari işlemin icrasının durdurulması için başvuru konusu işlemin idari yargıda inceleniyor olması idari işlemin icrasını kendiliğinden durdurabilir¹. Örneğin Almanya’da vergi işlemlerine karşı iptal davası açılması idari işlemin icrasının kendiliğinden durdurulmaktadır². Dolayısıyla vergi işlemlerine karşı dava açılması yargılama sonuçlanıncaya dek “durdurucu etki” yapmaktadır. Hollanda, İngiltere gibi ülkelerin hukuk sistemlerinde işlemin icrasının durdurulması için idare tarafından “durdurma kararı” verilebileceği öngörülmüştür³. İdari rejimin hakim olduğu Fransa, İtalya, Yunanistan gibi ülkelerde idari yargıda “geçici yargısal koruma sağlayan mekanizmalar” öngörülmüştür⁴. İdari rejim benimsenen ülkemizde de idari dava açılmasının idari işleme etkisi, geçici yargısal koruma mekanizması olarak öngörülmüştür. Türk İdari yargı sisteminde, bir idari işlemin yürütülmesinin durdurulması ancak yargı kararı ile mümkündür⁵.

İdari işleme karşı yapılan başvuruların, kural olarak işlemin icrasını durdurmayacağı yönündeki yerleşik kabul, ilk olarak Fransa’da ortaya çıkmıştır⁶. Türk hukukunda 1964 yılından beri varlığı sürdüren ve geçici yargısal koruma olarak nitelendirilen “yürütmenin durdurulması” müessesesi, Fransa’da 22 Temmuz 1806 tarihli Conseil d’État Hakkında Kararname ile düzenlenmiş ve bu tarihten beri uygulanmaktadır⁷.

Türk hukukunda ve diğer hukuk sistemlerinde uygulanmakta olan, idari işlemin uygulanmasının geçici olarak askıya alınmasını sağlayan yürütmenin durdurulması müessesesi, idari işlemin icraîlik özelliğinin karşısında yer almaktadır⁸. İdarenin hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve re’sen icra edilebilen icrai işlemleri, başkaca bir işlemin varlığı aranmaksızın muhatapları üzerinde doğrudan hukuki sonuç doğurmaktadır⁹. İdarenin işlemlerinin re’sen icra edilebilirliğinin önlenmesi idari yargı merciinin vereceği yürütmenin durdurulması kararına bağlıdır¹⁰.

Fransızca’da “*sursis à exécution*”¹¹, İngilizce’de “*suspension of execution, a stay of execution*”¹² ve Almanca’da “*Eintswelige Anordnung*”¹³ olarak ifade edilen yürütmenin durdurulması kavramı, uygulamayı erteleme, icrayı ihmal etme, mühlet verme anlamlarına gelir¹⁴. Türk idari yargılama hukukunda yürütmenin durdurulması, mevzuatta yer alan şartların birlikte arandığı, telafisi güç veya imkansız zararların bertaraf edilmesine yönelik, bireye geçici koruma sağlayan bir olanaktır¹⁵.

Bu çalışmada öncelikle yürütmenin durdurulması müessesesinin işlevi ve hukuki niteliğine değinilecektir. Devamında idari yargı merciinin yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi için mevzuatta düzenlenen telafisi güç veya imkansız zarar ve açıkça hukuka aykırılık şartlarının teori ve uygulamada nasıl değerlendirildiği ortaya konulacaktır. Ardından, uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kavramı eleştirel bakış açısı ile değerlendirilecektir. Son olarak, yürütmenin durdurulması kararının uygulanmasına ilişkin bazı reform önerileri sunulacaktır.

II. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI MÜESSESESİNİN İŞLEVİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAVA KONUSU İŞLEME ETKİSİ

Kural olarak iptal davasının açılması işlemin yürütülmesini durdurmaz. İşlemin icra edilebilirliğinin askıya alınması için mahkemenin yürütmenin durdurulmasına karar vermesi gerekir. Ancak yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemleri ortadan kaldırmaz, yalnızca uygulanabilirliğine engel olur. Dolayısıyla,

¹ FROMONT, Michel: Avrupa Topluluğu’na Üye Devletlerde, İdari Kararlar Karşısında Bireylerin Geçici Olarak Korunması Sorunu Çev: Celal Erkut, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, 7(1-3), 1986, s.37.

² FROMONT, s.37. Ayrıca ülkemizde de İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin 4. fıkrasına göre vergi uyumsuzluklarından doğan davaların açılması dava konusu edilen bölümün tahsilatını durdurur.

³ FROMONT, s.46.

⁴ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.610; FROMONT, Michel, s.49.

⁵ ÇAĞLAYAN, s.611.

⁶ YAŞAR, Hasan Nuri: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Gerekçesi Olarak Anayasaya Aykırılık “Kanısı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72(2), 2014, s.751.

⁷ TORUN, Fatih: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.136. Söz konusu uygulama, 30 Eylül 1953 tarihli Kararname’nin 9. maddesi ile öngörülmüştür bkz. OYTAN, Muammer: Danıştay’da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ülkemiz Matbaası, Ankara, 1973, s.71.

⁸ YAŞAR, s.751.

⁹ ERKUT, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s.118-119.

¹⁰ ERKUT, s. 118-119. Benzer yönde: ASLAN, Zehreddin: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.49.

¹¹ GÖZLER, Kemal: Fransızca-Türkçe İdare Hukuku Terimleri Sözlüğü. <http://www.idare.gen.tr> (Erişim : 30.05.2023)

¹² Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/tr> (Erişim : 30.05.2023)

¹³ Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu 11. Bölüm 123§ Editör: SANCAKDAR, Oğuz: Fransız, Türk, Federal Alman İdari Yargılama Usulü Kanunları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 325 ve 374 <https://turcademy.com.tr> (Erişim: 08.10.2023).

¹⁴ OYTAN, s.138.

¹⁵ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Açıklamalı- İhtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, , Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.931. ATAY, Ender Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2023, s.295.

dava açılmış olmasının idari işlemin icra edilmesine engel olmayacağı yönündeki genel kural, geçici süreye askıya alınmış olur. Bu durum öğretide, idari yargı hakiminin idareye emir ve talimat veremeyeceği yönündeki kuralın bir nevi tersine çevrilmesi olarak yorumlanmıştır¹⁶. Öğretide yürütmenin durdurulması kararlarının “geçici nitelikte bir yargısal emir” olduğu savunulmuştur¹⁷. Gerçekten de kural olarak idari yargı mercileri idareye emir talimat veremez. Ancak idareye emir ve talimat verilememesi, idarenin hukuk sınırlarında davranmaya zorlanması gereğini dışlayamaz. Yürütmenin durdurulması kararı ile idareye işlemin uygulanmasına devam edilmemesi gerektiği söylenmiş olur ve bu hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Yürütmenin durdurulması kararı, idarenin üstün kamu gücü ayrıcalığından yararlanmasında karşısında taraflar arasındaki dengeyi korur¹⁸. Yürütmenin durdurulması kararı bir fren mekanizması olup, idari yargının amacıyla uyumlu, idareye yönelik, geçici nitelikte bir emir niteliğindedir¹⁹.

Yürütmenin durdurulması müessesesi tam yargı davalarında uygulanmaz. Bu müessese iptal davalarına özgü bir mekanizmadır²⁰. İptal davasının, ikincil nitelikte hak olarak tanınan yürütmenin durdurulması ile işlevselliği artmaktadır²¹. Yürütmenin durdurulması kararı ile, iptal davası sonuçlanana kadar, bireyin haklarını geri dönülemez biçimde ihlal edilebilecek potansiyeldeki dava konusu işleme karşı bir güvence mekanizması oluşturulmaktadır. Bu sayede Anayasa’da güvence altına alınan hak arama özgürlüğü bağlamında bireylere güçlü bir hukuki çare sağlanmaktadır²².

Yürütmenin durdurulmasının idari yargı bakımından önemli bir işlev gördüğü yargı kararlarıyla da sabittir. Anayasa Mahkemesi’nin 1979 tarihli kararında iptal davasında zayıf konumdaki davacının haklarının korunmasında yürütmenin durdurulması müessesesinin katkısının büyük olduğu vurgulanmış, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi talebinin dava hakkına göre ikincil nitelikte olduğu belirtilmiştir²³. Gerçekten de yürütmenin durdurulması kararı dava açma hakkıyla bağlantılıdır. Yargılama devam ederken idarenin, hukuk sınırlarında kalmasını sağlama yönelik, bireye ek bir imkan sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin 2010 tarihli kararında, yürütmenin durdurulması müessesesinin, bireyleri hukuka aykırı işlemlere karşı korumak ve dava sonuçlanıncaya kadar telafisi zor ya da imkansız sonuçları önlediği vurgulanmıştır²⁴. Yüksek Mahkeme, kararında yürütmenin durdurulması kararının yargı denetiminde etkinliği sağlayan araç işlevi gördüğü ve dolayısıyla dava açma hakkının parçalarından birini oluşturduğu belirtmiştir.

Yürütmenin durdurulması kararlarının hukuki niteliği öğretide değerlendirilmiştir. Akyılmaz, Sezginer, Kaya, yürütmenin durdurulması kararlarının “geçici karar” niteliğinde olduğunu belirtmiştir²⁵. Çağlayan, hükümden önce verilmiş olmasına rağmen teknik açıdan bir ara karar kabul etmemekte, davanın esasına etkisi olmadığından bahisle “idari yargıya özgü yargısal karar” olarak değerlendirmektedir²⁶. Ulusoy’a göre yürütmenin durdurulması kararı işlemin uygulanmasının ertelenmesini ifade eden “yargısal tedbir kararı”dır²⁷. Tekinsoy ise yürütmenin durdurulması kararının, yargı organının dosyada el çekmesini gerektiren bir karar niteliğinde olmadığını, “ara karar” olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir²⁸. Benzer şekilde Kılınç, yürütmenin durdurulması kararlarını, idari işleminin uygulanmasını öteleyici etki doğuran, birey bakımından “koruyucu tedbir anlamına gelen ara kararlar” olarak nitelemiştir²⁹. Kıratlı ise, yürütmenin durdurulması kararının niteliğini, davanın esasına etkisi olmayan, “koruyucu nitelikteki tedbir” olarak değerlendirmektedir. Yazar, yürütmenin durdurulması kararlarının, idari işleme ilişkin ciddi boyutta şüphe içeren “kanunsuzluğun” ve işlemin doğurabileceği telafisi güç veya imkansız zararın önlenmesi amacıyla verildiğini ifade etmiştir³⁰.

Yürütmenin durdurulması kararlarının işlevini ortaya koyabilmek için iptal kararları arasındaki farklara değinmek gerekir. Bu husus reform ihtiyacı bakımından da önemlidir. Yürütmenin durdurulması kararı iptal kararından farklı olarak, sadece kararın verildiği anda işlemin hukuka aykırılığını tespit eder³¹. Öğretide Çağlayan, yürütmenin durdurulması kararının, iptal kararından farklı olarak sadece “bir hukuka aykırılık karinesi” olduğunu, iptal kararının ise hukuka aykırılığı kesin biçimde tespit eden karar olduğunu ifade etmiştir³². Gerçekten de yürütmenin durdurulması kararı, hukuka uygunluk karinesini tersine çevirir. Yürütmenin durdurulması kararlarının hukuka aykırılık karinesi taşıdığı söylenebilir. Bu karinenin aksi ispat

¹⁶ OYTAN, s.28.

¹⁷ ERDİNÇ, Burcu: Yargısal Emir Kavramı ve Türk Hukuk Uygulamasındaki Yansımaları Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilimdalı, Doktora Tezi, Ekim 2021, s.134. <https://tez.yok.gov.tr> (Erişim 01.10.2023).

¹⁸ İŞİK KARAKUŞ, Zehra: “Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Gerekece Sorunu”, AHBVÜ-HFD, 26(1), 2022, s.540 <https://dergipark.org.tr/tr> (Erişim 08.10.2023).

¹⁹ ERDİNÇ, s.135.

²⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s.458.

²¹ TURHAN, KASAPOĞLU, Mine: “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2013, s.2.

²² TURHAN KASAPOĞLU, s.2.

²³ AYM, 21.06.1979, E.1979/1, K.1979/30. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim: 20.05.2023).

²⁴ AYM, 03.06.2010, E.2008/77, K.2010/77, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim: 20.05.2023).

²⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.468.

²⁶ ÇAĞLAYAN, s.613.

²⁷ ULUSOY, Ali: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5.Baskı Ankara, 2022, s. 831.

²⁸ TEKİNSOY, Ayhan: “Danıştay’ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması”, İnÜHFD, 5(2), 2014, s.28.

²⁹ KILINÇ, Bahadır: Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Adil Yayınevi, Ankara, 1998, s.29.

³⁰ KIRATLI, Metin: “Yürütmenin Durdurulması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi, 21(4), 1966, s.182.

³¹ KILINÇ, s.29.

³² ÇAĞLAYAN, s.612.

edilebilir, zira mahkemece yapılan inceleme neticesinde yürütmenin durdurulması kararı verilmesine rağmen işlemin iptaline karar verilmeyebilir. O halde bu kararlar sadece zamanı mı durdurur yoksa zamanı geri sardığını da söylemek mümkün müdür? Danıştay içtihadında ve öğretide, yürütmenin durdurulması kararlarının da geriye yürüyeceği³³ diğer deyişle idari işlemin hiç yapılmamış sayılacağı ve yürütmenin durdurulması kararı ile işlem tesis edilmeden önceki duruma döndüğü ifade edilmiştir³⁴. Bu yönüyle iptal kararları ile benzer sonuç doğuran yürütmenin durdurulması kararının ardından işlem hukuk alanında hiç doğmamış gibi olacak, işlemin tesisinden önceki ana dönülmüş olacaktır. Yürütmenin durdurulması kararı verildiği anda, işlem hiç yapılmamış gibi kabul edildiğinden, işlevsel bir “yargısal fren” işlevi görmektedir. Bu fren mekanizması dava konusu işleme dair hukuka aykırılık karinesinin bir sonucudur. Yürütmenin durdurulması kararının bu işlevinin artırılması için mevzuatta öngörülen şartların gözden geçirilmesi gerekir. Mevzuatta, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için kümülatif biçimde aranan sıkı şartlar öngörüldüğü, istisna ve istisnanın istisnası sayılabilecek, yeni idari işlem kategorisine yer verildiği görülmektedir.

III. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARI VERİLMESİNİN ŞARTLARINA ELEŞTİREL BAKIŞ

A. Anayasa'nın Yürütmenin Durdurulması Kararı Verilmesine İlişkin Hükmüne Genel Bakış

Anayasa'nın 125. maddesinin 5. fıkrasına göre “İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.”

Anayasa'nın düzenlemesi bakımından dikkate çekici ilk nokta yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlandırılabilmesidir. Anayasa'nın 125. maddesinin 6. fıkrasına göre “Kanun, olağanüstü hallerde, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.” Anayasa, İYUK'tan sonra yürürlüğe girmiştir³⁵. Anayasa'nın yürütmenin durdurulmasına ilişkin düzenlemelerinde, İYUK'un referans alındığı söylenebilir³⁶. İYUK'un 27. maddesinin ilk halinde yürütmenin durdurulmasının ilişkin sınırlama sebepleri³⁷ öngörülmüş ancak daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır³⁸. Buna rağmen Anayasa'da yer alan sınırlama sebepleri varlığını sürdürmüş ve çıkarılan başkaca kanunlarda yürütmenin durdurulmasının sınırlandırılması hususunda benzer hükümler öngörülmüştür³⁹. Öğretide, bunun amacının yürütmenin durdurulması kararı verilmesi yetkisinin yargı yerlerince kullanılmasını zorlaştırmak olabileceği savunulmuştur⁴⁰.

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesine ilişkin kanun koyucuya tanınan sınırlama yapabilme yetkisi sorunludur. Anayasa koyucunun, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini istemediği hallere ilişkin çerçeve çizerek “korunaklı bir alan” yarattığı görülmektedir. Söz konusu hükmün problemi olduğu kanaatindeyiz. Olağanüstü haller, seferberlik, savaş, milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ifadeleri yürütmenin durdurulması kararı verilmesini imkansız hale getirebilir. Dolayısıyla Anayasa'da getirilen sınırlamaların bireyin hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırması muhtemeldir. Öte yandan yürütmenin durdurulması kararı somut olaya göre yargı organınca verileceğinden, yasama organına kanunla sınırlama yapma yetkisi verilmesinin ülkenin içinde bulunduğu koşullara göre kötüye kullanılma ihtimali bulunmaktadır. Özellikle milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık gibi sebeplerle idarenin işleminin hukuka aykırılığı şüphesi denetimsiz bırakılmamalıdır. Bu durum hukuk devleti ilkesi açısından sakıncalıdır.

Yürütmenin durdurulması kararı verilmesine kanunla sınırlama imkanı getiren Anayasa hükmü hususunda Anayasa Mahkemesi'nin kanunla sınırlamayı hukuka uygun görmediği kararları bulunmaktadır. Örneğin 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun'da⁴¹ öngörülen yürütmenin durdurulması kararı verilmesini kısıtlayan düzenlemeye karşı Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır. İptal kararında, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine kanunda yer verilecek bir düzenlemeyle istisna getirilebilmesi için üstün bir kamu yararının bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Yüksek Mahkeme somut olayda söz konusu şartların göz ardı edilebilmesini meşru kılacak düzeyde kamu

³³ Farklı görüş için bkz. KOÇAK, Nazım Taha: Dilekçe ve Uygulamada Yürütmenin Durdurulması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.30.

³⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.466; ÇAĞLAYAN, s.635.

³⁵ 2577 Sayılı Kanun RG: 20.1.1982. 1982 Anayasası RG: 20.10.1982, 17844. Daha sonra 7.11.1982'de halkoylamasına sunulmuş, RG: 9.11.1982,17863 yeniden yayımlanmıştır.

³⁶ ASLAN, s.71.

³⁷ 27. maddenin ilk halinde 9, 10. ve 11. fıkra sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Maddenin ilk haline göre “...Savaş halinde yürütmenin durdurulmasına karar verilemez. Sıkıyönetim veya olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde görevli olan veya sonradan bu bölgelerde görevlendirilen kamu personeli hakkında yapılan idari işlemlere ilişkin davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez. Olağanüstü halin ilan edildiği bölgelerde grev ve lokavt ile toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin ertelenmesi, dernek ve kuruluşların kapatılması veya faaliyetten menedilmesi kararlarına ilişkin davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez” bkz. RG: 20.01.1982, 17580 s.37 <https://www.resmigazete.gov.tr> (Erişim: 20.05.2023).

³⁸ 4001 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesi için bkz. <https://www.5tmm.gov.tr> (Erişim: 20.05.2023).

³⁹ Yürütmenin durdurulmasının kanunla sınırlandırılması konusundaki örnekler için TURHAN KASAPOĞLU, s.4.

⁴⁰ TEKİNSOY, Ayhan: İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s.58.

⁴¹ Dava konusu 6. maddenin ilgili fıkrası şu şekildeydi: “Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir. Bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.” AYM, 27.02.2014 E.2012/87, K.2014/41, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim: 20.05.2023).

yararının bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme, 6306 sayılı Kanun'un amaç maddesini ve gerekçesini de göz önünde bulundurarak, afet riski altındaki alanlara ilişkin yapılacak idari işlemlerde yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna getirilmesinde derhal gerçekleşmesi gereken üstün kamu yararı bulunmadığından bahisle iptal kararı vermiştir⁴². Mahkeme kararının yerindedir. Zira yürütmenin durdurulması kararının işlevi de dikkate alındığında, kanun koyucunun yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek alanlar öngörme yetkisini, maksadını aşacak biçimde kullanabileceği görülmektedir. Yetkinin hukuka uygun kullanmaması hukuk devleti ilkesini zedelemektedir. Bu gibi durumların gündeme gelmemesi için Anayasa'nın yürütmenin durdurulması kararı verilmesine kısıtlama getirilmesine imkan tanıyan hükmünün gözden geçirilmesi gerekmektedir. Söz konusu hüküm hak arama özgürlüğünü ihlal etme potansiyeli taşımaktadır.

B. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Yürütmenin Durdurulması Kararı Verilmesine İlişkin Düzenlemesine Genel Bakış

İYUK'un 27. maddesinde, "Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz" hükmünden sonra Anayasa'nın düzenlemesine benzer şekilde,

"Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler"

öngörülmüştür. Maddede öngörülen şartların kümülatif biçimde gerçekleşmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Kanun'un lafzından anlaşıldığı üzere yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için mahkemeden talep edilmesi gerekmektedir. Bu husus Kanun'da defaatle vurgulanmıştır. Örneğin 27. maddenin 3. fıkrasına göre istemin yerinde olmadığına dilekçe ve eklerinden anlaşılması halinde istem idarenin savunması alınmadan reddedilebilir. 5. fıkrada süreler düzenlenirken yürütmenin durdurulması istemli davadan bahsedilmiştir. Öğretide talep olmaksızın yürütmenin durdurulması kararı verilir verilemeyeceği hususu tartışılmıştır. İYUK'tan önceki dönemde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi bir usul kuralı öngörülmediği için Danıştay tarafından bir takım usuli şartlar geliştirildiğini, buna göre yürütmenin durdurulması kararının, davacının istemine bağlı olarak verilmeye başlandığı, istemin yapılması için, açılmış davanın bulunması gerektiği belirtilmiştir⁴³. Kılınç, talep olmadan re'sen ara karar verilebileceğini belirterek, yürütmenin durdurulması kararı ile ara kararlar arasında fark olduğunu ve talep olmaksızın diğer deyişle re'sen yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin mümkün olmadığını savunmuştur⁴⁴. Tazegül, düzenlemede açıkça belirtilmemesine rağmen bu kararların sadece talep üzerine alınabilecek kararlardan olduğu hususunda ısrarcı olmanın müessesenin amacına aykırı olduğunu belirtmiştir⁴⁵. Tazegül'e göre, idari yargı mercilerinin talep olmadan yürütmenin durdurulması kararı vermemesine yönelik tutumların, esasen kanun hükmünün dar yorumlanması nedeniyle oluşan yargısal bir teamülün ortaya çıkardığı sonuçtur⁴⁶. Bu durum tutuk adalet anlayışına neden olmaktadır⁴⁷. Dolayısıyla idari yargı mercilerinin tarafın talebiyle bağlı kalmaksızın, gerekli gördüğü durumlarda kendiliğinden yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi gerekir⁴⁸.

Yürütmenin durdurulması kararının re'sen verilebilmesi imkanının getirilmesi bu kurumu daha işlevsel hale getirecektir. Kanun'da emredici bir ifade olmamasına rağmen, uygulamada sadece talep edilmesi halinde yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği yönündeki yargısal teamül değişmeli, yenilikçi bir bakış açısı geliştirilmelidir.

Yürütmenin durdurulmasında değerlendirilmesi gereken hususlardan diğeri savunma alınmasıdır. İYUK'un 27. maddesine göre yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için savunma alınması veya savunma süresinin geçmesi gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda savunma alınmaksızın yürütmenin durdurulması kararı verilmesi de mümkündür. Maddede yer alan savunma alınması şartına ilişkin düzenlemeye karşı, 2012 yılında Anayasa Mahkemesi'nde anayasaya aykırılık iddiası ile dava açılmıştır⁴⁹. İptal talebinin gerekçesine göre, 6352 sayılı Kanun'un 57. maddesi ile İYUK'un 27. maddesinde yapılan değişiklikle, idari yargı mercilerinin yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi için Kanun'da öngörülen şartlara ek bir şart getirilmektedir. Diğer deyişle, kanun koyucunun iradesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin şartlarına, Anayasa'da öngörülmemiş bir şart eklenmesinin anayasaya aykırı olacağı ileri sürülmüştür⁵⁰. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi adına bu müessesenin hızlandırılması için diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde yeni yöntemler geliştirilmeye çalışılırken, bizim sistemimizde yürütmenin durdurulması kararı verilmesini zorlaştırılması eleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi 2012 yılında söz konusu düzenlemeyi hukuka aykırı bulunmamıştır. Halbuki ek şart yürütmenin durdurulmasının amacı ile bağdaşmamaktadır. Düzenleme hak arama özgürlüğü bakımından sorunludur. Mahkemenin kararı

⁴² AYM, 27.02.2014 E.2012/87, K.2014/41, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim: 20.05.2023).

⁴³ ASLAN, s.71.

⁴⁴ KILINÇ, s.34. Benzer yönde ÇAĞLAYAN, s.614.

⁴⁵ TAZEGÜL, İsmail/GÜLLÜ, Yavuz: "İdarenin Yargısal Denetiminde Yürütmenin Durdurulması Kavramına Farklı Bir Bakış: Mahkemenin Re'sen Yürütmenin Durdurulması Kararı Verme Yetkisi", YÜHFD, 10(1), 2013, s.62.

⁴⁶ TAZEGÜL/GÜLLÜ, s.62.

⁴⁷ TAZEGÜL/GÜLLÜ, s.62.

⁴⁸ TAZEGÜL/GÜLLÜ, s.64, 69.

⁴⁹ AYM, 04.07.2013, E.2012/100, K.2013/84 <https://www.resmigazete.gov.tr> (Erişim: 27.05.2023).

⁵⁰ AYM, 04.07.2013, E.2012/100, K.2013/84 (İptal istemi gerekçesi 9 nolu paragraf).

yerinde değildir. Anayasa'nın çizdiği çerçevenin ötesinde ek bir şart getirilmesi normlar hiyerarşisi bakımından anayasaya aykırıdır. Hukuk devletinde, ciddi bir hukuka aykırılık şüphesinin varlığı halinde yargı organı beklemeksizin önleyici güvence mekanizmasını işletmelidir. Savunma alınmasının beklenmesi veya sürenin geçmesinin beklenmesi yargılamada, birey için hak ve zaman kaybına neden olabilir. Silahların eşitliği ilkesi taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi gerekmektedir. Savunma alınmasının beklenmesi veya savunma süresinin geçmesinin beklenmesi eşitsizliği artırmaktadır. Yürütmenin durdurulması müessesesinin zorlaştırılması adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesini güçleştirmektedir. Dolayısıyla bu haliyle hukuk devleti ilkesini zedeleyen, yürütmenin durdurulması kararının amacını zayıflatan düzenleme gözden geçirilmelidir. Öte yandan yürütmenin durdurulması kararı için idarenin savunmasının alınması, idarenin işlemi yaparken ortaya koymak istediği iradenin mahkemece anlaşılması bakımından önemli olduğu söylenebilir. Örneğin, Twitter isimli internet sitesine erişimin engellenmesi işlemi hakkında verilen yürütmenin durdurulması kararının karşı oy yazısında, idarenin hukuk sınırları içinde kalıp kalmadığının, idarenin savunması alınarak anlaşılacağı savunulmuştur. Karşı oy uyarınca, idarenin vereceği cevaplara göre, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartları kümülatif biçimde aranarak yürütmenin durdurulması kararı verilebilecektir⁵¹. Her ne kadar savunma alınması, işlemin yapılmasına yönelen iradeye ışık tutsa da yürütmenin durdurulması kararını bir tür acil müdahale olarak görmek gerektiğinden, söz konusu düzenlemenin sistemi aksattığı kanaatindeyiz.

Savunma alınması şartının getirdiği tartışmalara 6352 sayılı Kanun'la bir yenisi eklenmiştir. Bu Kanun'la İYUK'un 27 maddesinin 2. fıkrası değiştirilmiş ve idarenin savunma alınmasının istisnası olan "uygulanmakla etkisi tükenen işlemler" ifadesine yer verilmiştir. Dava konusu işlem uygulanmakla etkisi tükenen işlem kategorisinde ise idarenin savunmasının alındıktan sonra tekrar değerlendirmek üzere savunma alınmaksızın, daha erken bir safhada yürütmenin durdurulması kararı verilmesi mümkündür. Bu düzenleme ile uygulanmakla etkisi tükenen işlemleri idari işlem teorisi bağlamında nasıl konumlandırmak gerektiği tartışma konusu haline gelmiştir.

2014 yılında ise 6526 sayılı Kanun'la İYUK 27. maddesinin 2.fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere "istisnanın istisnası" şeklinde nitelendirilen işlem kategorisi öngörülmüştür. Buna göre kamu görevlileri hakkında tesis edilen bazı idari işlemler kanun koyucu tarafından uygulanmakla etkisi tükenen işlemler kategorisine dahil edilmemiştir. Kanun koyucunun bazı işlemler özelinde güvenceli alan yaratma eğilimi hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kamu görevlileri hakkında tesis edilen bazı işlemler bakımından savunma alınmasının beklenmesi ilgili kamu görevlisinin aleyhine tesis edilen işlemler bakımından geri dönülemez zararlara yol açabilecektir. Dolayısıyla bu düzenlemenin de gözden geçirilmesi, belirli bir gruba yönelik idare işlemlere güvence sağlanması uygulamasından vazgeçilmesi gerekmektedir.

Son olarak yürütmenin durdurulması kararına ilişkin gerekçe göstermek zorunluluğuna da değinmek gerekir. Kanun'da öngörüldüğü üzere yürütmenin durdurulması kararı gerekçeli olarak verilmelidir. Gerekçe gösterme zorunluluğu öğretide eleştirilmiştir. Örneğin Evsen, mahkemelere yürütmenin durdurulması kararında gerekçe belirtme zarureti öngörülmesinin esasen yargı merciiine yürütmenin durdurulması kararı vermemesi için "örtülü bir mesaj" olduğunu savunmaktadır⁵². Hakim iş yükünün fazla olması nedeniyle gerekçe yazmaktan imtina edebileceği düşünülebilir. Bu nedenle de yürütmenin durdurulması kararı vermenin hakimlere psikolojik açıdan bir yük getireceği savunulabilir. Kanaatimizce mahkeme kararlarının gerekçeli olması hukuk devletinin bir gereğidir. Mahkemelerin iş yükü vb. sebeplerle veya mesleki endişelerle gerekçe ilkesini bir külfet olarak görmesi kabul edilemez. Gerekçe gösterme zorunluluğunun yürütmenin durdurulması kararı verilmesini güçleştirdiğini savunmak mümkün değildir. Özellikle yürütmenin durdurulması talebinin reddi halinde talepte bulunanın, mahkeme kararının gerekçesini öğrenmesi ve itiraz edebilmesi adil yargılanma hakkı bakımından hayati öneme sahiptir. O halde talebin reddi halinde gerekçe gösterilmemesi konusunda hakime serbesti tanındığını düşünmek olanaksızdır⁵³. Gerekçe gösterme zorunluluğu adil yargılanma ilkesinin gereğidir. Yürütmenin durdurulması kararı ve talebin reddine ilişkin kararın gerekçeli olarak verilmesi gerekir.

1. Yeni Bir İdari İşlem Kategorisi: Uygulanmakla Etkisi Tükenen İşlem

Kanun'un 27. maddesinin ikinci fıkrasına göre,

"Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenen işlemler, işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması

⁵¹ Ankara 15. İM., 25.03.2014, E.2014/511 <https://tdb.org.tr> (Erişim: 21.05.2023) Kararda mahkemece dava konusu işlemi "twitter.com" isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesine ilişkin olması, bu durumun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade ve haberleşme hürriyetini kısıtlayabilecek nitelikte olması durumu telafisi güç ya da mümkün olmayacak zarar doğurma kabiliyeti bulunduğu kanaati ile savunma alınmıca kadar yeniden değerlendirme yapılmak üzere dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir.

⁵² Öğretide EVSEN, hakimlerin yürütmenin durdurulması kararı yazmayı iş yükünü artıran bir durum olarak gördüğünü dolayısıyla da yürütmenin durdurulması kurumunun etkisizleştiğini savunmuştur. Yazara göre gerekçe yazımı sebebiyle hakimlerin yürütmenin durdurulması kararı vermesi güçleşebilmektedir. bkz. EVSEN, Fuat: Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenen İdari İşlemler, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalı, İstanbul, 2019, s.27. <https://tez.yok.gov.tr> (Erişim 08.10.2023).

⁵³ IŞIK KARAKUŞ, s.556.

alınmaksızın da durdurulabilir.”

Kanun koyucu idari işlem türlerine yenisini ekleyerek uygulanmakla etkisi tükenen işlem kategorisi yaratmıştır. Düzenlemeye göre savunma alınmaksızın yürütmenin durdurulmasının mümkün olduğu işlem kategorisi bulunmaktadır. Maddenin devamında kamu görevlileri hakkında tesis edilen bazı işlemler bakımından daha özel bir alan yaratılarak hangi tür işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenen işlem sayılamayacağı belirtilmiştir.

Uygulanmakla etkisi tükenen işlemlerin belirlenmesi yürütmenin durdurulması kararı verilmesi konusunda son derece önemlidir. 6352 sayılı Kanun’un gerekçesinde, yıkım ve sınır dışı etme kararları uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlere örnek gösterilmiştir. Bu idari işlem kategorisi yalnızca gerekçede sayılanlardan ibaret değildir. Kanun koyucunun uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlere hukuka uygunluk denetiminde savunma alınması bakımından özel bir önem atfettiği aşikardır. Zira dava konusu işlemin uygulanmakla etkisi tükenen işlem olması durumunda

“...yürütülmesi durumunda bireylerin geriye dönülmez durumlar içine girmeleri ve telafisi imkânsız zararlara uğramaları mümkündür... ve yürütmenin durdurulması kararları, iptal davasının sonucu belli olana değin, idarenin bu tür işlemlerinin muhatabı olan kişiler açısından hayati önem taşıyan bir güvence oluşturmaktadır”⁵⁴.

İdari davaya konu edilen ve uygulanmakla etkisi tükenen işlem olarak kabul edilmesi gereken başka işlemler de gündeme gelebilir⁵⁵. Değişen koşullara göre yargı kararlarıyla uygulanmakla etkisi tükenen işlem nitelmesi yapılması mümkündür. Güncel yargı kararları incelendiğinde klasik örneklerin dışında farklı hususlarda da uygulanmakla etkisi tükenen işlem nitelmesine yer verildiğini görmek mümkündür⁵⁶. Ankara 15. İdare Mahkemesi’nin önüne gelen “twitter.com” isimli internet sitesine erişimin tamamen engellenmesine ilişkin olayda mahkemenin değerlendirmesine göre, sosyal medya platformlarına erişime ilişkin idari işlemler, ifade ve haberleşme hürriyetini kısıtlayabilecek nitelikte ve uygulanması halinde geri dönülemez sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu nedenle uygulanmakla etkisi tükenen işlem kategorisindeki idari işlem olarak kabul edilmelidir⁵⁷. Gerçekten de gelişen çağa ayak uydurması gereken idari yargı denetiminde dijital alanda ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti gibi hakların korunması amacıyla, bu alanlara yönelik idari işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenen işlem kategorisine dahil edilmesi gerekir. Dolayısıyla hangi işlemlerin uygulanma etkisi tükenen işlem olduğunun önceden belirlenmesi yargının hareket alanını kısıtlar.

Kavramın kapsam ve sınırlarının belirlenmemiş olmasından hareketle, idari yargı kararlarında uygulanmakla etkisi tükenen işlemin nasıl yer aldığına değinmek gerekir. İdari Dava Daireleri Kurulu’nun bir kararında⁵⁸ belirtildiği üzere, uygulandıkları esnada tükenen ve bir daha uygulanabilme kabiliyeti olmayan işlemler bu kapsamda kabul edilmiştir. O halde uygulandıkları anda geri döndürülemez sonuçlara yol açabilecek ve verilecek yürütmenin durdurulması hatta iptal kararının da bir anlamı kalmayacağına açık olduğu durumlar mahiyeti itibarıyla uygulanmakla etkisi tükenen işlem sayılır. İdari yargıda genel olarak yıkım, sınır dışı etme işlemleri, ağaç kesimi/sökümü sonucu doğuran işlemler,⁵⁹ tahliye, iş yeri kapatma,⁶⁰ ruhsat iptali ve mühürleme işlemleri uygulanmakla etkisi tükenen işlem olarak değerlendirilmektedir. Kanun koyucunun uygulanmakla etkisi tükenen işlemleri tanımlamaması, kavramın kapsam ve sınırlarının idari yargı kararlarıyla belirlenmesini sağlamaktadır.

Klasik idari işlem türleri dışında, yeni bir işlem kategorisi oluşturan düzenleme, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi bakımından sorunlu bir alan yaratmaktadır. İşlemin türünün önemli değildir. Zira yürütmenin durdurulması müessesesi işlem türüne göre değişkenlik gösteremez. Yürütmenin durdurulması için idarenin işleminin hukuka aykırı olduğuna dair şüpheye hukuki zemin oluşturacak şartların varlığı yeterlidir. İdari yargı hakimini esasa ilişkin şartların yanı sıra işlemin türüne göre değerlendirme yapması yürütmenin durdurulmasının amacı ile bağdaşmaz. Söz konusu yaklaşımın hatalı olduğu kanaatindeyiz. Kanun koyucunun kimi idari işlemleri yürütmenin durdurulması kararı verilmesi bakımından özellikli işlemler olarak görmesi idarenin işlemlerine farklı değer atfedildiğine işaret eder ki bu durum hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Somut uyumsuzlukta uygulanmakla etkisi tükenen işlem olması halinde davalı idarenin savunması alınmadan da yürütmenin durdurulması kararı verilmesi öğretide “geçici yürütmenin durdurulması”

⁵⁴ TURHAN KASAPOĞLU, s.4.

⁵⁵ Örneğin doktrinde çevre davalarının uygulanmakla etkisi tükenen işlemler alanına dahil edilmesi gerektiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır hatta bu konuya ilişkin otomatik yürütmenin durdurulması kararı verilmesi tartışmaları da yapılmıştır. bkz. GÖKALP, Süheyla Suzan: Çevre ve Hukuk, Atatürk Orman Çiftliğinden Gezi Parkı’na Çevre Planlama Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2014, s.127-131.

⁵⁶ Örneğin at yarışları, organ nakli gibi farklı konularında tesis edilen idari işlemlerde uygulanmakla etkisi tükenen işlem nitelmesine rastlanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. ÇOLAK, Hatice: Türk İdari Yargısında Yürütmenin Durdurulması ve Uygulanmakla Etkisi Tükenen İşlem, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalı, 2019, s.102-133. <https://tez.yok.gov.tr> (Erişim: 01.10.2023).

⁵⁷ Ankara 15. İdare M., 25.03.2014, E.2014/511 <https://tdb.org.tr> (Erişim: 21.05.2023).

⁵⁸ Danıştay İDDK., 22.09.2016, YD İtiraz No: 2016/837 (yayınlanmamış YD İtiraz) <https://portal.uyp.gov.tr> (Erişim: 21.05.2023).

⁵⁹ Somut olayda mahkeme, idarenin koruda cami inşaatı yapılmasına ilişkin idari işlemlerini, korudaki ağaçlara verilecek zararların telafisinin imkânsız olması sebebiyle, uygulanmakla etkisi tükenen işlem olarak kabul etmiştir. İstanbul 7. İdare M., 21.10.2014, E.2013/1518 (yayınlanmamış YD Kararı) <https://portal.uyp.gov.tr> (Erişim: 21.05.2023).

⁶⁰ İstanbul 2. İdare Mahkemesince verilen kararda işyeri açma ve çalışma ruhsatının iptal edilmesine ilişkin işlemin, işyerinin faaliyetten men edilmesine ilişkin olduğunu gerekçesiyle, uygulanmakla etkisi tükenen işlem olarak kabul edilmiştir bkz. İstanbul 2. İdare M. 02.08.2013, E.2013/1689. Ayrıca başka örnekler için bkz. EVSEN, s.110-111.

uygulanmasının normatif düzeye taşınması olarak yorumlanmıştır⁶¹. Uygulanmakla etkisi tükenen işlem kategorisine dahil olmayan işlem türleri bakımından savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilmesi imkansız mıdır? Diğer deyişle bu kategoriye dahil olmayan bir işlem bakımından savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilmesi mümkün müdür? Zira 27. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesinde de “davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra” ifadelerine yer verilmiştir. Danıştay’ın 2013 tarihinde önüne gelen somut olayda Adli Kolluk Yönetmeliği’nde değişiklik yapılmasına dair düzenlemeye ilişkin yürütmenin durdurulması talebinde bulunulmuş ve Danıştay’ın ilgili dairesince savunma almaksızın yürütmenin durdurulması kararı verilmiştir. Kararın karşı oyunda somut olaydaki işlemin uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerden olmadığı, diğer deyişle yıkım, sınır dışı etme gibi işlemlerden olmadığı belirtilmiş, idarenin savunması alınarak işin esasına girilmesi gerektiği, idarenin savunması almaksızın yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin mümkün olmayacağı belirtilmiştir⁶². Bu karar idarenin savunması alınıncaya kadar diğer deyişle “geçici nitelikli yürütmeyi durdurma kararı” verilmesinin ilk örneklerinden kabul edilmiştir⁶³. Danıştay 10. Dairesi’nce verilen bu karara karşı yapılan itiraz reddedilmiştir⁶⁴. Dolayısıyla uygulanmakla etkisi tükenen işlemler kategorisinde olmasa bile idari yargının savunma almaksızın yürütmenin durdurulması kararı vermesi mümkündür. Aslan’a göre 27. maddede yapılan değişiklik, uygulamayı kanunlaştırmaktan ziyade sınırlandırma amacı taşımaktadır⁶⁵. Maddenin yazılış biçiminden sadece uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler bakımından savunma almaksızın yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği gibi anlaşılmaktadır. Uygulanmakla etkisi tükenecek işlem olmasa bile bir işlemin tafisiz güç veya imkansız zarara neden olması ve açıkça hukuka aykırılık hali içermesi durumunda hukuk devleti ilkesini zedeleyeceği barızdır. Bu nedenle bu tür durumlarda da mahkemenin, savunma alınmasını beklemeksizin, muhtemel zararın derhal önüne geçilmesi hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

2. Uygulanmakla Etkisi Tükenmeyecek İşlemler: Kamu Görevlileri Hakkında Tesis Edilen İşlemler

İYUK’un 27. maddesinde 2014 yılında 6526 sayılı Kanun’la bir cümle eklenen cümleye göre “...kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz.”

Söz konusu düzenleme bir takım sorunlar içermektedir. Hangi işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler olduğuna dair kesinlik bulunmazken kanun koyucunun nelerin kapsam dışı sayılacağına yönelik yeni bir değişiklik öngörmesi ilgi çekicidir. Maddeye getirilen ek cümle öğretide “istisnanın istisnası” olarak yorumlanmıştır⁶⁶.

Kamu görevlileri hakkında tesis edilen işlemlerin kapsam dışı bırakılması adil yargılanma hakkının unsurlarından hakkaniyete uygun yargılanma, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması ve idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması bağlamında eleştirilmeye değerdir. 2014 yılındaki değişiklikle getirilen ek cümleye karşı Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açılmış ve ek cümlenin hak arama özgürlüğünü sınırladığı, yürütmenin durdurulması kararını işlevsiz hale getirdiği ve özellikle Anayasa’nın 125. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁶⁷. Ayrıca aynı hususta itiraz yoluyla da Anayasa Mahkemesi’ne somut norm denetimi başvurusu yapılmıştır. Yapılan itiraz yolu başvurusunda ülke genelinde kamu personeline ilişkin yaşanan sorunlar nedeniyle bu değişikliğe gidildiği, mahkemelerin kamu personel rejimine ilişkin hususlarda savunma almaksızın karar vermesinin önüne geçilmek istendiği, bu düzenlemenin getirdiği istisnanın bireyi yürütmeyi durdurma kurumundan yoksun bıraktığı, dava sonuçlanana kadar varlığını sürdüren geri dönülmeyecek nitelikteki zararların göz ardı edilmesini meşru kılacak üstün kamu yararının bulunmadığı dile getirilmiştir⁶⁸. Yüksek Mahkeme’nin karara ilişkin gerekçesi dikkat çekicidir. Mahkeme, kamu görevlilerine ilişkin bazı işlemler bakımından farklı bir uygulama öngördüğünü, Anayasa’nın 125. maddesinin mutlak bir şekilde düzenlenmediğini, dolayısıyla ek cümlenin 125. maddenin koşullarını değiştirmediğini, idareye kendini savunabilme imkanı tanındığını, 125. maddeye aykırılık bulunmadığını belirtmiştir. Anayasa’nın 36. maddesi bakımından ise idarenin savunması alınırken geçen süre nedeniyle doğabilecek gecikmenin önüne geçilebilmesi için yasal düzenleme bulunduğu, dolayısıyla ek cümlenin getirdiği sınırlamanın hak arama hürriyetine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır⁶⁹.

Karşı oy uyarınca, Anayasa’nın 125. maddesinde kanun koyucuya sınırlandırma yetkisi verilmiş olmakla birlikte bu yetkisinin hakkın özüne zarar verecek biçimde kullanılmaması, Anayasa’nın 13. maddesine aykırılık taşımaması gerekmektedir⁷⁰. Karşı oyda ifade edildiği üzere idari yargı yeri, işlemin uygulanması halinde geri dönülmeyecek zarara sebebiyet vereceği ve açıkça hukuka aykırı bir işlem tesis

⁶¹ EVSEN, s.37.

⁶² Danıştay 10.D., 27.12.2013, E.2013/8108 karşı oy yazısı www.legalbank.net (Erişim 05.03.2023).

⁶³ ULUSOY, 2022, s.831.

⁶⁴ Danıştay İDDK., 21.05.2014 YD İtiraz No. 2014/266 (yayınlanmamıştır) https://portal.uyap.gov.tr (Erişim: 21.05.2023).

⁶⁵ ASLAN, s.86.

⁶⁶ ÇAĞLAYAN, s.617.

⁶⁷ Başvuru gerekçelerine ilişkin 81 ve 82. paragraflar bkz. AYM, 25.11.2015, E.2014/86, K.2015/109 https://www.resmigazete.gov.tr (Erişim: 21.05.2023).

⁶⁸ Samsun 1. İM., 25.07.2014, E.2014/153 (yayınlanmamıştır) https://portal.uyap.gov.tr (Erişim: 21.05.2023).

⁶⁹ AYM, 25.11.2015, E.2014/86, K.2015/109 83-96 nolu paragraflar https://www.resmigazete.gov.tr (Erişim: 21.05.2023).

⁷⁰ Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Recep Kömürçü, Alparslan Altan, Erdal Tercan tarafından yazılan karşı oy gerekçesi için bkz. AYM, 25.11.2015, E.2014/86, K.2015/109 https://www.resmigazete.gov.tr (Erişim: 21.05.2023).

edildiğini tespit etse bile bu düzenleme nedeniyle müdahale edemeyeceğinden mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermesi gecikecek ve deyim yerindeyse hukuka aykırılık ihtimali dava sonuçlanana değin sürecektir. Bu bakımdan yürütmenin durdurulması kararı verilmesine ilişkin getirilen sınırlandırma yetkisi sorunludur. Zira düzenleme kapsamındaki işlemler bakımından, mahkemelerce telafisi güç veya imkansız zarar ve açıkça hukuka aykırılık tespit edilse bile 27. maddeye eklenen cümle nedeniyle savunma alınmaksızın yürütmenin durdurulması kararı veremeyecektir. Kanun koyucunun belli bir grup işlemi istisna kabul etmesinin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin koruyucusu olan Anayasa Mahkemesi'nce yürütmenin durdurulması müessesesiyle örtüşüğünün düşünülmesi anayasa yargısının amacıyla örtüşmemektedir.

Özetle söz konusu değişikliğin kaotik bir duruma sebep olduğu tespitinden hareketle Kanun'un 27. maddesinin ikinci ve üçüncü cümlelerinin yeniden ele alınması gerekmektedir. Örneğin doktrinde savunma alındıktan karar verilmesi uygulamasının terkedilmesi bir reform önerisi olarak ileri sürülmüştür⁷¹. Kanaatimizce bu yönde bir reform önerisi değerlendirilmeye değerdir.

3. “Telafisi Güç veya İmkansız Zararların Doğması” ve “Açıkça Hukuka Aykırılık” İfadelerinin Tartışmalı Yönleri

İYUK'un 27. maddesine göre, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının bir arada bulunması durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstermek suretiyle dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmektedir.

İdari işlemin esasını ilgilendiren telafisi güç veya imkânsız zarar ifadesinin kapsamı öğreti ve yargı kararlarıyla şekillenmektedir. Öğretide esasa ilişkin şartlar değerlendirilirken özellikle zarar kavramı üzerinde durulmuştur⁷². Telafisi güç veya imkansız zarar ifadesindeki zarardan ne anlaşılması gerektiği tartışılmış, zararın maddi veya manevi zarar olabileceği, somut olaya göre telafisi edilemez -yıkım kararlarında olduğu gibi- veya telafi edilebilir zararlar olabileceği hususu değerlendirilmiştir⁷³. Kısaca idari işlemin muhatabının geri dönülmez biçimde uğrayacağı kaybı ifade eden telafisi güç veya imkânsız zarar Aslan'ın ifadesine göre maddi bir kavram olmayıp idari işlem den önceki hâle dönülmesini mümkün kılmayan durumlara işaret etmektedir⁷⁴. Özay ise esasen hukukta imkansız zarardan bahsedilemeyeceğini, ölüm halinde dahi zararın tazminine imkan bulunduğunu dolayısıyla söz konusu ifadede anlaşılması gerekenin eski hâle getirilmesi oldukça güç veya imkansız olabilecek hususlar olduğunu belirtmiştir⁷⁵.

Telafisi güç veya imkansız zarar bakımından idari işlemin muhatabının hukuki durumu önem arz etmektedir⁷⁶. Örneğin meslek örgütleri tarafından açılan davalarda bir meslek örgütünün telafisi güç veya imkânsız zararının meydana gelip gelmeyeceği tartışmalı bir konu olarak gündeme gelebilmektedir⁷⁷. Bu bakımdan dava konusu edilen idari işlemin davacının hukuki durumunu etkileyip etkilemediği, şayet etkiliyorsa geri dönülemez nitelikte bir zarar neden olup olmayacağı idari yargı mercii tarafından açıklığa kavuşturulması gerekli hususlardandır.

Danıştay'ın 2018 tarihli bir kararında; yürütmenin durdurulması kararlarının ilk bakışta hukuka aykırı olan ve uygulanmasıyla telafisi güç veya imkansız zararlar doğuracak işlemlerin, zararlı sonuçlarının dava sonuçlanıncaya kadar ortadan kaldırılmasını hedeflediği, işlemdeki hukuka aykırılık nitelemesinin iptal kararında olduğu üzere yürütmenin durdurulması kararında da bulunduğu, iptal kararı ile yürütmenin durdurulması kararının belirgin farkının ise telafisi güç veya imkansız zarar nitelemesinde saklı olduğu belirtilmiştir. Telafisi güç veya imkansız zarar kavramı, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemin, uyuşmazlık çözümlene kadar doğabilecek zararlı sonuçlarının önlenmesini hedeflemektedir⁷⁸. Kanaatimizce her ne kadar mahkeme kararları yol gösterici olsa da telafisi güç veya imkansız zarar ifadesi muğlaktır. Dolayısıyla hangi durumların telafisi güç veya imkansız olabilecek nitelikte zarar doğabileceğinin tespiti de yine idari yargı tarafından yapılacaktır.

Yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin esasa ilişkin şartları bakımından doktrinde sıkça tartışılan “ve açıkça hukuka aykırı olma” ifadesidir. İdari işlemin açıkça hukuka aykırı olması neye işaret etmektedir? İşlemin açıkça hukuka aykırı olması durumunda yürütmenin durdurulması kararı verilmesi yerine işlemin iptal edilmesi hukuk devleti ilkesi gereği daha yerinde olmaz mı? Aslan'a göre idari yargı mercinin yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi için basit bir değerlendirmeye hemen anlaşılabilecek, diğer deyişle esastan incelemeye geçilmeksizin fark edilebilecek ya da kuşku uyandırabilecek türden bir aykırılığı tespit etmesi halinde, açıkça hukuka aykırılık şartı gerçekleşmiştir⁷⁹. Şüphesiz, açıkça hukuka aykırı olma hali, hakimin ilk bakışta sezinelebildiği türden bir hukuka aykırılıktır. Yürütmenin durdurulması kararları ilk bakışta hukuka aykırı olan ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız

⁷¹ ASLAN, s.87.

⁷² ÇOLAK, s.78.

⁷³ ÇOLAK, s.80.

⁷⁴ ASLAN, s.78.

⁷⁵ ÖZAY, İlhan: Günışığında Yönetim II, Tıpkıbasım, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.251, 167 nolu dipnot.

⁷⁶ Buradaki zarar kavramı kamu yararının aksine davacının zararına işaret eder. Zira işlemin muhatabı olan bireyin haklarının hukuken korunması hedeflenmektedir. Ayrıca bknz. ÇAĞLAYAN, s. 621.

⁷⁷ KOÇAK, s.55.

⁷⁸ Danıştay 12.D., 16.10.2018, E.2015/3803, K.2018/4181 (yayınlanmamıştır) <https://portal.uyap.gov.tr> (Erişim: 08.10.2023).

⁷⁹ ASLAN, s.77.

sonuçlar doğuracak idari işlemlere yönelik bir tedbir kararıdır⁸⁰. Hangi yoğunluktaki hukuka aykırılıkların “açıkça hukuka aykırı” kabul edileceğine ilişkin genel bir ölçüt bulunmamaktadır. Esasen bir idari işlem açıkça hukuka aykırı ise yürütmenin durdurulması kararı verilmesine gerek kalmaksızın işlemin iptaline karar verilmesi makul sürede yargılanma bakımından daha doğru bir uygulama olacaktır. Dolayısıyla kanun yazma tekniği bakımından sorunlu olan “açıkça hukuka aykırı olmak” ifadesinin yeniden kaleme alınması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin “makul düzeyde hukuka aykırılık şüphesinin bulunması” şeklinde ifade edilebilir⁸¹.

Danıştay 2013 tarihli bir kararında açıkça hukuka aykırılık ifadesini değerlendirirken bir ölçüt ortaya koymaya çalışmıştır. Somut olayda Adli Kolluk Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik hükümlerine karşı iptal davası açılmış, yönetmelik hükümlerinin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil ettiği, yargı alanını ilgilendiren hususların, kuvvetler ayrılığı ilkesi sebebiyle kanunla düzenlenmesi gerektiği, idarenin düzenleme yetkisinin dışına çıkmış olmasından ötürü yetki yönünden açıkça hukuka aykırılık bulunduğu kanaatine varılmıştır⁸². Kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal eden bir düzenleme yapılması nedeniyle somut olaydaki hukuka aykırılığın açık, bariz, belirgin kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Mahkeme, Yönetmelikte yapılan değişikliğe ilişkin “açıkça hukuka aykırı olma” halinden anlaşılması gerekenin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı düzenleme yapılması olduğunu tespit etmiştir. O halde Danıştay’ın ortaya koyduğu ölçüte göre devletin tüm organlarını bağlayan, hukuk devletinin temel ilkelerine aykırılık teşkil eden idari işlemler bakımından “açıkça hukuka aykırı” olma şartının gerçekleşmiş sayılır.

İşlem açıkça hukuka aykırı ise ve yürütmenin durdurulması kararı verilmiş ise dava sonucunda işlemin iptaline karar verilmemesi halinde durum daha da ilginç bir hale gelebilmektedir. İdari yargı hakiminin yürütmenin durdurulması kararı verirken açıkça hukuka aykırı olduğunu düşündüğü bir işleme dava sonunda hukuka uygundur diyebilmesi -davanın konusu işlemin yasa koyucu tarafından hukuka uygun hale gelmesi için mevzuatta değişikliğine gidilmesi hariç- ve işlemi iptal etmemesi mümkün olacak mıdır? Yürütmenin durdurulması kararı verilmiş diğer deyişle işlemin hukuka aykırı olduğu izlenimi veren bir idari işlemin yargılaması devam ederken, mevcut yürütmenin durdurulması kararı, hakim bakımından işleme karşı bir tür ön kabul anlamına gelmez mi? Ayrıca yürütmenin durdurulması kararının gerekçeli olduğunu da düşündüğümüzde işlemin hangi yönlerden hukuka aykırı olduğuna dair tespitleri kararın gerekçesinde belirten mahkeme, iptal kararı verilmemesini nasıl gerekçelendirecektir? Bu nedenle kanaatimizce açıkça hukuka aykırı olma nitelemesi kendi içinde sorunlu bir ifadedir ve yürütmenin durdurulması müessesesini çıkmaza sürüklemektedir.

Telifisi güç veya imkânsız zarar ve açık hukuka aykırılık kavramları maddenin lafzı gereği birlikte aranmaktadır. İki şartın kümülatif biçimde aranması yürütmenin durdurulması müessesesinin işlevselliği ile bağdaşmamaktadır. İptal kararı için hukuka aykırılığın tespit edilmesi yeterli görülürken bir ara karar niteliğindeki geçici hukuki çare sağlayan yürütmenin durdurulması kararı için iki şartın bir arada aranması zorunluluğunun işlevsel ve adil olmadığını söylemek mümkündür⁸³. İdari yargı denetiminin amacı idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlamak, idarenin kamu gücü ayrıcalığından yararlar yarattığı faaliyetlerinden bireyin zarar görmesini engellemektir. Dolayısıyla bireyin uğrayacağı zarar vaktinde “dur” denilmesini engelleyici her şartın sistemi sekteye uğratma ihtimali vardır. Söz konusu esasa ilişkin şartların birlikte aranmak yerine yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için aranacak seçenek şartlar olarak öngörülmemesinin pratik ya da hukuki, makul bir gerekçesi yoktur. Dolayısıyla maddede değişikliğe gidilmek suretiyle şartların en az birinin varlığını yeterli göreberek uygulamada müessesenin işlevselliğinin artırılması düşünülmelidir.

Telifisi güç veya imkânsız zarar ve açık hukuka aykırılık kavramlarının içeriği doktrin ve yargı kararları tarafından belirlenleştirilmeye çalışılmakla birlikte somut olaya göre değerlendirilmesi gereken kavramlardır. Öte yandan esasa ilişkin bu şartların düzenleniş biçiminden de anlaşılacağı üzere tartışmalı yönleri bulunmaktadır. Yukarıda izahına çalışılan tartışmalı noktalar genel olarak yürütmenin durdurulması müessesesini ağır aksak işler hale getirmektedir. Bu hususta gecikmeksizin reformist bir yaklaşım sergilenmediği sürece eleştiri ve tartışma konusu olarak var olmaya devam edecektir. O halde öncelikle açıkça hukuka aykırı olma ifadesinin soru işaretlerine yer bırakmaksızın yeniden kaleme alınmasına ihtiyaç vardır. İlâveten yürütmenin durdurulması kararının dava sonuçlanıncaya kadar geçici koruma sağlaması işlevine uygun olacak biçimde, telifisi güç veya imkânsız zarar ve açıkça hukuka aykırılık şartlarından en az birinin varlığının yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için yeterli kabul edilmesi düşünülebilir. Alternatif bir çözüm önerisi olarak ise açıkça hukuka aykırılık kavramının dava konusu işlemin iptal edileceği yönünde bir ön kabule neden olabileceği eleştirisinden hareketle, madde metninde yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için “makul düzeyde hukuka aykırılık şüphesi veya telifisi güç olabilecek nitelikte zararın varlığının” aranması şeklinde değişiklik yapılmasının daha işlevsel olabileceği kanaatindeyiz. Yürütmenin durdurulması müessesesinin işlevsel hale getirilmesi için öncelikle düzenlemelerde kullanılan dilin gözden geçirilmesi, sözkonusu şartların kolaylaştırıcı ifadeler içermesi

⁸⁰ Danıştay 12.D., 16.10.2018 tarih ve E.2015/3803, K.2018/4181 sayılı kararı. (yayınlanmamıştır) <https://portal.uyap.gov.tr> (Erişim: 08.10.2023).

⁸¹ “işlemdaki hukuka aykırılık iddiasının ciddi bulunması” şeklindeki ifade önerisi için bkz. ULUSOY, 2022, s. 833. Ayrıca Almanya’da işlemin hukuka uygunluğu hakkında “ciddi olarak şüphe duyulması” şeklinde ifade edilen yürütmenin durdurulması kararı verilmesi şartı mevzuatımızda yapılacak reform için yol gösterici olabilir bkz. FROMONT, Michel. s.46.

⁸² Danıştay 10.D., 27.12.2013, E.2013/8108 www.legalbank.net (Erişim: 05.03.2023).

⁸³ GÖKALP, s.130.

gerekmektedir.

IV. YÜRÜTMENİN DURDURULMASI MÜESSESİNİN İŞLEVSELLİĞİNİ ARTIRABİLECEK ÖNERİLER

Yürütmenin durdurulması kararı verilmesine ilişkin şartların tartışmalı yönleri nedeniyle işlevselliğini artırmaya yönelik yeni fikirler geliştirilebilir mi sorusu akla gelmektedir. Bu noktada adli yargı sisteminde yer alan benzer uygulamalardan yararlanarak, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine dair yeni yöntemler geliştirilmesi mümkündür.

Her ne kadar farklı yargı düzenlerinde yer alan uygulamalar olsa da adli yargı sisteminde yer alan tedbirlerden ihtiyati tedbir kararının yürütmenin durdurulması kurumu ile benzer yönleri bulunmakta ve bu durum adli yargı uygulamasındaki benzer bir yöntemin idari yargıda da hayata geçirilebilmesi fikrini değerli kılmaktadır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 389. maddesinde ihtiyati tedbir kararı verilmesinin şartları düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre hakkın elde edilmesini zorlaştıran veyahut imkansız hale getirecek nitelikteki değişiklik nedeniyle ciddi bir zarar doğuruyorsa adli yargı merci dava konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilmektedir. İhtiyati tedbir kararı verilmesinde adli yargı hakimine geniş bir takdir yetkisi tanınmış, makul sayılabilecek düzeydeki zarar ihtimali kararın verilmesi için yeterli görülmüştür. Düzenlemenin lafzından da anlaşıldığı üzere hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması, tamamen imkansız hale gelmesi gibi hususlar, yürütmenin durdurulması kurumuna ilişkin düzenlemelerle benzerlik göstermektedir. Ayrıca ihtiyati tedbir kararı ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin düzenlemeler savunma, teminat alınması gibi noktalarda da benzerlik taşımaktadır⁸⁴.

İhtiyati tedbir ve yürütmenin durdurulması kararları birer "koruyucu tedbir"⁸⁵ işlev görür. Öte yandan aralarında önemli farklar da bulunmaktadır. Öğretide, her iki kurumun da bir menfaatin korunmasına hizmet ettiği ancak tabii oldukları usul, içerik bakımından farklı amaçlara hizmet ettiği, ihtiyati tedbir kararı verilmesinde adli yargı hakiminin serbestçe takdir yetkisi bulunduğu ancak yürütmenin durdurulması kararının sıkı şartlara tabii olduğu ifade edilmiştir⁸⁶. İhtiyati tedbir müessesesi, "davacının davayı kazanması halinde elde edeceği dava konusu şeyin daha dava sırasında hatta davadan önce emniyet altına alınmasına yarayan önlemler" olarak tanımlanabilir. Yürütmenin durdurulması kararında ise yalnızca idari işlemin icra edilebilirliğinin askıya alınması hali söz konusudur ve kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde verilebilir. O halde iki karar arasında kapsam bakımından farklılık bulunmaktadır. Doktrinde de her iki kararın da geçici hukuki koruma tedbiri olmasına rağmen konu, amaç, karar alma usulü uygulanma şekli ve ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından farklı kurumlar olduğu belirtilmiştir⁸⁷.

İhtiyati tedbir kararı koruyucu tedbir niteliğinde olması bakımından yürütmenin durdurulması müessesinde yapılacak reformlara ışık tutabilir. Örnek vermek gerekirse; HMK'nın 390. maddesine göre "İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir". Yürütmenin durdurulması talebi ihtiyati tedbir talebinden farklı olarak dava açılmadan önce yapılamamaktadır. Yürütmenin durdurulması talebinin dava açılmadan önce yapılamamasının kurumun işlevselliğini etkilemektedir. Yürütmenin durdurulması kararı iptal davasının bir parçası kabul edilmektedir. Dolayısıyla idari yargı mevzuatında yürütmenin durdurulması kararı iptal davasına ilişkin bir aşama olarak kaleme alınmıştır. Öte yandan ihtiyati tedbir kararı dava konusunun güvence altına alınması yönelik kabul edilmektedir. Bu suretle iki kurumun farklı amaçlara hizmet ettiği görüşünden hareketle yürütmenin durdurulması kararının dava açılmadan önce verilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak yürütmenin durdurulması kararını yargılamanın bir parçası olmaktan ziyade idari yönü de bulunan bir karar olarak dizayn etmek mümkündür. Yürütmenin durdurulması kararının daha işlevsel kılınabilmesi adına, bu noktada bir reform önerisi olarak İYUK'ta öngörülen şartların varlığı halinde yürütmenin durdurulması kararının dava açılmadan önce de verilebilmesinin mümkün hale getirilmesi düşünülebilir⁸⁸. Yürütmenin durdurulması kararına yönelik diğer ülke uygulamalarında getirilen reform önerileri de bu hususta yol göstericidir⁸⁹. Buradan hareketle gerekirse idari yargı mercilerinin yeniden organize edilmesi, belki dava öncesi yürütmenin durdurulması taleplerinin incelenmesi için özel olarak bir idare yargı merciinin görevlendirilmesi düşünülebilir. Yürütmenin durdurulması kararının dava açılmadan önce verilebilmesi için görevlendirilecek bir idari yargı hakimi veya idare mahkemesinin bulunması henüz yargılama başlamadan, dosyaya bakacak mahkemenin iş yükünü de hafifletecektir.

Söz konusu öneriye karşılık, dava öncesi hakim veya mahkemenin vereceği bu kararın işleyen idareyi sekteye uğratabileceği, idarinin işlem tesis etmekten kaçınabileceği, kamu hizmetinin sürekliliğinin aksayabileceği eleştirilerinin getirilmesi mümkündür. Bu eleştiriye ise yine HMK düzenlemesi aracılığıyla cevap bulmak mümkündür. Zira HMK'nın 397. maddesinde öngörülen dava açma zorunluluğuna benzer bir düzenlemenin yürütmenin durdurulması kurumu için de öngörülmesinin önünde bir engel

⁸⁴ 389. maddenin ikinci fıkrasındaki hakim zorunluluk hallerinde karşı tarafı dinlemeden tedbir kararı verebileceğine ilişkin düzenleme yürütmenin durdurulması kararının temel meselelerinden olan savunma hususu ile 392. maddede ihtiyati tedbirde teminat gösterilmesi hususu ise yürütmenin durdurulmasında teminat gösterilmesi gereken ve gerekmeyen haller ile benzemektedir.

⁸⁵ KILINÇ, s.33.

⁸⁶ YAŞAR, s.752.

⁸⁷ TORUN, s.104.

⁸⁸ Aksi yönde bkz. ÇAĞLAYAN, s.615.

⁸⁹ Reform önerileri hakkında bir çalışma için ULUSOY, Ali: "Fransız İdari Yargı Reformu", *Danıştay Dergisi*, (103), 2001, s.24.

bulunmamaktadır⁹⁰. Bu sayede yürütmenin durdurulması kararının iptal davasından bağımsız düşünülmeceği, iptal davasının bir parçası olarak anlam kazandığı yönündeki genel kabul ile de uyumlu bir düzenleme yapılmış olacaktır. Diğer deyişle, şayet dava açılmadan önce yürütmenin durdurulması talep edilmişse, iptal davasının da süresinde ve usulüne uygun biçimde açılmasının zorunlu kılındığı bir düzenleme öngörülmesi mümkündür. Kanaatimizce idari yargı mercilerine dava öncesi yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi yetkisi tanınması ve bireyin de süresinde idari dava açmasının zorunlu olduğu bir düzenlemeyle birlikte, işlemin muhatabının sadece yürütmenin durdurulması kararı verilmesini talep ederek idarenin işlemlerini güvencesiz bırakılmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

Yürütmenin durdurulması kararı idare hukuku doktrininde iptal davasının ayrılmaz bir parçası olarak ifade edilmektedir⁹¹. Ancak iptal davasının temelini teşkil eden yürütmenin durdurulması talebinin dava açılmadan önce yapılabilmesine olanak tanınması, iptal davası ile yürütmenin durdurulmasını birbirinden ayırmaz. Yürütmenin durdurulması talebinin ardından öngörülen sürede iptal davası açılması şartı getirilmesi mümkündür. Kaldı ki dava öncesi alınabilecek bir yürütmenin durdurulması kararı iptal davasından beklenen verimi de artıracaktır. Hukuka aykırılık ihtimali bulunan idari işleme dava öncesi “dur” denilmesi imkanı tanıyan reformların iptal davası-yürütmenin durdurulması ilişkisini zedelemeyeceği, aksine sistemi işlevsel hale getireceği ve hukuk devleti ilkesine hizmet edeceği açıktır. Bu öneri yürütmenin durdurulması kararını Fransa’da uygulanan “geçici askıya alma” kurumu şeklinde ele alarak yeniden düzenlemeyi gerektirir⁹². Ancak bu noktada idari yargı hakiminin idari niteliği ağır basan bir karar verecek olmasının hukuk sistemimizle örtüşmeyeceği eleştirisi de gündeme gelecektir. Her ne kadar eleştiriye açık olsa da yürütmenin durdurulması müessesesinde gerçekleştirilecek reformların “kolaylaştırıcı” bakış açısıyla yapılması gerekmektedir. Bu noktada idari yargı mercilerine verilecek yeni göreve de temkinli yaklaşmamak gerekir. Yürütmenin durdurulması kurumunun etkinlik ve verimlilik açısından ileri düzeye taşınması için farklı uygulamalara imkan tanınmasının idare hukukunun ve idari yargının dinamik yapısı ile de uyumlu olduğunu düşünmekteyiz.

Adli yargı uygulamasından örnek alabileceğimiz bir diğer düzenleme ise HMK’nın 393. maddesinde yer alan ihtiyati tedbir kararının nasıl uygulanacağına ilişkin düzenlemedir⁹³. Bu düzenlemeden hareketle yapılabilecek bir reform sayesinde yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin ardından takibinin yapılabilmesi kolaylaşacaktır. 393. maddede öngörüldüğü üzere adli yargı hakimince verilen tedbir kararının uygulanması, icra dairesinden talep edilmektedir. Öte yandan yargı mercii tarafından kararda belirtmek suretiyle, tedbir kararının uygulanması için maddede öngörülen kamu görevlisinin görevlendirilmesi de mümkündür. Bu hükme benzer bir düzenleme idari yargının kendine has özellikleri de dikkate alınarak yürütmenin durdurulması kararı bakımından da öngörülebilir mi ?

İhtiyati tedbir kararının uygulanması için adli yargı sistemine dahil ve bu hususta özel olarak görevli bir yargı teşkilatı bulunmaktadır. Ancak idari yargı bakımından yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmasını sağlayacak adli yargı teşkilatıyla benzer nitelikte bir icra mahkemesi öngörülmemiştir. Öte yandan genel kural idarenin mahkeme kararlarının gereğinin gecikmeksizin yerine getirmesidir. Anayasa’nın 138. maddesi gereğince mahkeme kararlarına uyulması zorunludur ve yerine getirilmesi geciktirilemez. Dolayısıyla idari yargı bakımından yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmasının takibi için ayrı teşkilat öngörülmesine gerek olmadığı savunulabilir. Ancak yürütmenin durdurulması kararlarının geline nokta bütüncül bir reforma ihtiyaç duyduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla organizasyon şemasına yeni bir bakış açısıyla yaklaşmak yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanması ve takibi için idari yargı mercilerinin görevlendirilmesine yönelik bir yöntem geliştirilebilir. Bu nedenle yukarıda söz edilen reformun devamı olarak yürütmenin durdurulması müessesesinin daha işlevsel hale getirilebilmesi adına en azından kararın uygulanmasının denetimini sağlamak amacıyla ek bir mekanizmaya ihtiyaç vardır. Dolayısıyla idari yargı mercilerinin kuruluş ve görevleriyle ilgili mevzuatta gerekli değişikliklerin yapılması suretiyle, örneğin mahkeme başkanının görevlendireceği idari yargı hakimince yalnızca yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmasının takibinin sağlanması önemli bir adım olacaktır. Söz konusu önerinin hayata geçirilmesi idari yargının çalışma sistemini aksatmaz, aksine görev tanımını belirginleştirerek idari yargının uzmanlaşma esaslı bir çalışma sistemine kavuşmasını yol açar.

Mevcut sistemde Anayasa’nın 125. maddesinde öngörülen idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği yönündeki hükmün, yargısal emire yakınlaşan türde yürütmenin durdurulması kararı verilmesini önlediği de unutulmamalıdır. Dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararına yeni bir boyut kazandırmanın anayasa değişikliği ile birlikte ele alınması gerekecektir. Bu nedenle sözkonusu önerinin Türk İdari Yargı sistemi ve anayasa koyucunun iradesiyle uygun düşmeyeceği görüşü de savunulabilir. Tekrar belirtmek gerekir ki, idari yargıcın klasik görev tanımının yanı sıra yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmasının denetimiyle görevlendirilmesi “yargısal emir” ve yargısal emirin uygulanmasının denetimi uygulamasına yakınlaşmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararının idari yönü de ağır basan bir karar olarak yeniden dizayn edilmesi mümkündür. Yürütmenin durdurulması kararının dava açılmadan önce verilmesinin mümkün kılınması,

⁹⁰ 397. maddeye göre “İhtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar”

⁹¹ ASLAN, s.13.

⁹² ULUSOY, 2001, s.26.

⁹³ İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin HMK 393. madde <https://mevzuat.gov.tr> (Erişim: 26.05.2023)

kararın uygulanması için idari yargı mercilerinin görev tanımlarına yenilerinin eklenmesi gibi önerilerin yürütmenin durdurulması müessesesinden beklenen verimi artırması muhtemeldir. Bu nedenle her ne kadar mevcut anayasal ve yasal düzenlemeler buna engel ise de yürütmenin durdurulması müessesesinin daha etkin bir hukuki çare haline dönüşmesi için reformist bir bakış açısıyla yaklaşmak verimli olacaktır. Ülkemizde iptal kararlarının uygulanması dahi sorunludur. Ancak yürütmenin durdurulması kurumu “acil tıp” müdahalesi niteliğindedir. Dolayısıyla yürütmenin durdurulması kurumunun işlevsel hale getirilmesi belki de iptal kararlarının uygulanmasının denetimi için de reform yapılmasının önünü açacaktır. Bu iyimser perspektif ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesi ve kararın uygulanmasına yönelik ayrı bir idari yargı mercii veya idari yargı hakiminin görevli olacağı düzenlemeler öngörülmesinin yürütmenin durdurulması kurumunu daha işlevsel hale getirebilecek nitelikte olduğu kanaatindeyiz.

V. SONUÇ

İdari yargılamada idarenin hukuka uygunluk karinesinden yararlanan işlemlerinin askıya alınması yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gerçekleştirilmektedir. Yürütmenin durdurulması kararları dava sonuçlanıncaya kadar bir tür fren mekanizması işlevi görmektedir. Ancak idarenin işleminin hukuka aykırı olduğunu ileri süren birey için bir hukuki çare olan yürütmenin durdurulması müessesesinin hem şartları hem de uygulaması bakımından tartışmalı yönleri bulunmaktadır.

İdarenin tesis ettiği işlemler nedeniyle, bireylerin zarara uğrama ihtimalinin bulunduğu bir sistemde, yürütmenin durdurulması müessesesinin iptal kararından daha zor verilir hale gelmesine neden olan düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Yürütmenin durdurulması müessesesinin esasa ilişkin şartları ve uygulamasının kolaylaştırıcı bir bakış açısı ile yeniden ele alınması gerekmektedir. Buradan hareketle yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin esasa ilişkin şartlarının gözden geçirilmesi gerekmektedir. Telifisi güç veya imkansız zarar ile açıkça hukuka aykırılık şartlarının birlikte aranması uygulamasından vazgeçilmelidir. Yürütmenin durdurulması kararı ilk bakışta makul düzeyde hukuka aykırılık şüphesinin tespiti ile verilebilir hale getirilmelidir. Dolayısıyla söz konusu şartlardan en az birinin varlığı halinde uyuşmazlık konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini sağlayan düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Ayrıca “telifisi güç veya imkansız” ve “açıkça hukuka aykırılık” ibarelerinin sorunlu olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle “telifisi güç olabilecek nitelikte zararların varlığı” ve “makul düzeyde hukuka aykırılık şüphesinin bulunması” şeklinde maddelerin yeniden kaleme alınması, yürütmenin durdurulması müessesesinin amacına daha uygun olacaktır.

Yürütmenin durdurulması kararına ilişkin mevzuatta yapılan değişiklikler bazı soru işaretlerine yol açmıştır. Yapılan değişikliklerle klasik idari işlem teorisi ile örtüşmeyen, idari işlem türlerine yeni bir tür olarak uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kategorisi sisteme dahil edilmiştir. Bu kavram ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini karmaşık ve güç hale getiren bir alan yaratılmış, dahası maddeye eklenen ek cümle ile istisnanın istisnası sayılabilecek yeni bir düzenleme getirilmiştir. Kanun koyucunun hangi hususların uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kategorisinde kabul edileceğini belirtir türde düzenlemeler öngörmesi yürütmenin durdurulması müessesesine yeni sorunlar eklemiştir. Yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin zorlaştırılması, ek düzenlemeler ile korunaklı alanlar yaratılması hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma ilkesi bakımından sakıncalıdır. Yürütmenin durdurulması kararının amacı hukuka aykırılık şüphesi bulunan idari işlemin yargılama sonuçlanıncaya kadar uygulanabilirliğinin geçici süreyle askıya alınmasıdır. Bu uygulama esasen acil müdahale niteliğindedir. Dolayısıyla yürütmenin durdurulması kararı verilmesine ilişkin düzenlemeler hak arama özgürlüğünü kısıtlamayan bir perspektifle yeniden ele alınmalıdır.

Yürütmenin durdurulması kurumunun problemleri yönleri nedeniyle söz konusu kurumun işlevselliğinin artırılabilmesi adına adli yargıda uygulanmakta olan ve yürütmenin durdurulması kararı ile benzer yönleri de bulunan kurumlar referans alınabilir. Adli yargı sisteminde dava konusuna ilişkin bir tür geçici koruma sağlayan ihtiyati tedbir kararına ilişkin düzenlemeler yürütmenin durdurulmasına ilişkin düzenlemelerde yapılacak reforma ışık tutabilecek niteliktedir. Bu suretle örneğin yürütmenin durdurulması kararının idari dava açılmadan önce verilebilmesine imkan tanınması, kararın ayrı ve özel olarak görevlendirilen idari yargı merciiince uygulanmasının takibinin sağlanması için idari yargı teşkilatının yeniden organize edilmesi yürütmenin durdurulmasının işlevselliğini artıracak önemli adımlar olarak görülmektedir. Dolayısıyla mevcut düzenlemelerin gözden geçirilmesi idari yargı mercilerinin yürütmenin durdurulması kararı verme motivasyonunu için bir fayda sağlayabilir.

Hukuka aykırı idari işlemin yargısal denetimi yoluyla hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi amacına hizmet eden idari yargının, bünyesinde barındırdığı en önemli yetkilerinden biri niteliğindeki yürütmenin durdurulması kurumunun işlevselliği ve etkinliği ancak cesur ve etkili bir reform girişimiyle artırılabilir. Söz konusu öneriler idari yargının amacının gerçekleşmesi yolunda uygulayıcıların rolünü de daha etkin hale getirecektir. Dolayısıyla bireyin idari yargıdan beklentisi maksimum düzeyde karşılanabilecek, idarenin hukuka uygun davranmaması halinde, idari yargı denetiminin en önemli araçlarından yürütmenin durdurulması kararının işlevselliği artırılacak ve varlık sebebi idare karşısında güçsüz konumdaki bireyin haklarının güvence altına alınmasını sağlamak olan idari yargı denetimi daha etkin hale getirilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Açıklamalı- İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, , Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- ASLAN, Zehreddin: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ATAY, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÇOLAK, Hatice: “Türk İdari Yargısında Yürütmenin Durdurulması ve Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlem”, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı, Kocaeli, 2019 <https://tez.yok.gov.tr> (Erişim 01.10.2023).
- ERDİNÇ, Burcu: Yargısal Emir Kavramı ve Türk Hukuk Uygulamasındaki Yansımaları Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilimdalı, Doktora Tezi, Ekim 2021 <https://tez.yok.gov.tr> (Erişim 01.10.2023).
- ERKUT, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.
- EVSEN, Fuat: “Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İdari İşlemler”, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı, İstanbul, 2019 <https://tez.yok.gov.tr> (Erişim 08.10.2023).
- FROMONT, Michel: Avrupa Topluluğu'na Üye Devletlerde, İdari Kararlar Karşısında Bireylerin Geçici Olarak Korunması Sorunu Çev: Celal Erkut, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, 7(1-3), 1986.
- GÖKALP, Süheyla Suzan: Çevre ve Hukuk, Atatürk Orman Çiftliğinden Gezi Parkı'na Çevre Planlama Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2014.
- GÖZLER, Kemal: Fransızca-Türkçe İdare Hukuku Terimleri Sözlüğü. <http://www.idare.gen.tr> (Erişim: 30.05.2023).
- İŞIK KARAKUŞ, Zehra: “Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Gereke Sorunu”, AHBVÜ-HFD, 26(1), 2022, s.537-567.
- KİLİNÇ, Bahadır: Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Adil Yayınevi, Ankara, 1998.
- KIRATLI, Metin: “Yürütmenin Durdurulması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi, 21(4), 1966, s.173-196.
- KOÇAK, Nazım Taha: Dilekçe ve Uygulamada Yürütmenin Durdurulması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- OYTAN, Muammer: Danıştay'da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması, Ülkemiz Matbaası, Ankara, 1973.
- ÖZAY, İlhan: Günışığında Yönetim II, Tıpkıbasım, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- SANCAKDAR, Oğuz (Editör): Fransız, Türk, Federal Alman İdari Yargılama Usulü Kanunları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.325, 374 <https://turcademy.com.tr> (Erişim: 08.10.2023).
- TAZEGÜL, İsmail/GÜLLÜ, Yavuz: “İdarenin Yargısal Denetiminde Yürütmenin Durdurulması Kavramına Farklı Bir Bakış: Mahkemenin Re’ sen Yürütmenin Durdurulması Kararı Verme Yetkisi”, YÜHFD, 10(1), 2013, s.39-71.
- TEKİNSOY, Ayhan: “Danıştay’ın Temyiz İncelemesi Üzerine Verdiği Kararların Uygulanması”, İnÜHFD, 5(2), 2014, s.23-50.
- TEKİNSOY, Ayhan: İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.
- TORUN, Fatih: İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- TURHAN KASAPOĞLU, Mine: “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Kanunla Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2013, s.1-37.
- ULUSOY, Ali: Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı Ankara, 2022.
- ULUSOY, Ali: “Fransız İdari Yargı Reformu”, Danıştay Dergisi, (103), 2001, s.24-30.
- YAŞAR, Hasan Nuri: “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasının Gerekeşi Olarak Anayasaya Aykırılık “Kanısı””, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72(2), 2014, s. 751-757.
- Mahkeme Kararları
Ankara 15. İM., 25.03.2014, E.2014/511 <https://tdb.org.tr> (Erişim: 21.05.2023).
- AYM, 03.06.2010, E.2008/77, K.2010/77 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim: 20.05.2023).
- AYM, 04.07.2013, E.2012/100, K.2013/84 <https://www.resmigazete.gov.tr> (Erişim: 27.05.2023).
- AYM, 21.06.1979, E.1979/1, K.1979/30 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim: 20.05.2023).
- AYM, 25.11.2015, E.2014/86, K.2015/109 <https://www.resmigazete.gov.tr> (Erişim: 21.05.2023).
- AYM, 27.02.2014, E.2012/87, K.2014/41 <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim: 20.05.2023).
- Danıştay 10.D., 27.12.2013, E.2013/8108 www.legalbank.net (Erişim: 05.03.2023).
- Danıştay 12.D., 16.10.2018 E.2015/3803, K.2018/4181 (yayınlanmamıştır) <https://portal.uyap.gov.tr> (Erişim: 08.10.2023).
- Danıştay İDDK., 22.09.2016, YD İtiraz No: 2016/837 (yayınlanmamıştır) <https://portal.uyap.gov.tr> (Erişim: 21.05.2023).
- Danıştay İDDK., 21.05.2014 YD İtiraz No.2014/266 (yayınlanmamıştır) <https://portal.uyap.gov.tr> (Erişim: 21.05.2023).
- Samsun 1. İM., 25.07.2014, E.2014/153 (yayınlanmamıştır) <https://portal.uyap.gov.tr> (Erişim: 21.05.2023).
- İstanbul 7. İdare M., 21.10.2014, E.2013/1518 (yayınlanmamış YD Kararı) <https://portal.uyap.gov.tr> (Erişim: 21.05.2023).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Elif BAYDEMİR, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Elif BAYDEMİR, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KIYMETLİ EVRAKTA İŞ VE TATİL GÜNLERİ

BUSINESS DAY AND HOLIDAYS IN NEGOTIABLE INSTRUMENTS LAW

Ozan CAN*  & Ayşe ÇAKIR** 

Makale Bilgi

Gönderi: 15/04/2024
Kabul : 04/06/2024

Anahtar Kelimeler

Kıymetli Evrak,
Kıymetli Evrakta İş
Günü,
Kıymetli Evrakta Tatil
Günü.

Article Info

Received: 15/04/2024
Accepted: 04/06/2024

Keywords

Negotiabilia Instruments
Law,
Business Day in
Negotiabilia Instruments
Law,
Holidays in Negotiabilia
Instruments Law.

Özet

10.21492/inuhfd.1468409 

Kıymetli evrak hukukunda iş ve tatil günlerinin belirlenmesi kambiyo senetleri bakımından büyük bir önem arz etmektedir. Zira kanun koyucu, poliçede kabul için ibraz ve kabul etmeme halinde kabul etmeme protestosu düzenleme veya poliçe ve bonoda ödeme için ibraz ve ödememe halinde ödememe protestosu düzenleme için belirli zamanlar öngörmüş ve öngörülen bu zamanların tatil günlerine rastlaması ihtimalinde sorunun çözümüne yönelik 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) hükümler tahsis etmiştir. Ayrıca çekin ödenmesi için ibraz edilmesi yahut ödenmemesi durumunda ödenmeme durumunun tespitinin protesto ile yapılması hali için öngörülen tarih, tatil gününe denk gelmişse, tıpkı poliçe ve bonoda olduğu gibi sorunun çözümüne ilişkin TTK'de düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak TTK ve diğer mevzuat hükümleri incelendiğinde iş ve tatil günlerini ilgilendiren hükümler arasında uyumlu bir bütünlük olmadığı göze çarpmaktadır. İşte bu sebeple kıymetli evrak hukuku bakımından iş ve tatil günlerinin saptanması önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu çalışmada kıymetli evrak hukuku çerçevesinde iş ve tatil günlerine ilişkin TTK ve diğer mevzuat hükümleri ele alınmış, konu hakkındaki Yargıtay kararlarından bahsedilmiştir. Çalışmanın sonunda ise sorunun çözümüne yönelik kanaatlere yer verilmiştir.

Abstract

In negotiable instrument law, the determination of business and holidays is of great importance in terms of bills of exchange. This is because the legislator has stipulated certain times for the submission for acceptance and the issuance of a protest of non-acceptance in case of non-acceptance, or for the submission for payment and the issuance of a protest of non-payment in case of non-payment in case of policy and bill, and has allocated provisions in the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC) for the solution of the problem in case these times coincide with holidays. In addition, if the date stipulated for the submission of the cheque for payment or the determination of non-payment by protest in case of non-payment falls on a holiday, the TCC includes provisions for the solution of the problem, just as in the case of policies and bills. However, when the provisions of the TCC and other legislation are analyzed, it is observed that there is no harmonious unity between the provisions concerning business days and holidays. For this reason, determination of the working and holidays constitutes an important problem in the negotiable instrument law. In this study, the provisions of the TCC and other legislation regarding working days and holidays within the framework of negotiable instrument law are discussed, and the decisions of the Court of Cassation on the subject are mentioned. At the end of the study, opinions on the solution of the problem are given.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Prof. Dr. Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

** Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: CAN, Ozan/ÇAKIR, Ayşe, "Kıymetli Evrakta İş ve Tatil Günleri", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.174-183. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

In negotiable instrument law, the determination of business and holidays is of great importance in terms of bills of exchange. This is because the legislator has stipulated certain times for the submission for acceptance and the issuance of a protest of non-acceptance in case of non-acceptance, or for the submission for payment and the issuance of a protest of non-payment in case of non-payment in case of policy and bill, and has allocated provisions in the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC) for the solution of the problem in case these times coincide with holidays. In addition, if the date stipulated for the submission of the cheque for payment or the determination of non-payment by protest in case of non-payment falls on a holiday, the TCC includes provisions for the solution of the problem, just as in the case of policies and bills. However, when the provisions of the TCC and other legislation are analyzed, it is observed that there is no harmonious unity between the provisions concerning business days and holidays. For this reason, the determination of the working and holidays constitutes an important problem in terms of negotiable instrument law.

In this study, firstly, the Law No. 2429 on National Holidays and General Holidays (Law No. 2429 on National Holidays and General Holidays) is discussed and the working days and holidays are mentioned within the scope of the aforementioned Law. Accordingly, October 29, the day on which the Republic was proclaimed in 1923, is a National Holiday. In the Law on National Holidays, official and religious holidays and New Year's Day, May 1 Labor and Solidarity Day, July 15 Democracy and National Unity Day are accepted as general holidays. In the aforementioned Law, April 23rd National Sovereignty and Children's Day, May 19th Commemoration of Atatürk, Youth and Sports Day and August 30th Victory Day are considered official holidays, while Ramadan and Eid al-Adha are considered religious holidays. Regarding the week holiday, the NBGTHC states that the week holiday is on Sunday and that this holiday shall start at 13:00 on Saturday at the latest, but not less than 35 hours. However, the NBGTHK also states that "The provisions of the Week Holiday Law No. 394, the Civil Servants Law No. 657, the Turkish Armed Forces Personnel Law No. 926, the Labor Law No. 1475 and other laws regarding week holidays are reserved." When the provisions on week holidays in other laws are examined, Sunday is recognized as a week holiday in the Week Holiday Law No. 394 (WHTL), Saturday and Sunday are recognized as week holidays in the Regulation on Cheque Clearing and Clearing Activities (ÇTFHY) and the Civil Servants Law No. 657 (DMK). Since the Labor Law No. 4857 (LL) does not contain any regulation on week holidays, the Turkish Code of Obligations (TCO) No. 6098, which contains general provisions, will be taken into consideration and Sunday will be considered as a week holiday. Pursuant to the TCC, which contains provisions on negotiable instruments, transactions related to the presentation of policies, bills and checks cannot be performed on Sundays and public holidays; however, it is possible to perform these transactions on Saturdays. When the decisions of the Court of Cassation on the subject are examined, it is seen that Saturdays are accepted as week holidays without any time limitation. As a result, it is obvious that there is no harmonious integrity between the TCC, which only recognizes Sundays as a week holiday, and the provisions of other legislation, the current situation in practice and the decisions of the Court of Cassation.

In this study, the negative situations caused by the incompatibility between the TCC, other legislative provisions and the decisions of the Court of Cassation on week holidays are mentioned and the effect of the uncertainty on the current situation in practice is discussed. In order to find a solution to the problem, the legislative provisions in German and Swiss law in the context of comparative law are also analyzed. In this context, a detailed literature review has been conducted to form the study. In the last part of the study, the differences between the national law and the comparative law are compared, and finally, all findings are evaluated and opinions are written for the solution of the problem.

In the conclusion part of the study, it is concluded that the problem caused by the difference between the legislative provisions regarding the working days and holidays in negotiable instruments is centered on the week holiday. This is because there is no problem in the legislation and practice in terms of the National Holiday. As a matter of fact, since it is mandatory for all public and private workplaces to close on the National Holiday, it is not possible to carry out any transaction regarding negotiable instruments on October 29. If it is necessary to address the issue in the context of general holidays, it will be said that transactions related to negotiable instruments cannot be carried out on general holidays, just like on National Holidays. This is because both notaries and banks do not operate on general holidays. Therefore, the problem will be solved with the elimination of the incompatibility between the TCC, other legislative provisions and the decisions of the Court of Cassation regarding week holidays. For the solution of the aforementioned problem, it would be appropriate to pursue the interests of both individuals and commercial life. In other words, a regulation to be made in the field of negotiable instrument law, where time periods are of utmost importance in the context of rights gains or losses, should not further complicate the current situation. For this reason, even though notaries on duty and some banks continue to operate on weekends, transactions regarding negotiable instruments should not be carried out on Saturdays. Therefore, replacing the expression "Sunday" in Art. 752 and Art. 816 TCC with the expression "weekend" or adding the expression "Saturday" to the said provisions will solve the problem. Thus, it will be clarified in the legislation that transactions regarding both policies and bonds and checks cannot be performed on weekends. Likewise, with the realization of the aforementioned regulation, the decisions of the Court of Cassation on this issue will be placed on a legal basis.

I. GİRİŞ

Kıymetli evrak hukukunda iş ve tatil günlerinin saptanması, kambiyo senetlerine ilişkin bazı işlemlerin yapılabilmesi için büyük bir öneme sahiptir. Kıymetli evrak hukukundaki iş ve tatil günlerinin belirlenebilmesi için ise öncelikle 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun (UBGTHK) yol gösterici olacaktır. Zira bahsi geçen Kanun'da genel tatil günleri ve hafta tatili hakkında ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, UBGTHK'de ifade edilen hafta tatili ve genel tatil günleri hakkındaki düzenlemeler ile TTK'nin kıymetli evraka ilişkin hükümlerinde yer alan iş ve tatil günlerini ilgilendiren düzenlemeler arasında bir bütünlük mevzubahis değildir. Dolayısıyla bu noktada TTK'deki kıymetli evraka ilişkin hükümlerde zikredilen iş ve tatil günleri hakkındaki düzenlemelerin de incelenmesi gereği doğacaktır. Ancak sorun bununla sınırlı değildir. Zira konuyla ilgili Yargıtay kararları gözden geçirildiğinde, Yargıtay'ın iş ve tatil günlerine ilişkin belirlemesinin UBGTHK, TTK ve aşağıda detaylı olarak anlatılacak ilgili diğer mevzuat hükümlerindeki hafta tatili ve genel tatil günleri hakkındaki düzenlemeler ile bağdaşmadığı da aşikârdır.

Çalışmada öncelikle UBGTHK ve diğer ilgili mevzuat hükümlerinde ifade edilen hafta tatili ve genel tatil günleri üzerinde durulacak, sonrasında ise hem TTK'nin kıymetli evraka ilişkin hükümlerinde yer alan iş ve tatil günleri hem de Yargıtay kararlarında zikredilen iş ve tatil günlerine ilişkin bir belirleme yapılacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise sorun ayrıntılı olarak değerlendirilecek ve sorunun çözümüne yönelik kanaatlerden bahsedilecektir.

II. 2429 SAYILI ULUSAL BAYRAM VE GENEL TATİLLER HAKKINDA KANUN'DA DÜZENLENEN GENEL TATİL GÜNLERİ VE HAFTA TATİLİ

Ülkemizde Ulusal Bayram, genel tatil günleri ve hafta tatili hakkında genel hükümler olarak UBGTHK'deki düzenlemeler uygulanmaktadır. Kanun koyucu UBGTHK'de Ulusal Bayram, genel tatil günleri ile hafta tatiline ilişkin düzenlemeler öngörmüş ve bahsi geçen günleri tek tek saymıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 1923 yılında Cumhuriyetin ilan edildiği 29 Ekim günü Ulusal Bayram'dır. Nitekim bu husus UBGTHK m.1'de zikredilmiş ve Ulusal Bayram'ın 28 Ekim günü saat 13.00'ten itibaren başladığı ve 29 Ekim günü devam ettiği belirtilmiştir. Ayrıca UBGTHK m.2/D'de, Ulusal Bayram gününde resmi daire ve kuruluşların tatil edileceği, Ulusal Bayram günü cuma günü akşamı sona erdiğinde müteakip cumartesi gününün tamamının tatil yapılacağı ve 29 Ekim günü özel işyerlerinin de kapanmasının zorunlu olduğu kaleme alınmıştır. Anılan hükümden hareketle 28 Ekim günü saat 13.00'ten 29 Ekim günü saat 23.59.59'a kadar hem resmi daire ve kuruluşların hem de özel işyerlerinin faaliyetlerine devam etmesi söz konusu olmayacaktır. Keza Ulusal Bayram günü cuma günü akşamı sona eriyor ise resmi daire ve kuruluşlar ile özel işyerleri 28 Ekim perşembe günü saat 13.00'ten 31 Ekim pazar günü saat 23.59.59'a kadar herhangi bir iş veya işlem yapamayacaktır. Dolayısıyla kambiyo senetleri bağlamında kabul için ibraz ve kabul etmeme halinde kabul etmeme protestosu düzenleme veya ödeme için ibraz ve ödememe halinde ödememe protestosu düzenleme için kararlaştırılan veya TTK'de öngörülen zamanlardan herhangi biri 28 Ekim günü saat 13.00'ten 29 Ekim günü saat 23.59.59'a yahut Ulusal Bayram günü cuma gününe rastlamış ise 28 Ekim perşembe günü saat 13.00'ten 31 Ekim pazar günü saat 23.59.59'a kadar olan zaman diliminde anılan işlemler gerçekleştirilemeyecektir.

Kanun koyucu, UBGTHK m.2'de ise genel tatil günlerini kaleme almış; resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü, 1 Mayıs Emek ve Dayanışma günü, 15 Temmuz Demokrasi ve Millî Birlik Günü genel tatil günleri olarak kabul edilmiştir. Anılan hükümden 23 Nisan günü Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı, 19 Mayıs günü Atatürk'ü Anma ve Gençlik ve Spor Bayramı ve 30 Ağustos günü Zafer Bayramı resmi bayram olarak sayılmış; ramazan ve kurban bayramı ise dini bayram olarak kabul edilmiştir. Ayrıca kanun koyucu dini bayram günlerini açıkça belirlemiş; ramazan bayramının arefe günü saat 13.00'ten itibaren 3,5 gün; kurban bayramının ise arefe günü saat 13.00'ten itibaren 4,5 gün olduğunu zikretmiştir. Son olarak hükümden resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü, 1 Mayıs günü ve 15 Temmuz günü resmi daire ve kuruluşların tatil edileceği; genel tatil günleri cuma günü akşamı sona eriyor ise müteakip cumartesi gününün tamamının da tatil yapılacağı ifade edilmiştir.

Birçok mevzuatı yakından ilgilendiren bir diğer tatil günü ise hafta tatilidir. Hafta tatiline ilişkin UBGTHK m.3'te hafta tatilinin pazar günü olduğu ve bu tatilin 35 saatten az olmamak üzere cumartesi günü en geç saat 13.00'ten itibaren başlayacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte bahsi geçen hükümden,

“394 sayılı Hafta Tatili Kanunu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu ve diğer kanunlardaki hafta tatili ile ilgili hükümler saklıdır”.

ifadesine yer verilmiştir. Sonuç olarak hafta tatili hakkındaki bir uyuşmazlık; 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu'nun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun¹, 1475 sayılı İş Kanunu'nun² veya diğer kanunların kapsamına girmiyor ise UBGTHK'nin hafta tatili hakkındaki m.3 hükmü çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır.

¹ RG: 10.08.1967, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu çalışma konumuzun dışında kaldığından incelenmesi gereği doğmamıştır.

² RG: 22.05.2003, 4857 sayılı İş Kanunu m.120'de de belirttiği üzere, “25.8.1971 tarihi ve 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır”. Ayrıca İK geçici m.1'de, “Diğer mevzuatta 1475 sayılı İş Kanununa yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır.” ifadesi yer almaktadır. Buradan hareketle genel tatil günleri ve hafta tatiline ilişkin uyuşmazlıklarda RG: 01.09.1971, 1475 sayılı mülga İş Kanunu hükümleri yerine yürürlükte olan İK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

III. DİĞER KANUNLARDA YER ALAN GENEL TATİL GÜNLERİ VE HAFTA TAILİ HAKKINDA HÜKÜMLER

Çalışma konumuz bağlamında ilgili olan mevzuatlara göz atmak gerekirse ilk olarak 394 sayılı Hafta Tatili Kanunu'nun (HTK) incelenmesi gerekir. Zira bankalar HTK m.1'de geçen "... ticarethane, ... ticari bilumum müessesat ..." kapsamında yer aldığından, bunların çalışma saatleri hususunda HTK hükümleri dikkate alınacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki HTK'de Ulusal Bayram ve genel tatil günlerine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla bankaların belirtilen günlerde faaliyetlerine devam edip etmeyecekleri noktasında genel kanun olan ÜBGTHK'deki Ulusal Bayram ve genel tatil günleri hakkındaki hükümler dikkate alınacaktır. Anılan müesseselerde hafta tatilinin belirlenmesi hakkında ise HTK m.2 hükmü yol gösterici olacaktır. Bahsi geçen hüküm gereğince, "Resmi devairle umumi, hususi, ticari ve sınai herhangi bir müessesede müstahdemini ve ameleyi haftada altı günden fazla çalıştırmak memnudur." Ayrıca Kanun'un başlığında yapılan açıklamadan³ ve muhtelif hükümlerinde geçen ibarelerden⁴ pazar gününün hafta tatili olarak kabul edildiği görülmektedir. Buradan yola çıkarak bankaların pazartesiden başlayarak altı gün boyunca mesai saatleri içerisinde faaliyetlerine devam edebileceği; pazar günü ise hafta tatili olması sebebiyle faaliyetlerini yürütemeyecekleri sonucuna varılır.

Bu noktada incelenmesi gereken bir başka husus takas odasının⁵ çalışma saatleridir. TTK m.798'de, çekin takas odasına ibrazının ödeme için ibraz yerine geçeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla çekin ödenmesi için takas odasına ibraz edilmesi tercih edilmiş ise bu ibrazın takas odasının çalışma saatleri içerisinde gerçekleşmiş olması gerekir. Takas odasının çalışma saatleri hakkındaki düzenlemeye ise Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik⁶ (ÇTFHY) m.15'te yer verilmiştir. Buna göre, ÜBGTHK uyarınca tatil günü kabul edilen günlerde takas ve mutabakat işlemleri yapılamayacaktır. Ayrıca anılan düzenlemede ÜBGTHK gereğince yarım gün çalışılan günlerde takas yapılamayacağı, ancak bir önceki iş gününe ait mutabakat işlemleri gerçekleştirilebileceği zikredilmiştir. Buradan yola çıkarak takas odasının 28 Ekim günü, Ulusal Bayram, ramazan ve kurban bayramı arefesi ile genel tatil günleri faaliyetlerini yürütmediği sonucuna varılacaktır. Takas odası özelinde hangi günlerin hafta tatili sayılacağı hususunda ise ÜBGTHK m.3 hükmü yol gösterici olacak ve cumartesi günü en geç saat 13.00'ten itibaren başlayarak pazar gününün tamamı hafta tatili olarak addedilecektir. Ancak arz edilen Yönetmelik hükmünde, ÜBGTHK uyarınca yarım gün çalışılan günlerde takas yapılamayacağı belirtildiğinden, sonuç olarak cumartesi ve pazar gününün tamamı hafta tatili olarak kabul edilecektir.

Konu ile ilgili olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki (DMK) hükümlerin de ele alınması gerekir. Ancak HTK'ye benzer şekilde DMK'de de Ulusal Bayram ve genel tatil günleri hakkında herhangi bir hüküm tahsis edilmemiştir. Bu sebeple DMK'nin kapsamına giren ve Ulusal Bayram ve genel tatil günlerini ilgilendiren durumlarda ÜBGTHK'deki Ulusal Bayram ve genel tatil günlerine ilişkin düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Kanun koyucu, DMK'de hafta tatilini ilgilendiren düzenlemeyi ise m.99'da kaleme almıştır. Mezkûr hüküm uyarınca,

"Memurların haftalık çalışma süresi genel olarak 40 saattir. Bu süre Cumartesi ve Pazar günleri tatil olmak üzere düzenlenir. Ancak bu kanuna, özel kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine veya bunlara dayanılarak çıkarılacak yönetmeliklerle, kurumların ve hizmetlerin özellikleri dikkate alınmak suretiyle farklı çalışma süreleri tespit olunabilir".

Dolayısıyla aksine bir düzenleme bulunmuyorsa DMK kapsamında çalışan banka veya takas odası personelleri için cumartesi ve pazar günleri hafta tatili olarak kabul edilecek; zikrolunan Kanun kapsamında çalışmayan personeller için ise hafta tatili hakkında tabi oldukları mevzuat hükümleri uygulanacaktır. Uygulamada banka personellerinin özel hukuk hükümleri bağlamında 4857 sayılı İş Kanunu'na (İK) tabi olarak çalıştıkları görülmektedir⁷. Dolayısıyla banka personellerinin hafta tatili hususunda DMK uygulama alanı bulamayacak, bu noktada İK'deki hafta tatiline ilişkin hükümler dikkate alınacaktır.

³ Kanun'un başlığında 1 rakamı ile gösterilen açıklamada "27/5/1935 tarih ve 2739 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi ile bu Kanunda "Cuma" günü gösterilen hafta tatili "Pazar" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir" ifadesi yer almaktadır.

⁴ Nitekim HTK m.5, 6, 7 ve m.9 hükümleri incelendiğinde hafta tatili olarak Pazar gününün belirlendiği sonucuna ulaşılabılır.

⁵ Takas odaları, bankaların çekleri karşılıklı biçimde değiş tokuş etmelerini sağlar ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na çıkarılan RG: 09.06.2018, 30446 sayılı Çek Takas Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik uyarınca faaliyetlerini yürütürler.

⁶ RG: 09.06.2018, 30446.

⁷ Nitekim özel sermayeli mevduat bankalarının özel hukuk hükümleri uyarınca faaliyetlerini sürdürdüğü ve anılan bankalarda çalışanların da İK hükümlerine tabi olarak çalıştıkları izahatın varestedir. Kamusal sermayeli mevduat bankalarından Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi ile Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ise 15.11.2000 tarihli "4603 sayılı Kanun" Geçici m.1/3 uyarınca 31.12.2002 tarihinden sonra özel hukuk hükümlerine tâbi olmayan personel çalıştıramayacaktır. Anılan bankaların yönetim kurullarınca gerek özel hukuk hükümlerine göre çalıştırılmak üzere kendisine sözleşme teklif edilen ancak özel hukuk hükümlerine göre çalışmayı kabul etmeyen gerekse özel hukuk hükümlerine göre çalışması uygun görülmemiş sözleşme imzalanmayan personel ise bankaların yönetim kurullarınca Devlet Personel Başkanlığına bildirilecektir. Devlet Personel Başkanlığı kendisine bildirilen personel listelerini en geç kırkbeş gün içerisinde (özelleştirme kapsam ve/veya programındaki kuruluşlar hariç) tespit edeceği kamu kurum ve kuruluşlarındaki boş kadro ve pozisyonlara atanmalarını sağlamak üzere ilgili kurum veya kuruluşa gönderecek ve ilgili kurum ve kuruluş bildirimini ulaştığı tarihten başlayarak en geç beş iş günü içinde bu personelin atanmalarını yaparak atamalara ilişkin bilgileri Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı ile ilgili bankalara bildirecektir. Atama tarihi itibarıyla personelin bankalarla ilişkisi kesilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla bahsi geçen iki banka personeli de İK kapsamında çalışmamaktadır. Bir diğer kamusal sermayeli mevduat bankası olan Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O.'nun personeli de "Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. İnsan Hakları ve Çalışan Hakları Politikası" metninden anlaşılacağı üzere İK bağlamında iş sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmektedir. "Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. İnsan Hakları ve Çalışan Hakları Politikası" metni için bkz. https://www.vakifbank.com.tr/documents/yiliski/insan_haklarive_calisan.pdf (Erişim: 10.02.2024).

Son olarak İK'deki Ulusal Bayram, genel tatil günleri ve hafta tatili hakkındaki hükümleri ele almak faydalı olacaktır. Ulusal Bayram ve genel tatil günleriyle ilgili olarak İK m.44'te, "Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir." ifadesine yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki hükümde her ne kadar işçinin Ulusal Bayram'da çalışıp çalışmamasının iş sözleşmesiyle yahut işçinin iradesiyle belirleneceği zikredilse de yukarıda arz edildiği üzere UBGTHK m.2/D gereğince Ulusal Bayram günü olan 29 Ekim günü özel işyerlerinin kapanması zorunludur. Bu sebeple işçinin Ulusal Bayram'da çalışması söz konusu olmayacaktır. O halde İK m.44 hükmü, yalnızca genel tatil günleri bakımından tatbik edilecektir⁸. İK'de hafta tatilini ilgilendiren düzenlemeye ise m.46'da yer verilmiştir. Anılan hüküm,

"Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçiler tatil gününden önce 63'üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenir (hafta tatili) verilir".

şeklinde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla İK kapsamında çalışan işçiler, bahsi geçen hükümdeki koşulları sağlamaları halinde kesintisiz yirmi dört saat hafta tatiline hak kazanacaklardır. Ancak hafta tatilinin hangi gün olacağı noktasında İK'de herhangi bir belirlemeye gidilmemiştir. Bu noktada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) hizmet sözleşmesi hakkındaki hükümleri devreye girecektir. Zira TBK ile İK arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi söz konusudur ve özel kanun niteliğindeki İK'de düzenlenmeyen bir husus hakkında TBK'de bir hüküm yer alıyorsa genel kanun olması hasebiyle TBK'nin ilgili hükmü uygulama alanı bulacaktır⁹. Nitekim hafta tatilinin hangi gün olacağına ilişkin belirsizlik TBK m.421 hükmünde açıklığa kavuşturulmuş ve söz konusu hükümde "İşveren, işçiye her hafta, kural olarak pazar günü veya durum ve koşullar buna imkân vermezse, bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlüdür." deyişine yer verilmiştir. Mezkûr hükümden hareketle, aksine bir durum söz konusu değilse işçinin pazar günleri yirmi dört saat dinlenme hakkına sahip olduğu sonucuna varılacaktır. Sonuç olarak İK'nin kapsamına tabi olan banka personelleri de pazar günleri kesintisiz yirmi dört saat hafta tatili hakkını haiz olup, cumartesi günleri çalışmalarını engelleyen herhangi bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır.

IV. TTK'DEKİ İŞ VE TATİL GÜNLERİNİ İLGİLENDİREN HÜKÜMLER

Kıymetli evraka ilişkin hükümlerin yer aldığı TTK'nin Üçüncü Kitabı incelendiğinde iş ve tatil günlerini ilgilendiren düzenlemelere yer verildiği görülecektir. Nitekim poliçede¹⁰ kabul için ibraz ve kabul etmeme halinde kabul etmeme protestosu düzenlenmesi veya poliçe ve bonoda¹¹ ödeme için ibraz ve ödememe halinde ödememe protestosu düzenlenmesi için öngörülen zamanın tatil gününe rastlaması hâlinde "Tatil günleri" başlıklı TTK m.752 hükmü devreye girecektir¹². Bahsedilen hüküm gereğince,

"(1) Vadesi pazara veya diğer bir resmî tatil gününe rastlayan poliçenin ödenmesi, ancak tatili izleyen ilk iş günü istenebilir. Poliçeye ilişkin diğer bütün işlemler, özellikle kabul için ibraz ve protesto işlemleri de tatilde yapılmayıp ancak bir iş gününde yapılabilir. (2) Bu işlemlerden birinin, son günü pazara veya başka bir resmî tatil gününe rastlayan bir süre içinde yapılması gerektiği takdirde, bu süre onu izleyen ilk iş gününe kadar uzar. Aradaki tatil günleri süre hesabına dâhildir".

Buradan yola çıkarak pazar günleri ile resmî tatil günlerinde¹³ anılan işlemlerin yapılamayacağı; ancak cumartesi günleri bu işlemlerin yapılması hususunda herhangi bir engel bulunmadığı sonucuna

⁸ İK kapsamına dâhil olan banka personelinin genel tatil günlerinde bankada çalışacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile kararlaştırılmış ya da sözleşmede hüküm bulunmamasına rağmen anılan günlerde çalışacağı yönünde kendisinden onay alınmışsa genel tatil günlerinde görevini yerine getirecektir. Öte yandan genel tatil günleri bakımından HTK'de bir hüküm bulunmadığından, bankaların belirtilen günlerde faaliyetlerini devam edip edemeyecekleri noktasında genel kanun olan UBGTHK'deki genel tatil günleri hakkındaki hükümler uygulanacak ve bu sebeple bankalar söz konusu günlerde faaliyetlerini sürdüremeyecektir. Tam da bu noktada genel tatil günleri bakımından İK uyarınca çalışan banka personeli ile bankanın faaliyetlerini yürütebileceği genel tatil günleri arasında mevzuattan kaynaklanan bir uyumsuzluk gündeme gelecektir.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.213.

¹⁰ Poliçe hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. POROY, Reha/TEKİNALP, Ünay: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.139 vd.; ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.99 vd.; PULAŞLI Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.115 vd.; ERİŞ, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.267 vd.; ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s.428 vd.; KINACIOĞLU, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Nobel Yayıncılık, Ankara 1999, s.103 vd.; BAHTİYAR, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s.54 vd.; BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2017, s.67 vd.; CAN, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2012, s.62 vd.; ÖZDAMAR, Mehmet/GÖKTÜRK, Kürşat/CAN, Mehmet Çelebi/KASAŞAK, Esra: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.91 vd.; KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.139 vd.; KAYIHAN, Şaban: Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.86 vd.; BOZKURT, Tamer: Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.71 vd.; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, 17. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2020, s.375 vd.; ÇELİK, Aytekin: Ticaret Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.406 vd.

¹¹ Bono hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. POROY/TEKİNALP, s.281 vd.; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.129 vd.; PULAŞLI, s.209 vd.; ERİŞ, s.724 vd.; ÖZTAN, s.973 vd.; KINACIOĞLU, s.247 vd.; BAHTİYAR, s.117 vd.; BOZER/GÖLE, s.169 vd.; CAN, s.130 vd.; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KASAŞAK, s.207 vd.; KENDİGELEN/KIRCA, s.158 vd.; KAYIHAN, s.152 vd.; BOZKURT, s.80 vd.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.343 vd.; ÇELİK, s.452 vd.

¹² Kanun koyucu TTK m.758/1/i'de, poliçeye ilişkin tatil günlerini düzenleyen TTK m.752 hükmünün bonolar hakkında da geçerli olacağını belirtmiştir.

¹³ Hükümde geçen resmî tatil günleriyle ifade edilmek istenen Ulusal Bayram günü ve genel tatil günleridir.

varılacaktır¹⁴. Dolayısıyla TTK m.752 hükmü kapsamında cumartesi günleri poliçede kabul için ibraz ve kabul etmeme halinde kabul etmeme protestosu düzenlenmesi veya poliçe ve bonoda ödeme için ibraz ve ödememe halinde ödememe protestosu düzenlenmesi hususunda herhangi bir beis bulunmamaktadır. Keza cumartesi günleri kabul etmeme yahut ödememe protestosu çekilmesine fiziki olarak da engel bir durum söz konusu değildir. Şöyle ki bahsi geçen protestolar TTK m.715 gereğince noterlikçe düzenlenecektir. 06.04.2019 tarihinden itibaren ise nöbetçi noterlik uygulaması aktif bir şekilde uygulanmaya başlanmış ve Türkiye Noterler Birliği tarafından cumartesi günleri isteğe bağlı ve zorunlu nöbetçilik için mesai saatleri 09.00-13.30 olarak belirlenmiştir¹⁵. Dolayısıyla nöbetçi noterlikçe poliçe özelinde kabul etmeme, hem poliçe hem de bono özelinde ise ödememe protestosunun cumartesi günleri saat 09.00-13.30 arasında düzenlenmesi imkân dâhilindedir.

Bir başka kambyo senedi olan çekin¹⁶ ödenmemesi hâlinde ödememe durumunun tespitinin protesto ile yapılması hali için belirtilen tarih tatil gününe denk gelmiş ise TTK m.816 hükmü yol gösterici olacaktır. Mezkûr düzenlemede,

“(1) Bir çekin ibrazı ve protestosu, ancak bir iş gününde yapılabilir. (2) Çeke ilişkin işlemler ve özellikle ibraz ve protesto veya buna eş değer belirleme işlemlerinin yapılması için kanunla belirli sürenin son günü, pazara veya diğer bir tatil gününe rastladığı takdirde, bu süre onu izleyen ilk iş gününü kapsayacak kadar uzar. Aradaki tatil günleri süre hesabına dâhildir”.

ifadesi yer almaktadır. Hüküm uyarınca çekin ödenmesi için bankaya ibrazı pazar veya diğer bir tatil günü hariç diğer günlerde mümkündür¹⁷. Zira yukarıda arz edildiği üzere cumartesi günleri banka personelinin çalışmasını engelleyen herhangi bir düzenleme de mevzubahis değildir. Ulusal Bayram gününe yahut diğer bir genel tatil gününe rastlamayan cumartesi günleri çekin ödenmesi amacıyla bankaya ibrazında TTK bağlamında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Ayrıca çekin ödenmemesi ihtimalinde ödememe durumunun tespitinin protesto ile yapılması hali için öngörülen tarih veya bu tarihin son günü diğer bir tatil gününe denk gelmemiş ise protestonun çekilmesi bakımından da bir mani bulunmamaktadır. Zira yukarıda zikredildiği üzere nöbetçi noterlik uygulamasının getirilmesiyle anılan protestonun noterde cumartesi yahut pazar günleri de düzenlenmesi imkân dâhilindedir. Ancak uygulamada bankaların büyük bir kısmının¹⁸ cumartesi ve pazar günleri faaliyetlerini sürdürmedikleri görülmektedir. Dolayısıyla her ne kadar TTK’de cumartesi günleri çekin ödenmesi için bankaya ibrazı hususunda bir engel bulunmasa da mevcut uygulama dikkate alındığında bu durum pek de mümkün gözükmemektedir.

Görüldüğü üzere TTK çerçevesinde iş ve tatil günlerini ilgilendiren hükümler ile uygulamadaki mevcut durum uyumlu bir bütünlük arz etmemektedir. Bu noktada TTK’deki anılan hükümler ile uygulamadaki farklılığın çözüme kavuşturulması ivedi ve elzemdir.

V. YARGITAY UYGULAMASI

Yargıtay’ın kıymetli evrakta iş ve tatil günlerini ilgilendiren kararları incelendiğinde UBGTHK’deki Ulusal Bayram, genel tatil günleri ve hafta tatili hakkındaki düzenlemeleri esas aldığı görülmektedir.

¹⁴ Alman hukukunda aynı hususa ilişkin hüküm 21.06.1933 tarihli Kambyo Senetleri Kanunu (“Wechselgesetz”) Art 72’de düzenlenmiştir. Anılan hükümde poliçede kabul için ibraz ve kabul etmeme halinde kabul etmeme protestosu düzenlenmesinin veya poliçe ve bonoda ödeme için ibraz ve ödememe halinde ödememe protestosu düzenlenmesinin yalnızca iş gününde yapılabileceği, keza söz konusu işlemlerin cumartesi günü yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca mezkûr hükümde kabul için veya ödeme için ibraz yahut protesto işlemlerinin yapılması hakkında öngörülen sürenin son gününün resmi tatil veya cumartesi gününe denk gelmesi halinde bu sürenin bir sonraki iş gününe kadar uzatılacağı kaleme alınmıştır. Dolayısıyla Alman hukuku bakımından poliçe ve bono özelinde cumartesi günleri anılan işlemlerin yapılamayacağı açıktır. İsviçre hukukunda aynı hususa ilişkin hüküm ise 30.03.1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (“Obligationenrecht”) Art. 1081’de yer almaktadır. İfade etmek gerekir ki cumartesi ibaresi her ne kadar Art. 1081/1 ve 2’nin lafzında yer almasa da Art. 1081/2’nin metninde yapılan 828 numaralı atf ile dipnotta 21.06.1963 tarihinde yapılan bir değişiklik cumartesi gününün de artık bir tatil günü olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Anılan değişikliği içeren 21.06.1963 tarihli yasa metni için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch>. Son halde İsviçre hukuku bakımından da poliçe ve bono kapsamında cumartesi günleri anılan işlemlerin yapılamayacağı rahatlıkla söylenecektir.

¹⁵ Türkiye Noterler Birliği: “İsteğe Bağlı Nöbetçi Noterlik ve Zorunlu Nöbetçi Noterlik Çalışma Saatleri Hakkında Duyuru”, <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/HaberDetay.aspx?rid=683&tnb=DuyurularListesi#:~:text=%E2%80%8B%C4%B0ste%20tamamlanmas%C4%B1%20sa%C4%9Flanabilir> (Erişim: 24.02.2024).

¹⁶ Çek hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Cem Yayıncılık, Ankara 2011, s.37 vd.; POROY/TEKİNALP, s.291 vd.; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.231 vd.; PULAŞLI, s.209 vd.; ERİŞ, s.921 vd.; ÖZTAN, s.1024 vd.; KINACIOĞLU, s.257 vd.; BAHTİYAR, s.125 vd.; BOZER/GÖLE, s.205 vd.; CAN, s.140 vd.; ÖZDAMAR/GÖKTÜRK/CAN/KAŞAK, s.231 vd.; KENDİGELEN/KIRCA, s.271 vd.; KAYIHAN, s.176 vd.; BOZKURT, s.185 vd.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.387 vd.; ÇELİK, s.458 vd.

¹⁷ Alman hukukunda aynı konuya ilişkin hüküm 14.08.1933 tarihli Çek Kanunu (“Scheckgesetz”) Art 55’te dercedilmiştir. Nitekim Art 55/1’de çekin ibraz ve protestosu yalnızca iş gününde yapılabileceği, cumartesi günü ise bu işlemlerin yapılamayacağı; Art 55/2’de ise çekle ilgili bir işlemin, özellikle de ibrazın, protestonun veya eşdeğer bir beyanın yapılması gereken sürenin son gününün resmi tatil veya cumartesi gününe denk gelmesi halinde bu sürenin bir sonraki iş gününe kadar uzatılacağı zikredilmiştir. Anılan düzenlemelerden yola çıkılarak Alman hukuku çerçevesinde çeki ilişkin işlemlerin cumartesi günü yapılamayacağı sonucuna varılacaktır. İsviçre hukuku özelinde ise bahsi geçen husus 01.05.1955 tarihli Çek Kanunu (“Scheckgesetz”) Art. 55’te kaleme alınmıştır. Buna göre Art. 55/2’de, Çekle ilgili bir işlemin, özellikle de ibrazın, protestonun veya buna benzer bir beyanın yapılması gereken sürenin son gününün resmi tatil gününe denk gelmesi halinde, süre bir sonraki iş gününe kadar uzatılacağı; Art. 55/3’te ise Cumartesi gününün de resmi tatil günleri olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla İsviçre hukuku çerçevesinde de çek özelinde hükümde belirtilen işlemlerin cumartesi günleri gerçekleştirilemeyeceği izahat varestedir.

¹⁸ Nitekim bankaların büyük bir kısmı hafta sonu faaliyetlerini sürdürmedikleri için sadece iş yoğunluğunun fazla olduğu bazı bölgelerde hafta sonu açık şube bulundurmaktadırlar. Hafta sonu açık şube bulunduran bazı bankalar için bkz. <https://www.garantibvva.com.tr/iletisim/hafta-sonu-acik-subeler>; https://www.bankablog.com/hafta-sonu-acik-banka-subeleri-cumartesi-pazar/#is_bankasi_cumartesi_pazar_acik_banka_subeleri (Erişim: 01.03.2024).

Nitekim bir kararında,

“...Takibe dayanak 20.06.2006 vade tarihli bono hakkındaki zamanaşımı süresinin son günü 20.06.2009 Cumartesi günü olup, 2429 Sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 3.maddesi uyarınca Cumartesi ve Pazar günleri resmi tatil olduğundan ve zamanaşımı süresinin son günü tatile rastladığından, tatilden sonraki ilk iş günü olan 22.06.2009 tarihinde yapılan takipte zamanaşımı süresi dolmamıştır...”¹⁹.

şeklindeki ifadesiyle bu görüşünü açıkça kaleme almıştır.

Yargıtay, benzer biçimde başka bir kararında,

“Davalı vekili; cumartesi gününün hafta tatili veya resmi gün olmadığını, 2429 sayılı ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda resmi tatil günlerinin sınırlı sayıldığını ve hafta tatilinin pazar günü olduğunu, TTK'nun 752. ve 778/i maddeleri uyarınca da cumartesi gününün hafta tatili veya resmi tatil günü olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece yapılan yargılama sonunda; dava konusu icra takibine dayanak 30/11/2013 vade tarihli bonodaki vadenin son gününün cumartesi olduğu, 2429 Sayılı ... Hakkında Kanun'un 3.maddesi uyarınca cumartesi ve pazar günleri resmi tatil olduğundan ve son günü tatile rastladığından, tatilden sonraki ilk iş günü olan 02/12/2013 tarihinde yapılan ödemenin geçerli olmasına ve konuyla ilgili Yüksek Yargıtay içtihatlarının da bu şekilde yerleşik bulunmasına rağmen (bz. Y.12.H.D. 13/06/2012 gün ve 2785-20342; 03/03/2014 gün ve 3338-5787 sayılı içtihatları) davalı alacaklının kötü niyetli olarak 02/12/2013 tarihinde ödenmiş bonoyu ... İcra Müdürlüğü'nün 2013/14644 esas sayılı dosyasıyla takibe koymasının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle; davanın kabulüne, davacının bonodan dolayı borçlu olmadığını tespitine, ... karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. 1- Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekçeleri, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı vekilinin ... sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. ... SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, ... oybirliğiyle karar verildi”²⁰.

hükmüne varmıştır. Anılan bu kararda alacaklı olan davalının cumartesi gününün hafta tatili veya resmi gün olmadığı, UBGTHK'deki resmi tatil günlerinin sınırlı olarak sayıldığı ve hafta tatilinin pazar günü olduğu, TTK m.752 gereğince de cumartesi gününün hafta tatili veya resmi tatil günü olmadığı, bu gerekçelerle vade tarihinin son günü cumartesiye rastlayan bononun cumartesi günü ödenmesi gerektiği yönündeki itirazları dikkate alınmamış; tatilden sonraki ilk iş günü olan pazartesi gününde yapılan ödeme geçerli olarak addedilmiştir.

Her ne kadar UBGTHK m.3'te hafta tatilinin pazar günü olduğu ve bu tatilin 35 saatten az olmamak üzere cumartesi günü en geç saat 13.00'ten itibaren başlayacağı hükmüne bağlanmış olsa da Yargıtay cumartesi günlerini saat sınırlaması fark etmeksizin tamamen hafta tatili olarak kabul etmiştir. Anılan görüşünü ise

“...Somut olayda senedin vadesi (10.02.2007 cumartesi) tatile rastladığından “ödeme günü” bu tarihi izleyen ilk iş günü (12.02.2007 pazartesi)dir. Protesto ise bu ödeme gününü izleyen iki iş günü yani 14.02.2007 Çarşamba günü çekildiğinden süresinde ve yasaya uygundur. O halde, mahkemece hamilin lehtar-cirantayı takip hakkı bulunduğu kabul edilerek sair itiraz nedenleri incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir. ...”²¹, “... Somut olayda senedin vadesi (10.06.2006 cumartesi) tatile rastladığından “ödeme günü” bu tarihi izleyen ilk iş günü (12.6.2006 pazartesi)dir. Protesto ise bu ödeme gününü izleyen iki iş günü yani 14.06.2006 Çarşamba günü çekildiğinden süresinde ve yasaya uygundur. ...”²², “... Somut olayda 14.7.2006 vadedeli bono için TTK.nun 626. ve 642.maddelerine göre keşideci protesto edilmiştir. Bonoda vadeyi takip eden günler resmi tatil olan Cumartesi ve Pazar günlerine rastladığı için 2.iş günü olan Salı günü 18.7.2006 tarihinde çekilen protesto süresindedir. Bu nedenle alacaklının lehtar konumundaki şikayetçi borçlu hakkında takip yapmasında yasal bir engel yoktur. Şikayetin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi isabetsizdir...”²³.

biçimindeki kararları ile açıkça serdetmiştir. Sonuç olarak cumartesi günlerini saat sınırlaması fark etmeksizin tamamen hafta tatili olarak kabul eden Yargıtay'ın görüşü ile yalnızca pazar günlerini hafta tatili olarak nitelendiren TTK hükmü paralellik arz etmemektedir.

VI. KIYMETLİ EVRAKTA İŞ VE TATİL GÜNLERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMEMİZ

Kıymetli evrak hukuku bakımından iş ve tatil günlerini ilgilendiren mevzuat hükümleri incelendiğinde yeknesak bir belirlemenin olmadığı izahıta varestedir. Keza Yargıtay'ın konu hakkındaki kararları gözden geçirildiğinde, ilgili kararların mevzuat hükümleri ile bağdaşmadığı aşikârdır. Ayrıca uygulamaya bakıldığında hafta tatiline ilişkin bankalar arasında farklı belirlemeler de söz konusudur. Dolayısıyla mevzuat hükümleri arasındaki farklılığı önlemek, Yargıtay kararlarını yasal bir gerekçeye dayandırmak ve uygulamada birliği sağlamak amacıyla kıymetli evrak hukuku bakımından iş ve tatil günlerinin saptanması ivedi ve elzemdir.

Nitekim cumartesi günü poliçenin kabul için ibraz edilmesini ve kabul edilmemesi halinde kabul etmeme protestosu düzenlenmesini veya poliçe ve bononun ödeme için ibraz edilmesini ve ödememe halinde ödememe protestosu düzenlenmesini TTK kapsamında engelleyen bir hüküm mevzubahis değildir. Keza nöbetçi noterlik uygulaması sayesinde söz konusu protestoların cumartesi düzenlenmesi hususunda da bir

¹⁹ Yargıtay 12.HD., 13.06.2012, E.2012/2785, K.2012/20342. www.lexpera.com.tr (Erişim: 01.03.2024).

²⁰ Yargıtay 19.HD., 05.11.2015, E.2015/4401, K.2015/14065. www.lexpera.com.tr (Erişim: 02.03.2024).

²¹ Yargıtay 12.HD., 10.12.2007, E.2007/20628, K.2007/23262. www.lexpera.com.tr (Erişim: 02.03.2024).

²² Yargıtay 12.HD., 26.03.2007, E.2007/3303, K.2007/5670. www.lexpera.com.tr (Erişim: 02.03.2024).

²³ Yargıtay 12.HD., 13.02.2007, E.2006/24395, K.2007/2080. www.lexpera.com.tr (Erişim: 03.03.2024).

beis bulunmamaktadır. Ayrıca UBGTHK m.3'te hafta tatilinin cumartesi günü en geç saat 13.00'ten itibaren başlayacağı hükmü karşısında, UBGTHK'ye göre de cumartesi günü 13.00'e kadar olan zaman diliminde poliçe veya bono hakkında anılan işlemlerin yapılması mümkündür. Hal böyle olunca cumartesi belirtilen zaman diliminde poliçenin kabul veya poliçe ve bononun ödeme için ibraz edilmesi ihtimalinde bu ibraz geçerli addedilecek midir? Buna ilaveten poliçenin kabul edilmemesi ya da poliçe ve bononun ödenmemesi halinde protesto çekilebilmesi için TTK'de öngörülen süreler işlemeye başlayacak mıdır? Öte yandan Yargıtay kararlarında cumartesi gününün defaatle hafta tatili olarak kabul edilmesi ve cumartesi günü ibraz yahut protesto işlemlerinin yapılamayacağı beyan edilmesi hangi hukuki gerekçeye dayanmaktadır?

Çek bakımından mevcut durumu ele almak gerekirse bankaların faaliyetlerini yürüttüğü zamanları ve banka personellerinin çalışma saatlerini incelemek gerekir. Yukarıda arz edildiği üzere bankalar, HTK m.2 hükmü gereğince pazar günü hafta tatili olması nedeniyle faaliyetlerini yürütemeyeceklerdir. Dolayısıyla cumartesi günü çekin bankaya ibrazına engel bir durum söz konusu değildir. Üstelik çekin ödenmemesi ihtimalinde ödenmeme durumunun tespitinin protesto ile yapılması tercih edilmişse nöbetçi noterlik uygulaması sayesinde bahsi geçen protestonun düzenlenmesi de mümkün olacaktır. Ayrıyeten İK'ye tabi olan banka personellerinin, TBK m.421'e göre pazar günleri kesintisiz yirmi dört saat hafta tatili hakkını haiz olup olduğu, cumartesi günleri ise çalışmalarını engelleyen herhangi bir mevzuat hükmü bulunmadığı dikkate alındığında, cumartesi günü çekin bankaya ibrazının mümkün olduğu sonucuna varılacaktır. Nitekim uygulamada bazı banka şubelerinin hafta sonları faaliyetlerine devam ettiği de görülmektedir²⁴. Dolayısıyla cumartesi günü faaliyetine devam eden bir bankaya, TTK'de öngörülen süreler riayet edilerek bir çekin ibraz edilmesi durumunda nasıl bir yol izlenecektir? Söz konusu çekin ibrazına TTK, HTK, İK ve TBK hükümleri izin verirken; Yargıtay'ın ısrarla cumartesi günleri bu işlemin yapılamayacağı yönündeki görüşü hangi yasal gerekçeye dayanmaktadır? Keza cumartesi ibraz edilen bu çekin ödenmemesi halinde protesto düzenlenmesi için yasal süreç işleyecek midir?

Öte yandan ÇTFHY m.15 hükmü cumartesi günleri çekin takas odasına ibrazına izin vermemektedir. Bu noktada cumartesi günü bir çekin bankaya veya takas odasına ibrazındaki söz konusu farklılık haklı bir gerekçeye dayanmakta mıdır? Çekin cumartesi günü faaliyetlerini yürüten bir bankaya ibraz edilmesi hususunda bir beis bulunmazken, takas odasına ibraz edilmesi noktasındaki kanuni engel aynı işlem için ikili bir uygulamaya sebebiyet vermeyecek midir?

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Protesto Hak.Birleştirilmiş 26 Sayılı Genelge'de protesto çekilebilecek günler olarak şunlar ifade edilmiştir:

“22 Haziran 1974 gün ve 1974/23 sayılı genelgemizde de açıklandığı gibi, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 40. maddesinde, noterlik dairesinin resmi daire sayılacağı belirtildikten sonra 51. maddesinde de noterlik dairesindeki günlük çalışmanın, o yerdeki resmi dairelerle birlikte başlayacağı hükmü bağlanmış olup, 1327 sayılı (657 sayılı Devlet Memurları Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve bu kanuna bazı madde eklenmesine ve bu kanunun kapsamı dışında kalan personelin aylık ve ücretlerine dair) kanunu değiştiren 12 sayılı Kanun hükmündeki kararname sebebiyle, Türkiye'deki bütün Resmi Daire ve Kuruluşlarında haftalık çalışma süresinin 40 saate çıkarılması ile birlikte Cumartesi günlerinin de tam gün tatil olması Adalet Bakanlığı Hukuk işleri Genel Müdürlüğü'nün 21 Haziran 1974 gün ve 19175 sayılı yazılarına dayanarak bildirilmiştir.

Buna karşılık, Türkiye Bankalar Birliği, cumartesi günlerinin T. Ticaret Kanununun uygulaması açısından “resmi tatil” olarak sayılıp sayılmayacağı hususunda tereddüt ettiği için, ödememe protestolarının, vadesi Perşembe'ye rastlayan senetlerde Cuma, Cuma'ya rastlayan senetlerde de Pazartesi günü, Cumartesi'ye rastlayan senetlerinde Salı günü çekilmesi konusunda mesleki bir karar alarak, uygulamayı bu şekilde sürdürme gelmekte idiler.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 714 üncü (mülga TTK'nin 626) maddesiyle, bu maddeye atıfta bulunan 778 inci (mülga TTK'nin 690) maddesi, ödememe protestolarının vadeyi izleyen iki iş günü içinde çekilmesini öngörmekte olmasına göre; Birliğimizce vadesi Perşembe'ye rastlayan senetlerin Cuma veya Pazartesi; vadesi Cuma'ya rastlayan senetlerin Pazartesi veya Salı, vadesi Cumartesi veya Pazar'a rastlayan senetlerin de (ödeme günü Pazartesi olduğundan) Salı veya Çarşamba günleri protesto edilmelerinde yasal bir sakınca bulunmadığı hususu öteden beri gerek Adalet Bakanlığı ve gerekse Birliğimiz görüşü olarak tereddüt eden noterlere bildirilmiş bulunmaktadır.

Bu kez Türkiye Bankalar Birliğinin Adalet Bakanlığı ile Birliğimizin bu görüşüne uymasının, bazı noterlerimizce tereddütle karşılandığı öğrenilmiştir. Yukarıda izah edildiği gibi ödememe protestosunun ilgilisi tarafından vadeyi izleyen birinci iş günü çekilmesi istendiğinde birinci iş gününde, ikinci iş günü çekilmesi istendiğinde de ikinci iş günü çekilmesinde yasal bir sakınca bulunmamaktadır”.

Görüldüğü üzere yukarıda zikredilen bazı mevzuat hükümleri özellikle cumartesi günü için protesto işlemlerine izin vermesine rağmen; Genelge uyarınca noterler halihazırda cumartesi ve pazar günlerinde anılan işlemleri yapamamaktadır²⁵.

İşte yukarıda anılan tüm sorunların ivedilikle çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Ayrıca önerilecek çözüm, kıymetli evrak hukuku çerçevesinde iş ve tatil günlerine ilişkin TTK ile diğer mevzuat

²⁴ Hafta sonu açık şube bulunduran bazı bankalar için bkz. dipnot 18.

²⁵ Türkiye Noterler Birliği'nin 1982/19 sayılı Genelgesi de şu şekildedir: “Türk Ticaret Kanununun 626. maddesiyle, bu maddeye atıfta bulunan 690. maddesi, ödememe protestolarının vadeyi izleyen iki iş günü içinde çekilmesini öngörmekte olmasına göre; vadesi Perşembe'ye rastlayan senetlerin Cuma veya Pazartesi; vadesi Cuma'ya rastlayan senetlerin Pazartesi veya Salı, vadesi Cumartesi veya Pazar'a rastlayan senetlerin de (ödeme günü Pazartesi olduğundan) Salı veya Çarşamba günleri protesto edilmelerinde yasal bir sakınca bulunmamaktadır”.

hükümleri arasındaki uyumsuzluğu gidermeli ve konu hakkındaki Yargıtay kararlarının hukuki bir gerekçeye dayandırılmasına hizmet etmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ulusal bayram günü bakımından mevzuatta ve uygulamada herhangi bir sorun mevzubahis değildir. Zira ulusal bayram günü tüm kamu ve özel işyerlerinin kapanmasının zorunlu olması hasebiyle 29 Ekim günü kıymetli evrakla ilişkin herhangi bir işlem gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Genel tatil günleri özelinde meseleye yaklaşmak gerekirse tıpkı ulusal bayram gününde olduğu gibi genel tatil günlerinde de kıymetli evrakı ilgilendiren işlemler yapılamayacaktır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere UBGTHK m.2 uyarınca hem noterler hem de bankalar genel tatil günlerinde faaliyetlerini sürdürmemektedir.

Esasen sorun hafta tatili noktasında kendisini göstermektedir. Zira yukarıda arz edildiği üzere TTK, UBGTHK, HTK, İK ve TBK cumartesi günleri belirli sınırlar çerçevesinde kıymetli evrakla ilişkin işlemlere izin verirken Yargıtay bu konuda olumsuz görüş serdetmiştir. Belirtmek gerekir ki mevzuattaki anılan bu durum uygulamada sorunlara sebebiyet verecektir. Zira cumartesi günleri kıymetli evrakla ilişkin yukarıda ifade edilen işlemleri gerçekleştirilmek istenmesi halinde mevzuatta bu konuda bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durumun uyumsuzluğa konu olması halinde Yargıtay hukuki gerekçeden yoksun kararlara imza atmaktadır.

Kanaatimizce hafta tatiline ilişkin mevzuattaki söz konusu sorunun açıklığa kavuşturulması faydalı olacaktır. Anılan sorunun çözümünde ise hem kişilerin hem de ticaret hayatının menfaatinin güdülmesi isabetli olacaktır. Eş bir anlatımla, hak kazanımları yahut kayıpları bağlamında sürelerin son derece önem arz ettiği kıymetli evrak hukuku alanında yapılacak bir düzenlemenin, mevcut durumu daha da karmaşık hale getirmemesi gerekir. Bu sebeple her ne kadar nöbetçi noterlik uygulaması ve bazı bankaların hafta sonu faaliyetlerine devam etmesi söz konusu olsa da cumartesi günleri kıymetli evrakla ilişkin işlemlerin yapılmaması gerekir. Bu sebeple TTK m.752 ve m.816'da geçen "pazar" ibaresinin yerine "hafta sonu" ibaresinin tercih edilmesi ya da anılan hükümlere "cumartesi" ibaresinin eklenmesi sorunu çözecektir. Böylece hem poliş ve bonoya hem de çeke ilişkin işlemlerin hafta sonu yapılamayacağı mevzuatta açıklığa kavuşacaktır. Keza mezkûr düzenlemenin gerçekleştirilmesiyle birlikte Yargıtay'ın bu konuya ilişkin verdiği kararları da hukuki bir zemine oturtulmuş olacaktır.

VII. SONUÇ

Kıymetli evrak hukukunda iş ve tatil günleri hakkındaki düzenlemeler incelendiğinde ulusal bayram günü ve genel tatil günlerinde kıymetli evrakı ilgilendiren işlemlerin yapılamayacağı aşikârdır. Zira anılan günlerde hem noterler hem de bankalar faaliyetlerini sürdürmemektedir. Temel sorun hafta tatilinin belirlenmesi meselesidir. Nitekim cumartesi günleri kıymetli evrakla ilişkin işlemlerin gerçekleştirilmesi noktasında TTK, UBGTHK, HTK, İK ve TBK hükümleri kapsamında bir beis bulunmazken; Yargıtay bu konuya olumsuz yaklaşmaktadır. Mezkûr sorunun çözümünde öncelikle kişilerin ve ticaret hayatının menfaatleri dikkate alınmalı, sürelerle ilişkin yapılacak düzenleme mevcut durumu daha da karmaşık hale getirmemelidir. Dolayısıyla her ne kadar nöbetçi noterlik uygulaması ve bazı bankaların hafta sonu faaliyetlerine devam etmesi söz konusu olsa da cumartesi günleri kıymetli evrakla ilişkin işlemler yapılmamalıdır. Sonuç olarak TTK m.752 ve m.816'da geçen "pazar" ifadesinin "hafta sonu" ifadesiyle değiştirilmesi yahut bahsi geçen hükümlere "cumartesi" ifadesinin eklenmesi sorunu giderecektir. Böylelikle hem poliş ve bonoya hem de çeke ilişkin işlemlerin hafta sonu yapılamayacağı açığa kavuşacak hem de Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlar hukuki bir gerekçeye dayandırılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- BAHTİYAR, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, 17. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2020.
BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2017.
BOZKURT, Tamer: Kıymetli Evrak Hukuku, 6. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2012.
CAN, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2012.
ÇELİK, Aytekin: Ticaret Hukuku, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
ERİŞ, Gönen: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
KAYIHAN, Şaban: Kıymetli Evrak Hukuku, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2019.
KINACIOĞLU, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Nobel Yayıncılık, Ankara 1999.
ÖZDAMAR, Mehmet/GÖKTÜRK, Kürşat/CAN, Mehmet Çelebi/KAŞAK, Esra: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.
POROY, Reha/ÜNAY, Tekinalp: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Cem Yayıncılık, Ankara 2011.
SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KENDİGELEN, Abuzer/KAYA, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Ozan CAN ve Ayşe ÇAKIR, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ozan CAN and Ayşe ÇAKIR, who are the authors, have not received any financial support for this study's research, authorship, or publication.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedirler. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

SİYASİ PARTİLERE DEVLET YARDIMI: TÜRKİYE ÖRNEĞİ

STATE AID TO POLITICAL PARTIES: THE CASE OF TURKEY

Şahap KAYMAK*  & Ömer KESKİNSOY** 

Makale Bilgi

Gönderi: 05/02/2024
Kabul : 14/06/2024

Anahtar Kelimeler

*Finansman Rejimi,
Devlet Yardımı,
Demokrasinin Maliyeti,
Kendisi İçin Yasa,
Kartel Parti Teorisi.*

Article Info

Received: 05/02/2024
Accepted: 14/06/2024

Keywords

*Funding Regime,
State Aid,
The Cost of
Democracy,
The Law For Itself,
Cartel Party Theory.*

Özet

10.21492/inuhfd.1431802 

Siyasi partiler kuruluş ve teşkilatlanmalarının yanı sıra faaliyetlerini sürdürebilmek için de mali kaynağa gereksinim duyarlar. Partiler söz konusu finansman ihtiyacını çeşitli gelir unsurlarından sağlamakla birlikte bu unsurların başında devlet yardımı gelmektedir. Dünyada siyasi partilere devlet yardımı dağıtımında belirli ilkeler ve asgari eşik değerler esas alınmaktadır. Ancak, her ülke farklı nedenlerle devlet yardımına yönelik çeşitli düzenlemeler yapmaktadır. Türkiye’de de 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişiklikten günümüze kadar siyasi partiler devlet yardımından yararlanmışlardır. Dağıtım kriterleri ise hep tartışlagelmiştir. 1982 Anayasasında dağıtım kriterlerinin anayasada düzenlenmesi bu tartışmaları sonlandırmamıştır. Hükümet etme işlevini üstlenen siyasi partilerin var olan konumlarını kullanarak sübjektif amaçlar doğrultusunda yasal değişiklikler yapmaları devlet yardımının etkinliğinin sorgulanmasına neden olmuştur. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş ile de demokrasi, siyasal rekabet ve eşitlik gibi ilkeler bağlamında mevcut durumun yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, Anayasanın 68. maddesinde yapılacak değişiklik ile demokratik bir rejime uygun nesnel kurallara dayalı bir devlet yardımı sisteminin kurulması gereklidir. Çalışmanın temel amacı, Türkiye’deki hâlihazırda sorunlu olan devlet yardımı sisteminin revize edilmesi gerekliliğini ele almaktır.

Abstract

In addition to their establishment and organisation, political parties also need financial resources to sustain their activities. Parties fulfil this financing need from various revenue sources, and state aid is the most important of these sources. In the world, certain principles and minimum thresholds are taken as basis in the distribution of state aid to political parties. However, each country makes various arrangements for state aid for different reasons. In Turkey, political parties have benefited from state aid since the 1971 amendment to the 1961 Constitution. The distribution criteria have always been debated. The 1982 Constitution did not put an end to these debates by regulating the distribution criteria in the constitution. The effectiveness of state aid has been questioned due to the fact that political parties, which undertake the function of government, use their existing positions to make legal amendments for subjective purposes. With the transition to the presidential government system, it is necessary to review the current situation in the context of principles such as democracy, political competition and equality. In this context, it is necessary to establish a state aid system based on objective rules in accordance with a democratic regime by amending Article 68 of the Constitution. The main purpose of this study is to address the need to revise the currently problematic state aid system in Turkey.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Anayasa Mahkemesi Raportörü, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, LEE, Kamu Yönetimi Programı, Doktora Öğrencisi.

**Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü.

Atıf Şekli | **Cite As:** KAYMAK, Şahap/KESKİNSOY, Ömer, “Siyasi Partilere Devlet Yardımı: Türkiye Örneği”, İnÜHFD, 15(1), 2024, s.184-200. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

In order for democracy to be a well-functioning system with its institutions and rules, it is necessary to financially support existing political parties as well as new parties that can be an alternative to the government. In this case, the question of how the expenditures of parties will be financed comes to mind. Although there are various sources of financing for parties in many countries, the most important and largest of these sources is state aid. However, state aid is granted to parties on condition that certain criteria are met. In Turkey, there are different views on the objectivity of the state aid distribution criteria, which are constitutionally guaranteed. It is observed that these views have been discussed more with the change in the government system.

The main starting point of the study is that the current state aid system in Turkey should be transformed into a system based on more democratic and objective principles at the constitutional level. Otherwise, it is inevitable that each party in power will make arrangements in the state aid system in line with its own policies and objectives. This is because Turkey's nearly 60 years of practice in the state aid system has shown that the system is constantly open to the intervention of the legislator.

There are many financing regimes for meeting the expenditures of political parties. Each financing regime has its own set of principles. In the literature, the characteristics of these regimes are emphasised and it is pointed out that there is no uniform financing regime on a country basis. Therefore, it is clear that the financing regime of the parties is designed for the purpose of the legislator.

On the other hand, there is no consensus on the necessity of state aid to parties. On the one hand, it is argued that since parties are considered indispensable for democracy, their expenditures should be financed by the state, while on the other hand, it is claimed that state aid is used as a means of party-state integration and prevents new parties from entering the political system. Many countries adopt the state aid system and contribute to the financing of parties on the basis of various distribution criteria.

In Turkey, the source of state aid is tax revenue from citizens. The budget law regularly allocates funds to parties that fulfil the relevant criteria each year. In addition, state aid is provided to parties during election campaign periods on the grounds that their expenditures increase. It is obvious that the use of tax revenues collected for financing public expenditures to meet the expenditures of parties and the fact that state aid is subject to cyclical changes in our country make this study more important.

Domestic academic studies on the subject are not quantitatively sufficient and most of these studies are within the scope of legislative evaluation. Foreign scientific studies have also been conducted theoretically on party financing models and in a limited area on the scale of a few countries. Therefore, it is thought that our study combines theory and practice in the case of Turkey and requires a reorganisation of the current state aid system and will bring a new approach to the literature. It is considered that the recognition of the study will contribute to the formation of different ideas on state aid, including the new constitutional debates.

The study critically analyses the state aid system in Turkey. It is possible to define our study as a research article. It is difficult to say that the current state aid system in Turkey is democratic, suitable for political competition and based on fairness. During the 1961 and 1982 Constitutional periods, the state aid system basically fulfilled the function of prolonging the stay of the ruling parties in government and preventing the emergence of new parties that could be an alternative to them. Starting in the 1961 Constitutional period, the dependence of parties on state aid has continued to increase until today. State aid has turned into an unrequited source of financing for parties through the taxes paid by citizens. During the 1982 Constitutional period, the legislator tried to fill in the constitutional norm, which orders state aid to be provided fairly and adequately, for subjective purposes. After a while, this situation led to criticisms regarding the existence of cartel parties and the freezing of the party system. With the transition to the presidential government system, these criticisms started to be voiced at a higher level. The state aid system now serves to cover the expenditures of the ruling party or big parties. Within the current party system, it is unlikely that new or small parties will be able to sustain their existence for a long time.

In the USA and Europe, the state aid system is not subject to periodic changes and is organised in line with objective principles. In Africa, party-state relations are fully integrated and state aid is a means of financing the expenditures of the parties in power. The system in Turkey, on the other hand, appears to be a hybrid example of two opposing systems. The difference in state aid systems between countries can be explained by the extent to which accountability, transparency and corruption prevention, which are the characteristics of every democratic regime, are emphasised. In developed democracies, the state aid system is regulated based on objective rules, whereas in underdeveloped or developing democracies, parties make laws for themselves and cause state aid to move away from its intended purpose. If state aid is to be accepted as a cost of democracy, it is expected that the value created by this cost incurred by citizens should be distributed to parties on the basis of objective principles.

From the past to the present, proposals to solve the problem in Turkey have not been sufficiently discussed and no significant progress has been made in revising the state aid system. Therefore, it is considered that the state aid system will become more democratic with the amendment of Article 68 of the 1982 Constitution. Our proposal for constitutional amendment is to allow citizens to donate a certain percentage of their annual taxes to parties, not exceeding a predetermined maximum amount, and to deduct the donated amount from their taxes. With the realisation of this proposal, citizens will not only contribute financially to the parties they prefer, but parties will also be obliged to pursue policies that meet the expectations of citizens. Moreover, the fact that parties compete in political competition on equal terms will have a positive impact on the functioning of democracy. Naturally, as the boundaries of party-state relations will be legally separated, the status of parties as civil society organisations will be strengthened. Citizens' preference will be the only criterion for the distribution of state aid. Thus, the entry of new parties into the political party system, which are serious and ambitious to become a government, will accelerate and the ruling or major parties will have to pay more attention to the demands of citizens in the process of determining their policies.

We believe that more qualitatively intensive academic studies should be conducted to change the state aid system in Turkey. By analysing the examples of various countries, alternative proposals on state aid that are suitable for our democratic system can be developed. Discussing the studies that will raise the awareness of both political parties and the public before the legislator will be important for the changes to be made in the state aid system.

I. GİRİŞ

Toplumsal grupların devlet yönetimine katılımına yönelik tercihlerinin yansıtılmasının aracı olan siyasi partiler, toplumsal dinamizmi harekete geçirerek siyaseten örgütlenme işlevi görmektedir. Bu fonksiyonu ile siyasi partiler toplumu oluşturan unsurların değer yargılarına siyasal bir boyut kazandırır. Siyasi partilerin diğer bir fonksiyonu ise, hükûmetin dengelemesi ve denetlenmesinde etkin bir rol oynamaktır. Bu kapsamda, belli aralıklarla yapılan seçimler yoluyla iktidar ve muhalefet görevi üstlenecek siyasi partiler değişerek farklı misyonlar üstlenirler¹.

Siyasi parti tanımlamalarında genel olarak partilerin sağlam bir örgüt yapısına sahip olması ve iktidarı elde edebilmek için kamuoyunu yönlendirebilme işlevi ön plana çıkmaktadır. Her iki işlev siyasi partilerin finansmanında önem arz etmektedir². Bu nedenle, siyasi partilerin finansmanı meselesi günümüz siyasal sistemlerinin varlığını sürdürebilmelerinin başat faktörü olarak görülmektedir. Siyasi partilerin finansmanı en az siyasi partiler ile ilgili diğer hukuksal konular kadar üzerinde durulması gereken bir konudur³.

Siyasi partiler faaliyetlerinin sürekliliği için yeterli düzeyde mali kaynağa ihtiyaç duyarlar. Seçim harcamaları ve cari harcamaların finansmanına yönelik mali kaynak çeşitliliği genellikle sınırlı olduğundan dolayı küçük partilerin büyük partilere kıyasla mali kaynaklara erişimi daha kısıtlıdır. Birtakım ekonomik çıkar gruplarının mali desteği ile bu kısıtlılığın ortadan kaldırılması yoluna başvurulması hâlinde siyaset ve demokrasinin aşınma tehlikesi siyasi partilerin finansmanına ilişkin yöntemin devletçe belirlenmesini zorunlu kılmıştır⁴. Bu nedenle, dünya genelinde 20. yüzyılda siyasetin finansmanına dair düzenleme ihtiyacı büyük ölçüde artış göstermiştir⁵.

Yasal düzenlemelerin yürürlüğü neticesinde siyasi partilere devlet yardımı yapılması benimsenmiştir. Ülkeler arasında farklılaşmakla birlikte devlet yardımı, esasında seçim harcamalarının karşılanmasına yöneliktir⁶. Dünyada siyasi partilere doğrudan devlet yardımı ilk kez 1928 yılında Uruguay'da başlamıştır⁷. 1950'lerde Arjantin, Kosta Rika, Porto Rico'da, 1960'larda Avrupa'da partilere devlet yardımı yapılmaya başlanmıştır⁸. Bu dönemde siyasi partilerin yürüttükleri faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirilmesi söz konusu yardımın yapılması gerekliliğini ortaya koymuştur⁹.

Devlet yardımı niteliğindeki seçim kampanyalarının finansmanı ise 1965 yılından sonra gündeme gelmiştir. 1967 yılında Batı Almanya'da, 1969 yılında İsrail'de, 1970'lerden itibaren Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada, İtalya ve İspanya'da, 1988 yılında Türkiye'de başlayan seçim kampanyalarına finansman desteği günümüze kadar devam etmiştir¹⁰.

Birçok ülkede partilere devlet yardımı yapılması yönteminin benimsenmesi Türkiye'de 1965 yılında yayımlanan 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun kabulü sürecini hızlandırmıştır. 648 sayılı Kanun'un yürürlüğünden bu yana asgari eşik değer kriterleri ve tutarı değişiklik göstermekle birlikte siyasi partilere devlet yardımı yapılmaktadır¹¹.

1990'lı yıllardan itibaren devlet yardımının gerekliliği ile bu yardım türünün siyasi partiler üzerindeki olumlu ve olumsuz yansımaları akademik çalışmaların ve siyasi tartışmaların odağındadır¹². Çalışmanın çıkış noktası, devlet yardımının siyasi partiler üzerindeki etkisinin irdelenerek Türkiye'deki mevcut yapıyı değerlendirmektir. Parti finansman rejimi hakkındaki temel çerçeve çizildikten sonra diğer ülke uygulamaları incelenmiştir. Devlet yardımının gerekliliğine ilişkin başlıca teorik tartışmalara da çalışmada değinilmiştir.

II. SİYASİ PARTİLERİN FİNANSMAN REJİMİNİN TEORİK ARKA PLANI

Finansman rejimi, partilerin siyasi faaliyetleri için gerekli olan gelir kaynakları ile söz konusu gelir kaynakları kullanılarak harcamaların nasıl yapılacağına yöntem olarak tanımlanmaktadır¹³. Partilerin finansman rejiminin düzenlenmesinde anayasal ilkeler olarak güçlü ve iyi işleyen bir demokrasi, ekonomik

¹ KAYA, Semih Batur: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rejiminde Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı: Siyasi Parti Özgürlüğü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023, s.58-59.

² TAŞAR, M.Okan: "Demokrasinin Finansmanı: Siyasi Partilerin Gelir Kaynakları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(3-4), 2003, s.342.

³ ÇELİK, Özlem: Siyasi Partilerin Seçim Harcamalarının Denetimi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.16.

⁴ ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s.612.

⁵ BEN-BASSAT, Avi/DAHAN, Momi: "The Regulation of Political Finance and Corruption", Election Law Journal, 14(3), 2015, s.202.

⁶ YÜKSEL, Nahit: Siyasetin Kamusal Finansmanı (Siyasi Partilere Devlet Yardımı), Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, Ankara 2007, s.23.

⁷ BERTO, Fernando Casal/MOLENAAR, Fransje/PİCCİO, Daniela R./RASHKOVA, Ekaterina R., "The World Upside Down: Delegitimising Political Finance Regulation", International Political Science Review, 35(3), 2014, s.357.

⁸ İBA, Şeref: Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s.84.

⁹ HATİPOĞLU, Atakan: "Siyasi Partilere Hazine Yardımı: Sosyolojik Bir Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, (41), 2009, s.239.

¹⁰ YÜKSEL, s.25; Buna karşılık mali kaynakları yetersiz olan kadro partileri kampanya finansmanını karşılayacak kişileri aday göstererek bu zorluğu aşmaktadır. Bkz. DUVERGER, Maurice: Siyasi Partiler, Özbudun, Ergun (çev.), 4. Bası, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993, s.461.

¹¹ YÜKSEL, s.125.

¹² European Parliament Policy Department For Budgetary Affairs: "Financing of political structures in EU Member States", June 2021, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/AFCD/DV/2021/10-27/2021-JUNE_PE694.836_Financingpoliticalstructures_withAnnex3_EN.pdf, (Erişim: 23.11.2023).

¹³ GENÇKAYA, Ömer Faruk: "Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerinin Sınırlandırılması" (Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği), Siyasi Partilerde Reform, TESEV Yayınları, İstanbul 2000, s.135.

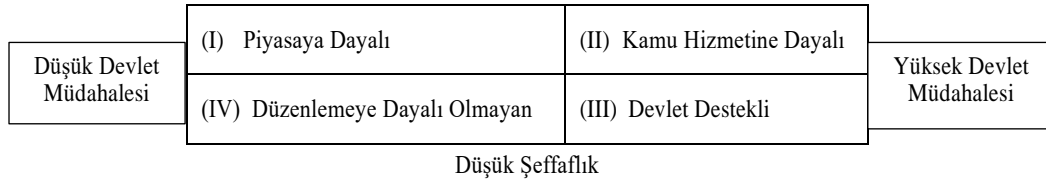
çıkart gruplarının etkisinin kısıtlanması ve yolsuzlukla mücadele esas alınmaktadır¹⁴.

Parti finansman rejimlerinin düzenleme şekillerine göre yapılan bir modelleme çalışmasında şu tespitlere yer verilmiştir. İngiliz hukuk sistemini benimseyen ülkelerde, diğer hukuk sistemlerini benimseyen ülkelere kıyasla parti finansmanına yönelik norm koyma fikri daha düşük seviyededir. Seçim sistemleri temelinde nispi veya karma seçim sistemini kabul eden ülkelerin, çoğunlukçu seçim sistemini kabul eden ülkelere oranla düzenleme yapma iradesi daha yüksek seviyededir. Yolsuzluğun yaygın olduğu ülkeler, yolsuzluğun az görüldüğü ülkelere kıyasla düzenleme yapma ihtiyacı hissederler¹⁵. Buna karşın, demokratik bir sistemde her siyasi partiyi memnun edecek bir finansman modelinin olamayacağı kabul edilmektedir¹⁶.

İfade etmek gerekir ki, modelleme çalışması finansman rejiminin oluşturulmasına dair anayasal ilkeler ile uyumludur. Bu çalışma aynı zamanda finansman rejiminin ilkeleri ile demokratik hukuk devleti arasında etkileşime de işaret etmektedir. Sağlam bir demokratik yapı, toplumsal yararı ön planda tutulması ve yolsuzluğun önlenmesi her demokratik rejimin var oluş unsurlarındandır. Yasama organlarının bu ilkeler çerçevesinde koyacağı her kural nesnel, adil ve eşitlikçi bir finansman rejiminin kurulmasına katkı sağlayacaktır. Aksi takdirde finansman rejimleri sürekli olarak yasal değişikliklere konu olabileceği gibi herhangi bir düzenleme olmadan da hükümet etme işlevini üstlenen siyasi partilerin görev süreleriyle sınırlı olarak varlığını koruyabilecektir.

Siyasi partilerin finansman rejimi 4 farklı şekilde sınıflandırılmaktadır¹⁷:

Şekil 1: Siyasi Partilerin Finansman Rejimi
Yüksek Şeffaflık



A. Piyasaya Dayalı Finansman Rejimi

Bu rejimde devletin, partilerin finansman kaynaklarını ve harcama alanlarını sınırlandırma ihtimali zayıftır. Rejimin özelliği, finansmana ilişkin hesap verilebilirliğin zorunlu olmasıdır. Finansmana ilişkin mevcut düzenlemelere aykırılık hâlinde partilere yaptırım uygulanmakta ve bu durumdan seçmenler parti yöneticilerini sorumlu tutabilmektedir.

B. Kamu Hizmetine Dayalı Finansman Rejimi

Devletin sıkı kontrolü söz konusudur. Partilerin kamu hizmeti sunduğu düşüncesine dayanan bu rejimde özel finansman kaynakları ve harcama alanları kısıtlıdır. Partilerin güçlü konumu devletin yolsuzlukları engellemeye yönelik kısıtlamalar öngörmesini gerektirir.

C. Devlet Destekli Finansman Rejimi

Devlet destekli rejimde finansmanın sınırlarına yönelik düzenlemeler mevcut olmakla birlikte şeffaflık bulunmamaktadır. Seçmenlerin partilerin finansman kaynakları ile harcanan alanlar konusunda bilgi sahibi olmaları son derece düşük olasılıktır. Dolayısıyla devlet, siyasi partilerin finansman yapısı üzerinde tam kontrole sahiptir.

D. Düzenlemeye Dayalı Olmayan Finansman Rejimi

Şeffaflık alt seviyededir. Siyasetin finansman kaynaklarına dair herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Seçmenler partilerin finansman rejimine ilişkin olarak bilgi sahibi değildir. Düşük düzeyde şeffaflık ve devletin sınırlı müdahale alanı partilerin özel kuruluşlar olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır.

Partilerin finansman rejimine ilişkin diğer bir sınıflandırmada ise 3 farklı modelden söz edilmektedir¹⁸.

E. Özel Fon Rejimi

İlk model, Anglo-Sakson ülkelerinde geçerli olan özel finansman kaynaklarına dayalı rejimdir. İngiltere'deki bu rejimde partiler finansman kaynaklarını kendileri belirlerler.

F. Devlet Destekli Rejim

İkinci modelde, devletin yaptığı yardımın tutarı hissedilir seviyededir. Rusya ve İspanya gibi

¹⁴ PETER, Smuk: Constitutional Approach To The Public Financing Of Political Parties and Election Campaigns, Gondolat, 2016, s.193.

¹⁵ HORNCastle, William C.R.: "Model Based Clustering Of Political Finance Regimes: Developing The Regulation Of Political Finance Indicator", Electoral Studies, (79), 2022, s.10.

¹⁶ EVERTSSON, Nubia: "Political Corruption and Electoral Funding: A Cross-National Analysis", International Criminal Justice Review, 23(1), 2013, s.80.

¹⁷ WILTSE, David L./LA RAJA, Raymond J./APOLLONIO, Dorie E.: "Typologies Of Party Finance Systems: Comparative Study Of How Countries Regulate Party Finance and Their Institutional Foundations", Election Law Journal, 18(3), 2019, s.247-248.

¹⁸ ENDOLTSEVA, Alla V./PLATONOVA, Natalya I./ENDOLTSEVA, Yulia V.: "Political Corruption: Harm to State Foundations and Public Interests", Journal of Politics and Law, 12(3), 2019, s.21.

ülkelerde yolsuzluklar ve baskı gruplarının etkisi devlet yardımı yapılmasının belirleyici unsurlarıdır.

G. Karma Rejim

Son modelde, Almanya örneğinde olduğu gibi devlet ve özel finansman kaynakları arasında belli bir denge sağlanması amaçlanmaktadır.

Dünya ölçeğinde ortak bir finansman rejiminden söz etmek mümkün değildir. Her ülkenin siyasi partileri demokrasi içerisinde konumlandırma biçimi, partilerin gelir kaynakları türlerinin değişkenlik göstermesine ve buna bağlı olarak yasal kısıtlılıkların ve saydamlığın sınırının ne olacağını belirlenmesine sebebiyet vermektedir. Nitekim, Litvanya Anayasa Mahkemesi bir kararında, yasama organının devlet yardımının partilere dağıtımına ilişkin finansman rejimini kurarken hukukî belirlilik ve saydamlık ilkeleri çerçevesinde düzenleme yapmasını anayasal zorunluluk olarak değerlendirmiştir¹⁹. Kuşkusuz gelişmiş demokrasilerde finansman rejiminin partilerin seçmenlerine hesap verme sorumluluğu, finansal raporlamalar, mali denetim ve tespit edilen usulsüzlüklere müeyyide uygulanması gibi birtakım kurallara dayalı olarak düzenlenmesi beklenir. Ancak bu durumun pratikte daima bir karşılığı olmadığından demokrasiyi içselleştiren toplumların iradesi finansman rejiminin temel ilkelerini belirleyici güç konumundadır.

Finansman rejiminin yapısı, bu yapıyı kuran veya değiştiren partilere diğer mevcut ya da yeni partileri sistemden dışlamak için bir araç konumunda da değerlendirilebilir. Böyle bir yöntem başvurulması durumunda siyasal çoğulculuğun engelleneceği, seçimlerin meşruiyetini tartışmalı hâle getireceği ve demokrasinin zedeleneceği ileri sürülmektedir²⁰. Bu durum karşısında, siyasi partilere devlet yardımı yapılmasında ideal olan kriterin seçimlerde gösterdikleri başarı olduğu savunulmaktadır. Seçim başarısıyla doğru orantılı bir şekilde dağıtılmayan devlet yardımının eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı olacağı belirtilmektedir. Toplumsal tercih sonucunda daha yüksek oranda başarı gösteren partiler ile daha az oranda başarılı olan partilere eşit olarak devlet yardımı yapılmaması seçim başarısı kriterinin gereği olarak düşünülmektedir²¹.

Oy oranı ile milletvekili sayısı dışında devlet yardımının dağıtımında seçimlere katılma kriterinin de aranması gerektiği ileri sürülmektedir. “Resmî aday statüsü” olarak da ifade edilen seçimlere katılma kriterinin, partilerin devlet yardımından faydalanmasını sağlayarak yeni partilerin siyasal sisteme dâhil olmasını özendirdiği kabul edilmektedir. Bu kriterin siyasal rekabete olumlu yönde katkı sunarak yeni kurulan partilerin finansman ihtiyacının önemli bir kısmını sübvansedeceği değerlendirilmektedir²². Tabii ki bu yönde bir değerlendirmenin yapılabilmesi için yeni kurulan partilerin seçime katılma koşullarının da göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır. Mevcut parti sisteminin devamlılığını koruyacak şekilde düzenlenen seçime katılma koşullarının devlet yardımı yapılmasının bir kriteri olarak kabul edilmesi durumunda yeni partiler aleyhine sonuç doğuracağına kuşku bulunmamaktadır.

Teşkilatlanma seviyesi, üye sayısı gibi birtakım ölçütler çerçevesinde tabela partisi olarak kurulmadıkları kanıtlanan bu partilere devlet yardımı yapılmasının demokrasinin varlığı ve gelişimi yönünden önem arz ettiği ifade edilmektedir²³. Hükûmet etme amacıyla kurulan partiler ile konjonktür gereği ya da kişisel hedefler için kurulan partiler arasında ayırım yapılmak suretiyle devlet yardımının dağıtılması siyasal çoğulculuğun temsiline imkân sağlayacağı gibi demokratik mekanizmaların işleyişine ilişkin eleştirileri de azaltacaktır.

III. SİYASİ PARTİLERE DEVLET YARDIMI YAPILMASI HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Siyasi partilere devlet yardımı yapılmasına ilişkin temel argümanları iki alt başlık altında inceleyebiliriz. Bir görüş partilere devlet yardımı yapılmasının gerekliliğini savunurken, diğer görüş devlet yardımının partiler üzerindeki olumsuz etkilerini açıklamaktadır.

A. Partilere Devlet Yardımı Yapılmasının Lehindeki Görüş

Siyasi partilere devlet yardımı yapılması meselesi seçim harcamalarının ve cari harcamaların finansmanı şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Partilerin güçlü bir teşkilat yapısına sahip olması gerekliliği ve seçim dönemlerinde yaptıkları harcamalarının karşılanması devlet yardımı yapılmasının başlıca nedenleri arasında sayılmaktadır²⁴.

Partiler arasındaki iktidar yarışının devlet tarafından finansmanı demokrasinin bir gereği olarak kabul edilmektedir. Günümüz çağdaş demokrasilerinin yaklaşık yarısı devlet finansmanı sistemini

¹⁹ Lithuania Constitutional Court, KT17-N8/2019, 07.06.2019.

[http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/EUR/LTU/LTU-2020-1-002?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/EUR/LTU/LTU-2020-1-002?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0) (Erişim: 02.12.2023).

²⁰ PÍCCIO, Daniela R./INGRÍD, Van Biezen: “More, and More Inclusive Regulation: The Legal Parameters of Public Funding in Europe”, in Boatright, Robert G. (ed.), *The Deregulatory Moment? A Comparative Perspective on Changing Campaign Finance Laws*, University of Michigan Press, 2016, s.214.

²¹ ANAYURT, s.616.

²² LİPCEAN, Sergiu: “Direct Public Funding of Political Parties: Between Proxy Measures and Hard Data”, *Party Politics*, 28(6), 2022, s.1049.

²³ EROĞUL, Cem: “Siyasi Partilere Devlet Yardımına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları”, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 92.

²⁴ AYDİN, Mesut: “Türkiye’de Siyasal Partilere Devlet Yardımı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54(4), 2005, s.237-238.

benimsemiştir²⁵. Partilerin devlet tarafından finansmanının ülkelerin bütçesi içerisindeki ağırlığı “demokrasinin maliyeti” kavramı ile yumuşatılıp siyasi partilerin harcamalarının nasıl karşılanacağı tartışmalarından soyutlanmasına neden olmaktadır²⁶. Bununla birlikte, demokratik olarak kabul edilen ülkelerde yapılan 320 parlamento seçim sonucunun analizinde, siyasi partilere dağıtılan devlet yardımı tutarının ideolojik farklılık gösteren partilerin seçim başarısını etkilediği ortaya konmuştur. Bu durum, seçimlerin serbestliği, parti örgütlenmesi, ülkenin ekonomik durumu gibi etkenlerin yanı sıra devlet yardımını da hükümet olmanın önemli bir unsuru olarak yansıtmaktadır²⁷.

Devlet yardımına ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin verdiği bir karar çarpıcıdır. Yüksek Mahkeme, partilere dağıtılacak devlet yardımı tutarının artırılmasının zorunlu ihtiyaçtan kaynaklanması gerektiğini vurgulayarak yasama organının böyle bir zorunluluk olmadan yaptığı düzenleme ile yardım tutarını artırmasını anayasaya aykırı bulmuştur. Siyasi partilere yapılacak devlet yardımı tutarının artırılmasını öngören 2018 yılındaki kanun değişikliğinin anayasaya uygunluk denetiminde, partilerin devlete mali bağımlılığı eleştirilerek harcamalarını karşılayabilecek miktarı aşan tutarın dağıtımı ilke olarak kabul edilmemiştir. Azami bir sınırın gerekliliği aranmakla birlikte, partilerin ilave finansmana ihtiyaç duymaları hâlinde veya siyasi varlıklarını sürdürmelerine yardımcı olmak amacıyla bu sınırın istisnaen aşılabileceği işaret edilmiştir²⁸. Yüksek Mahkeme, partilere gelirleriyle eş değer tutarda (nispi üst sınır) ve fonksiyonlarını gerçekleştirmeye yetecek kadar (mutlak üst sınır) devlet yardımı yapılmasını temel ölçüt olarak kabul etmektedir²⁹.

Siyasi partilere devlet yardımı yapılmasının çeşitli nedenleri vardır. Öncelikle demokratik siyasi hayatın varlığı için partilerin sürekliliğinin sağlanması amacıyla yardım yapılmaktadır. Partilerin hakkaniyete uygun koşullarda yarışabilmeleri ve şeffaflık ilkesinin benimsenmesi diğer nedenlerdir. Devlet yardımı ile siyasi partilerin finansman bakımından bağımsız hareket etme yeteneğine kavuşması aynı zamanda kamu yararını bireysel yarardan üstün tutma çabasına da hizmet eder. Böylece, üçüncü kişilerin yaptıkları mali yardımın karşılığında birtakım kamusal imtiyazlardan yararlanma beklentisi gerçekleşmez³⁰. Bunun içindir ki üçüncü kişilerin partilere sağlayacakları ekonomik desteğe tavan bir sınır getirilmesi önerilerek bu kişilerin hem parti politikalarının belirlenmesi sürecinde etki yapmalarının engellenmesi hem de parti üyelerinin aktif siyasi faaliyette bulunmalarının sağlanması amaçlanmaktadır³¹.

Siyasi partilere devlet yardımı yapılması tartışmaları, partilerin bir kamu idaresi olup olmadıkları düşüncesi etrafında da sürdürülmektedir. Bir görüşe göre, siyasi partiler kamusal bir yapıyı temsil ettiklerinden ve kamu yararını amaçladıklarından bütçeden belli bir oran nispetinde partilere yardımda bulunulması gerekir. Diğer bir görüşe göre ise, kamu idaresi niteliğinde olmayan siyasi partilere seçmen davranışlarını etkilemeleri için yardım yapılmasına gerek bulunmamaktadır³².

B. Partilere Devlet Yardımı Yapılmasının Aleyhindeki Görüş

Siyasi partilerin bir kamu idaresi konumuna geldiği belirtilerek devlet yardımından azami seviyede yararlanma amacı taşımalarının ve siyasi rekabeti ortadan kaldırarak mevcut partiler dışında başka partilerin demokratik sisteme katılımlarını önleme çabalarının kartel partilerin varlığına neden olduğu ifade edilmektedir³³. Siyasi partilerin finansmanında devlet yardımlarının ağırlık merkezi hâline gelmesi neticesinde, merkezden yönetime dayalı ve demokrasinin kurallarını benimseme iradesini tam olarak gösteremeyen kartel partilerinin, statükocu, devlet eksenli hareket eden ve kamu kurumu hüviyetine bürünen partilerin ortaya çıkmasına öncülük ettiği vurgulanmaktadır³⁴.

Kartel parti teorisini yansıması açısından Churchill’in, “hiç kimse demokrasinin mükemmel olduğunu veya her şeyi kapsadığını iddia etmemektedir” sözüne atfen partilerin finansmanına ilişkin normatif kuralların her zaman iyi sonuçlar vermediği ileri sürülmektedir³⁵. Siyasi partilerin harcamalarını finanse etmek üzere devlet yardımına ihtiyaç duymalarının parti ile devlet ilişkilerini birbirine bağımlı hâle

²⁵ PETAK, Zdravko/MATAKOVIC, Hrvoje: “Party Finance Regulation: Causes, Instruments and Impact”, Acta Universitatis Danubius Juridica, (1), 2015, s.107.

²⁶ MENDILOW, Jonathan: “Public Party Funding and Party Transformation in Multiparty Systems”, Comparative Political Studies, 25(1), 1992, s. 91.

²⁷ BİCHAY, Nicolas: “Public Campaign Financing and The Rise of Radical-Right Parties”, Electoral Studies, (66), 2020, s.10.

²⁸ Germany Constitutional Court, 2 BvF 2/18, 24.01.2023.
https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/01/fs20230124_2bvf000218.html (Erişim: 19.12.2023).

²⁹ Mukayeseli hukukta Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 1992 yılında verdiği bir kararında devlet yardımı tutarı ile ilgili belirlediği ölçütlerin örnek teşkil ettiğini aktaran KÜÇÜK, Tevfik Sönmez: Parti İçi Demokrasi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.303-305.

³⁰ EKİZCELEROĞLU, Rengül: Türkiye’de Siyasi Partilerin Finansmanı ve Siyasi Rekabette Eşitlik, 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s.76.

³¹ KÜÇÜK, s.314-315.

³² HATİPOĞLU, s.241.

³³ ATAR, Yavuz: “Kartel Parti Teorisi ve Eleştirisi: Kartel Teorisinin Çağdaş Partiler Tipolojisini Açıklamadaki Yetersizliği ve Polar Partilerin Doğuşu”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt I Siyaset Bilimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s.53.

³⁴ GENÇKAYA, Ömer Faruk: “Yeni Bir Siyasi Partiler Yasasına Doğru Öneriler: Üyelik, Liderlik, Adaylık ve Finansman” (Üyelik, Liderlik, Adaylık ve Finansman), Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt II Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2008, s.259.

³⁵ NITA, Anca: “Legal Framework Regarding the Financing of Political Parties And of Election Campaigns”, Revista Universul Juridic, (2), 2021, s.34.

getirdiğine işaret edilmektedir³⁶. Bu durumun, hem devlet tüzel kişiliği hem de siyasi partiler açısından devlet partisi-parti devleti ikilemine yol açma ihtimali yüksektir. Devlet partisinde, partiler devlet yardımı olmaksızın herhangi bir faaliyette bulunamayacağından devlet aygıtının birer parçası hâline dönüşecektir. Parti programları toplumun beklentilerine göre değil, resmî devlet politikalarına göre şekillenecektir. Demokratik siyasal hayatta partiler bağımsız bir özne konumundan devlet teşkilatının bir nesnesi hüviyetine bürünecektir. Parti devletinde ise, devlet yardımının büyük bir kısmını tek bir parti alacaktır. Kamu kaynakları genellikle bu partiye kanalize edilecek olup, merkezdeki devlet aygıtının yerini parti teşkilatı dolduracaktır. Parti ideolojisi doğrultusunda resmî politikalar belirlenerek diğer partilerin finansmana erişimi kısıtlanacaktır. Devlet yardımı aracılığıyla aynı siyasi partilerin var olduğu bir sistem süreklilik kazanacaktır.

Avrupa’da da siyasi partilere ilişkin düzenlemeler ile partilerin devlet yardımına olan ihtiyacı günümüzde parti-devlet ilişkilerinin yoğunlaşmasına neden olmaktadır. Devlet yardımına bağımlılık ve siyasi partilere yönelik normatif düzenlemeler modern devletlerin partilere müdahale aracı işlevi görmektedir. Bu işlev, Katz ve Mair’in kartel parti teorisi ile örtüşerek siyasi partilerin demokratik hayattaki sivil toplum örgütü olma özelliğini aşındırmaktadır³⁷.

Partilere devlet yardımı yapılmasına dair diğer bir eleştiri ise, seçime katılma kriterlerinin esnek olarak düzenlendiği durumlarda birçok yeni partinin tabela partisi şeklinde kurulup devlet yardımından faydalanarak finansman rejiminin suistimaline yol açtığı yönündedir. Ters durumun ise, iktidar olabilecek yeni partilerin mevcut parti sistemi dışında tutulmasına ve sisteme girişlerinin engellenmesine neden olarak “parti sisteminin kristalleşmesine” sebebiyet verileceği değerlendirilmektedir³⁸. Ayrıca siyasi partilerin ağırlıklı olarak devlet yardımı ile finanse edilmesinin partilerin giderek seçmenle bağımlı zayıflatacağı³⁹ ve toplumun siyasileştirilmesine neden olacağı⁴⁰ kabul edilmektedir.

Partilerin türdeş olup olmaması da devlet yardımının dağıtımını etkilemektedir. Benzer ideolojik çizgide bulunan partiler siyasal çoğunluğu oluşturduğu takdirde devlet yardımından daha büyük oranda yararlanırlar. Çoğulcu demokrasilerde türdeş partilerin böyle bir avantaj elde etmesi aslında siyasal rejimin işlerliği ile tezat teşkil etmektedir. Her partinin devlet yardımından mümkün olduğu kadar eşit şartlarda yararlanması beklenirken örtülü bir ittifak oluşturan türdeş partilerin pratikte lehine işleyen bir sistem söz konusudur. Aynı durum açık ittifak kuran partiler için de geçerlidir. Oy veya milletvekili sayısı şeklinde belli bir çoğunluğu elde eden partiler de tıpkı türdeş partiler gibi devlet yardımından azami ölçüde yararlanarak diğer partilere kıyasla çok daha avantajlı bir konum elde ederler. Bu avantajlı durum seçim başarısını etkileyerek ittifak yapan partilerin hükümet etme ihtimallerini artırır ve mevcut parti sisteminin donmasına neden olur.

IV. SİYASİ PARTİLERE DEVLET YARDIMINDA ÜLKE UYGULAMALARI

Mukayeseli ülke uygulamalarında siyasi partilere devlet yardımı yapılmasının ilke ve esaslarının iki kriter üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bunlardan birincisi, ölçülülüktür. Ölçülülük kriterinde, siyasi partiler milletvekili seçim sonuçlarına göre elde ettikleri başarı oranında yardıma hak kazanır. İkinci kriter ise, eşitliktir. Eşitlik kriterinde, siyasi partiler arasında herhangi bir farklılık gözetilmeksizin her partiye aynı tutarda yardım yapılır. Ölçülülük ve eşitlik kriterleri temelinde inşa edilen siyasi partilere devlet yardımı sistemi ülkeler arasında farklılık göstermektedir⁴¹. Ancak devlet yardımı dağıtımına ilişkin olarak oy oranı, milletvekili sayısı gibi objektif kriterler dışında muğlak ve siyasi saiklerle düzenlenen başka kriterler bulunmaktadır⁴². Parti üye sayısı da objektif bir kriter olarak belirtilebilir⁴³.

Bu genel kriterler çerçevesinde Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, milletvekili seçim sonuçlarına göre asgari oy oranını elde edemeyen partilerin devlet yardımından mahrum bırakılmasına yönelik Kanun’un iptali istemiyle yapılan başvuruda, söz konusu düzenlemenin partiler arasında eşitsizliğe neden olduğunu ve siyasal yarışta sekteye uğrattığını gözlemlemiştir. Yüksek Mahkeme, bahse konu Kanun’un büyük partileri kayırma amaçlı olarak kabul edildiği, bazı partiler lehine avantaj sağladığı ve bu sistemin anayasal dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varmıştır⁴⁴.

Avrupa Birliği Konseyi partilerin finansmanına ilişkin tavsiye kararında, devletlerin ve vatandaşlarının siyasi partileri destekleyebilecekleri kabulünden hareket etmektedir. Buna göre devlet yardımının vatandaşların ödediği vergilerin siyasi olarak tercih etmedikleri partilerin finansmanında kullanılmaması, aksi takdirde partilerin sivil toplum örgütünden devletin bir kurumuna dönüşeceği, yeni

³⁶ AYAN MUŞİL, Pelin: “Assessing The Level of Party Cartelization in Contemporary Turkey”, in Sayari, S./Ayan Musil, P./Demirkol, Ö (ed.), Party Politics in Turkey: A Comparative Perspective. Routledge, London 2018, s.94.

³⁷ INGRID, Van Biezen/KOPECKY, Petr: “The Cartel Party and The State: Party–State Linkages in European Democracies”, Party Politics, 20(2), 2014, s.179.

³⁸ SANTANO, Ana Claudia: “Partidos Políticos, Campañas Electorales y Mecanismos de Financiación en el Derecho Comparado”, Revista De Derecho Público, (82), 2015, s.287.

³⁹ PODOLNJAK, Robert: “Money and Politics: Legally Regulating the Financing of Political Parties and Election Campaigns in Comparative Perspective”, Zagreb Law Review, 11(1), 2022, s.43.

⁴⁰ BOSUTER, Kudret: Türk Siyasi Partiler Sisteminde Parti İçi Demokrasi, Ulusal Basımevi, Ankara 1969, s.129.

⁴¹ EKİZCELEROĞLU, s.78.

⁴² GENCKAYA, Üyelik, Liderlik, Adaylık ve Finansman, s.262.

⁴³ ÇOBAN, Ali Rıza: “Devlet Siyasi Partilere Hakça Ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor Mu?”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2008, s.606.

⁴⁴ Czech Republic Constitutional Court, Pl. US 53/2000, 27.02.2001.

[http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/cze/cze-2001-1-005?f=templates\\$fn=document-frameset.htm\\$%5Bfield_E_Thesaurus%3A04.05.10.02*%5D%20\\$X=server\\$3.0#LPHit1](http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/cze/cze-2001-1-005?f=templates$fn=document-frameset.htm$%5Bfield_E_Thesaurus%3A04.05.10.02*%5D%20$X=server$3.0#LPHit1) (Erişim: 08.12.2023).

kurulan partilerin parlamentoda temsil edilmesini engelleyerek mevcut partilerin konumlarını devam ettirecekleri tezine karşılık, partiler arasındaki eşitliğin sağlanmasına katkı sunacağı ve baskı gruplarının partiler üzerindeki etkisinin kısıtlanacağı ileri sürülmüştür⁴⁵. Konsey, devlet yardımının “mâkul” bir seviyede olması gerektiğini vurgulamış, ancak mâkul seviyeden ne anlaşılması gerektiğini üye devletlerin kendilerinin belirleyebileceğini ifade etmiştir⁴⁶.

Bazı ülkelerde siyasi partilere devlet yardımının şekli, kriterleri ve oranı mukayeseli olarak aşağıdaki tabloda özetlenmiştir⁴⁷.

Tablo 1: Devlet Yardımına İlişkin Yabancı Ülkelerin Mukayesesi

Ülke	Kamu Finansmanı	Kriter	Oran
Fransa	Düzenli Olarak	Bir Önceki Seçimde Alınan Oy Oranı ve Partilerin Gösterdiği Aday Sayısı	En Az 50 Adayın Desteklenmesi ve En Az %1 Oy
Almanya	Düzenli Olarak ve Seçim Kampanyaları	Temsil, Bir Önceki Seçimde Alınan Oy Oranı ve Kazanılan Sandalye Sayısı, Seçime Katılım ve Siyasi Parti Olarak Kayıt	%3
Yunanistan	Düzenli Olarak	Temsil, Bir Önceki Seçimde Alınan Oy Oranı ve Partilerin Gösterdiği Aday Sayısı	%1,5
İtalya	-	-	-
Hollanda	Düzenli Olarak	Temsil, Bir Önceki Seçimde Alınan Oy Oranı, Üye Sayısı ve Siyasi Parti Olarak Kayıt	En Az 1000 Üye ve Parlamentoda 1 Sandalye Sayısı
Norveç	Düzenli Olarak	Temsil ve Bir Önceki Seçimde Alınan Oy Oranı	En Az %2,5 Oy veya Parlamentoda 1 Sandalye Sayısı
Rusya Federasyonu	Düzenli Olarak ve Seçim Kampanyaları	Bir Önceki Seçimde Alınan Oy Oranı	En Az %3 Oy
İspanya	Düzenli Olarak ve Seçim Kampanyaları	Temsil	-
İsveç	Düzenli Olarak	Temsil ve Önceki Seçimlerde Alınan Oy Oranı	Son İki Seçimden Birinde En Az %2,5 Oy veya Parlamentoda 1 Sandalye Sayısı
İsviçre	-	-	-
Birleşik Krallık	Düzenli Olarak	Temsil	Avam Kamarasında En Az 2 Sandalye Sayısı
Türkiye	Düzenli Olarak ve Seçim Kampanyaları	Bir Önceki Seçimde Alınan Oy Oranı	En Az %3 Oy

Avrupa’da siyasi partiler özel finansman kaynaklarıyla mali sürdürülebilirliklerini sağlarken, II. Dünya Savaşından sonra devlet yardımının hukukî altyapısının oluşturulması finansman sisteminde yeni bir dönemin başlangıcına işaret etmiştir. Artık siyasi partiler ve devlet arasındaki ilişkilerin mahiyeti yeni bir hâl almaya başlamıştır⁴⁸. Birçok Avrupa ülkesinde siyasi partilerin devletçe finansman yöntemi benimsenmiştir. Devlet yardımı genel olarak oy oranı kriterine göre yapılmaktadır. Siyasi partilere yapılacak toplam yardım tutarının, toplam geçerli oy oranının partilerin aldıkları yüzdelik oy oranına bölünmesi ile dağıtımı öngörülmüştür⁴⁹. Hatta siyasi partilerin Avrupa Birliği Parlamentosu seçimlerine yönelik yaptıkları harcamaların finansmanı da devlet tarafından karşılanmaktadır. Bu yöntemle siyasi partilere devlet yardımı uygulaması ulus üstü bir boyuta evrilmiştir⁵⁰.

Yukarıdaki tabloya bakıldığında, siyasi partilere devlet yardımının olağan bir uygulama hâlini aldığını söylemek mümkündür. Avrupa’da devlet yardımına esas alınan kriterler ve oranlar değişkenlik gösterse de, devlet yardımının partilerin temel gelir kaynakları arasında yer aldığı görülmektedir. Bu durumun partilere avantaj veya dezavantaj sağladığı tartışmaları bir kenara bırakıldığında Avrupa’daki siyasi partilerin devlet yardımına bağımlı olduğu gerçeği karşımıza çıkmaktadır.

ABD’de ise, Kongre ve Başkanlık seçimlerinde devletin mali yardımına ilişkin farklılık göze çarpmaktadır. Başkanlık seçimlerinin aksine Kongre seçimlerinde adaylara herhangi bir mali yardım yapılmamaktadır. Başkan adayları mali yardım alıp almama hususunda takdir yetkisine sahip olmakla beraber, mali yardım alınması hâlinde bu yardım azami yapılabilecek yardım tutarı ile sınırlıdır⁵¹. Afrika’da devlet yardımından faydalanabilecek partiler hükümet görevini üstlenen partiler ile sınırlıdır. Başka bir anlatımla, iktidara gelen parti veya partilere devlet yardımı yapılmaktadır. Seçim sonucunda yönetim yetkisini elde eden parti veya partiler yapılacak devlet yardımı ile de varlıklarını devam ettirme imkânına sahip olmaktadır. Parti-devlet ilişkilerinin iç içe geçtiği bu tür sistemlerde baskın partiler rol oynamaktadır⁵².

⁴⁵ PODOLNJAK, s.30.

⁴⁶ PODOLNJAK, s.31.

⁴⁷ International Idea: “Political Finance Database”, https://www.idea.int/data-tools/data/question?question_id=9212&database_theme=302, (Erişim: 22.11.2023).

⁴⁸ INGRİD, Van Biezen/KOPECKY, Petr: “The State And The Parties Public Funding, Public Regulation and Rent-Seeking in Contemporary Democracies” (The State And The Parties), Party Politics, 13(2), 2007, s.238.

⁴⁹ NITA, s.27.

⁵⁰ UZUN, Cem Duran: Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.44.

⁵¹ TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s.389-390.

⁵² INGRİD/KOPECKY, The State And The Parties, s.251.

ABD'deki sistemin, Afrika'daki sisteme kıyasla daha demokratik olduğu açıktır. ABD'de hem Başkanlık seçimlerine katılan bütün adaylara isteğe bağlı olarak yardım yapılmakta hem de bu adayların temsil ettiği partilerin Kongre seçimlerinde ikinci defa yardım almasının önüne geçilmektedir. Afrika'da ise, devlet yardımı sadece iktidar partisinin harcamalarının finansmanına hizmet etmektedir. Diğer partiler varsa özel gelir kaynaklarından yararlanarak seçime katıldığından aynı partilerin seçimi kazanma olasılığı daha yüksektir. Bu sistemde, iktidar partisi zamanla bütün imkânları tek başına kendi uhdesinde topladığından yeni partilerin kurulması ya da kurulsu dâhi birkaç seçim döneminden sonra siyasi hayatının devamı pek mümkün değildir.

Uluslararası bölgesel örgütler incelendiğinde de, Avrupa Birliği ülkelerinde genel olarak kamu finansman rejimi bulunmakta, sadece İtalya ve Malta'da partilere devlet yardımı yapılmamaktadır⁵³. Arap Birliği'ni oluşturan 15 ülkeden Komor Adaları, Mısır, Lübnan, Moritanya ve Sudan'da siyasi partilere mali destek sağlanmaktadır⁵⁴. Afrika Birliği ülkelerinden Botsvana, Gana, Gine, Gine-Bissau, Liberya ve Gambiya'da kamu dışındaki finansman kaynakları kullanılmaktadır⁵⁵. Güneydoğu Asya Ülkeleri Birliği'nde ise, kamu finansmanı birliğe üye ülkelerin yarısında uygulanmaktadır. Malezya, Myanmar, Filipinler ve Singapur'da parti finansman sisteminde kamunun desteği bulunmamaktadır⁵⁶.

V. TÜRKİYE'DE SİYASİ PARTİLERE DEVLET YARDIMI

Tarihsel olarak Türkiye'de siyasi partilere devlet yardımı uygulaması yaklaşık 60 yıllık bir geçmişe sahiptir. 1961 Anayasası döneminde başlayan partilere devlet yardımı birçok düzenlemeye konu olmakla beraber günümüzde de varlığını devam ettirmektedir. Türkiye'deki sistemin anlaşılabilmesi için 1961 ve 1982 Anayasası dönemlerini ayırarak incelemek yerinde olacaktır.

1961 ve 1982 Anayasası döneminde devlet yardımı sürekli olarak kanun koyucunun gündemini meşgul etmiştir. 1971 ve 1995 yıllarında yapılan Anayasa değişiklikleri devlet yardımına ilişkin düzenleme yapma ihtiyacını ortadan kaldırmamıştır. Benzer şekilde yasal düzenlemelerin yapılış gerekçeleri de devlet yardımına dair yürürlüğe giren her normun hukukî çare olmadığını göstermiştir.

A. 1961 Anayasası Döneminde Siyasi Partilere Devlet Yardımı

1961 Anayasasının kabulüne kadar olan dönemde siyasi partilere yönelik devletin mali yardımda bulunması söz konusu değildi. Bunun yerine siyasi partilere 5392 sayılı Basın-Yayın ve Turizm Genel Müdürlüğü Kanunu'nun 23. maddesi ile kamuya ait kitle iletişim araçlarından yararlanma ve 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu'nun 52. maddesi ile vergi muafiyeti tanınmıştı. 1961 Anayasasının ilk hâlinde de devlet yardımı ile ilgili herhangi bir kural bulunmamaktaydı. 1965 yılında yayımlanan 648 sayılı Kanun ile partilere devlet yardımı uygulaması başlamış, bu durum partilerin topluma yönelik faaliyetlerinin bulunduğu ve parti tüzel kişiliklerinin sahip olduğu hukukî teminat ile gerekçelendirilmiştir⁵⁷.

1965 yılında yayımlanan 648 sayılı Kanun ile siyasi partilere doğrudan devlet yardımında bulunulmasından bahsedilmiş ve partilerin gelir kaynakları düzenlenmiştir⁵⁸. Siyasi partilere devlet yardımlarının sürekli ve yıllık olarak yapılması öngörülmüştür. Bunun dışında seçim dönemlerindeki kampanya harcamaları devlet yardımı kapsamında değildir⁵⁹. Partiler en az %5 oy oranı olmak üzere genel seçimde aldıkları oy oranı nispetinde dilim usulüne göre devlet yardımından yararlanmaktadır.

1968 yılında yürürlüğe giren 1017 sayılı Kanunla, 648 sayılı Kanunda yer alan hüküm değiştirilmek suretiyle devlet yardımından yararlanacakların kapsamı genişletilmiş, genel seçimlerde en az %5 oy alan partilerin yanı sıra genel seçimlere katılmayan ve meclis üye tamsayısının en az %5'i oranında milletvekili bulunup il ve ilçe merkezlerinde teşkilatlanmasını tamamlamış partilerin de devlet yardımı alabileceği kurala bağlanmıştır.

1017 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin iptali istemiyle yapılan başvuru sonucunda, Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin faaliyetlerinin kamu yararı niteliği taşıdığı ve bu nedenle partilerin kamu yararına çalışan kuruluşlar olduğundan hareketle partilere verilen devlet yardımının kamu gideri olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla partilere devlet yardımı yapılmasında ilkesel olarak anayasaya aykırılık bulunmadığı ifade edilmiştir. Bazı partilerin Kanun'un aradığı koşullar nedeniyle devlet yardımından yararlanamamasının adalet ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği, birtakım saiklerle her dönemde subjektif ölçütler geliştirilerek partiler arasında ayırım yapılmasının keyfiliğe neden olacağı gerekçesiyle anılan değişiklik anayasaya aykırı bulunmuştur⁶⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine 1970 yılında yapılan 1219 sayılı Kanun değişikliğiyle partilere devlet yardımı genel seçimlerde en az %5 oy oranına sahip olma koşuluna bağlanmış, bu defa dilim usulü yerine oy oranı esas alınmıştır. Bu değişikliğin iptali istemiyle yapılan başvuru neticesinde ise,

⁵³ International Idea: "Political Finance Database", https://www.idea.int/data-tools/data/region-compare?database_theme=302&question_id=9212&typeA=political_entity®ionA=142733, (Erişim: 15.12.2023).

⁵⁴ International Idea: "Political Finance Database", https://www.idea.int/data-tools/data/region-compare?database_theme=302&question_id=9212&typeA=political_entity®ionA=142729, (Erişim: 15.12.2023).

⁵⁵ International Idea: "Political Finance Database", https://www.idea.int/data-tools/data/region-compare?database_theme=302&question_id=9212&typeA=political_entity®ionA=142721, (Erişim: 15.12.2023).

⁵⁶ International Idea: "Political Finance Database", https://www.idea.int/data-tools/data/region-compare?database_theme=302&question_id=9212&typeA=political_entity®ionA=142725, (Erişim: 15.12.2023).

⁵⁷ SAĞLAM, Fazıl: Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s.87.

⁵⁸ EKİZCELEROĞLU, s.107-108.

⁵⁹ UZUN, s.132.

⁶⁰ AYM, 18-19.02.1969, E.1968/26, K.1969/14.

Anayasa Mahkemesi 1969 yılındaki içtihadını değiştirerek siyasi partilere devlet yardımı yapılmasının ilke olarak anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir⁶¹.

Her iki iptal kararı üzerine 1971 yılında 1421 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklik ile 648 sayılı Kanundaki düzenleme esnetilerek genel seçimlerde mecliste grup oluşturacak milletvekili sayısına sahip olan partilerin de yardım alabileceği anayasaya dercedilmiştir. 1971 yılında siyasi partilere devlet yardımının anayasal güvenceye kavuşturulması partilerin harcamalarının finansmanı sorunuyla ilgilidir⁶².

Anayasa değişikliğinin akabinde 1974 yılında yürürlüğe giren 1802 sayılı Kanunla devlet yardımı yeniden düzenlenmiş, genel seçimlerde en az %5 oy alan partiler ile mecliste grup kuracak sayıda milletvekilliği kazanan partilerin devlet yardımından seçimde aldıkları oy oranına göre yararlanacakları kabul edilmiştir.

1961 Anayasası döneminde partilere devlet yardımı yapılmasının kriterlerinin standart olarak belirlendiğini söylemek güçtür. Gerek Anayasa Mahkemesi'nin içtihat değişikliği gerekse de kanun koyucunun yaptığı değişiklikler objektif esaslara dayalı bir devlet yardımı sisteminin kurgulanmadığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin hukukî statüsünün ne olduğuna ilişkin farklı yönde yaptığı değerlendirmeler nedeniyle devlet yardımının gerekliliği hususu tartışılmalıdır. Partilerin bu yardımı karşılıksız bir finansman kaynağı olarak görmeleri kendi amaçları doğrultusunda her defasında yeni bir sistem oluşturmalarına neden olmuştur. Demokrasinin temel ilkelerinden uzak olan bu yaklaşım parti isimleri değişse de 1982 Anayasası döneminde de devam etmiştir.

B. 1982 Anayasası Döneminde Siyasi Partilere Devlet Yardımı

1982 Anayasasının ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun siyasi partilere ilişkin getirdiği kısıtlayıcı hükümler ve olumsuz bakış açısı, partilerin nasıl finanse edileceği ve hangi finansman kaynaklarını kullanacağı hususunda da gözlemlenmiştir⁶³. Bu dönemde devlet yardımı ilk kez 1984 yılında ve 3032 sayılı Kanunla, 2820 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile düzenlenmiştir. Buna göre, en son yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) seçimlerine katılma hakkı tanınan ve %10'luk genel barajı aşan partilere devlet yardımı yapılması öngörülmüştür. Partilere devlet yardımının dağıtımında kazandıkları milletvekili sayısı esas alınmıştır.

1987 yılında ve 3349 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla mecliste grubu bulunan partilerin 1983 ve 1984 yıllarında yapılan seçimlere girmemelerine rağmen devlet yardımından yararlanabileceklerini düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi bu değişikliğin iptali istemiyle yapılan başvuruyu hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı bulmayarak reddetmiştir⁶⁴.

1988 yılında ve 3470 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte, TBMM seçimlerinde %7'den fazla oy alan partilere devlet yardımı yapılacağı hususu benimsenerek daha fazla partinin yardımdan yararlanmasının önü açılmıştır. Bu değişiklik de iptal davasına konu olmuş, Anayasa Mahkemesi'nce hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile demokrasinin korunması ve siyasi partilerin demokratik siyasal hayatın zorunlu unsurları olmaları yönünden anayasaya aykırı bulunmamıştır⁶⁵.

1992 yılında ve 3789 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte devlet yardımı yapılacak partilerin sayısı daha da artırılmıştır. Buna göre mecliste en az 3 milletvekiline sahip olup devlet yardımından yararlanamamış ve seçimlere katılma hakkı için gerekli olan örgütlenmesini yerine getirmiş partiler yardım alabilecektir.

1995 yılında ve 4121 sayılı Anayasa değişikliği ile siyasi partilere devletçe “yeterli düzeyde” ve “hakça” yardım yapılacağına ilişkin kural anayasal güvenceye bağlanmıştır. Devlet yardımının anayasada düzenlenme nedeni, Anayasanın 73. maddesinde yer alan “kamu gelirleri kamu giderlerini karşılamak için alınır” ilkesinin bu yardımın anayasal dayanağı olarak kabul edilmemesidir⁶⁶. Öte yandan, devlet yardımı tutarı için azami bir oranın belirlenmemiş olmasının “kendisi için yasa” kavramı ve anayasal güvencenin sağladığı güç ile devlet yardımının artırılmasına yönelik yeni düzenlemeler yapılmasına neden olabileceği belirtilmektedir⁶⁷.

Anayasa değişikliğinden sonra 1999 yılında ve 4445 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, partilerin TBMM seçimleri neticesinde aldıkları oy oranına göre yardım yapılacağına kurala bağlamıştır. 2014 yılında ve 6529 sayılı Kanun değişikliği de, oy oranı kriterini ölçüt kabul ederek TBMM seçimlerinde en az %3 oy alan partilerin devlet yardımından yararlanacağına işaret etmiştir.

Sonuç olarak, 1982 Anayasası döneminde siyasi partilere devlet yardımı yapılmasının ölçütleri sürekli değişiklik göstermiştir. Bu dönemde TBMM seçim sonuçları, yerel seçim sonuçları, siyasi partilerin milletvekili sayısı ve siyasi partilerin TBMM seçiminde aldıkları oy oranı devlet yardımı dağıtımında kullanılan yasal ölçütler olmuştur⁶⁸.

VI. TÜRKİYE'DEKİ MEVCUT DURUMUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türkiye'deki siyasi partilerin finansman yöntemi, partilere düzenli yapılan yıllık yardım ve seçim kampanya harcamalarının karşılanması şeklinde belirlenmiş olup anılan yöntem Kıta Avrupası'ndaki

⁶¹ AYM, 02.02.1971, E.1970/12, K.1971/13.

⁶² TİKVEŞ, Özkan: “Partilere Yapılan Devlet Yardımının Hukuki Yönü”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 37(1-4), 1971, s.151.

⁶³ KARAKOÇ, Rifat: “Türkiye’de Siyasi Partilere Devlet Yardımı”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 20(79), 2021, s.1407.

⁶⁴ AYM, 05.01.1988, E.1987/14, K.1988/1.

⁶⁵ AYM, 06.07.1989, E.1988/39, K.1989/29.

⁶⁶ KOÇ, Emin: “Siyasi Partilere Devlet Yardımı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, IV(1), 2009, s.78.

⁶⁷ SAĞLAM, s.91.

⁶⁸ EKİZCELEROĞLU, s.126.

partilerin finansman sistemi ile aynıdır⁶⁹. Avrupa'daki anayasal düzenlemeler çerçevesinde siyasi partilere devlet yardımının dağıtımında birtakım ilkeler gözetilmektedir. Dağıtımdan her siyasi görüşten partinin faydalanması için nesnel ve adil kriterler esas alınmaktadır. Siyasal eşitlik ve kaynakların dağıtımında verimlilik ilkesi ön plana çıkmaktadır. Partilerin özel finansman kaynakları da olduğu ve resmî bir devlet idaresi statüsünün bulunmadığı kabul edilmektedir⁷⁰. Türkiye'deki devlet yardımı sistemine yönelik eleştirilerin toplandığı nokta ise dağıtıma esas alınan kriterlerdir⁷¹.

1961 Anayasasında ve 1982 Anayasasında yapılan 1995 yılındaki değişikliğe kadar siyasi partilere devlet yardımının nasıl yapılacağına ilişkin kriterler ve söz konusu kriterlerin belirlenmesine yönelik ilkeler düzenlenmemiştir. 1995 yılı Anayasa değişikliğiyle birlikte devlet yardımlarının hakça ve yeterli düzeyde yapılacağına dair iki kriter öngörülmüştür. Siyasi partilerin yararlanacağı devlet yardımı tutarını ifade eden “yeterli düzeyde” kriteri, partilerin işlevlerini yerine getirebilmelerine imkân tanıyacak düzeyde olmasını gerektirir. Başka bir anlatımla, siyasi partilerin tüm harcamalarının finansmanı devlet tarafından yapılacak yardımla karşılanmamalı ve devlet yardımı siyasi partilerin tek gelir kaynağı olmamalıdır. “Hakça” kriteri ile de, devlet yardımı yapılacak siyasi partilerin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Şüphesiz hangi partilerin devlet yardımından yararlanabileceğinin tespitinde başvurulacak mutlak eşitlik ve adalet ilkesi ile toplumsal tercih arasında adil bir dengenin kurulmasının zorluğu karşısında genel olarak seçimlerde alınan oy oranı bu zorluğun aşılmasında tercih edilmektedir⁷². Diğer bir ifadeyle, örgütlenmesini tamamlayarak seçmen teveccühünü kazanan siyasi partilere adilane bir şekilde devlet yardımı dağıtılır⁷³. Bu kriterler muğlak düzenlendiğinden devlet yardımının dağıtımı kanun koyucunun iradesine bağlı olarak yasal değişikliğe konu olabilir. Uygulamadaki örnekler de objektif birtakım ilkeler ile bu kriterlerin içinin doldurulmasından ziyade partilerin subjektif amaçları doğrultusunda söz konusu kriterlerin yorumlandığını göstermektedir.

Anayasa değişikliğinin kabulü sırasında siyasi partilere yeterli düzeyde yardım yapılacağına öngörülmesinin pratikte bir karşılığının olmayacağı tartışmaları yaşanmıştır. Yeterli düzey için makul kabul edilebilecek oranın belirlenmesindeki güçlük, aslında anayasa değişikliğinden umut edilen etkinin gerçekleşmeyeceği düşüncesinden ileri gelmektedir⁷⁴. Zaman içerisinde bu görüşün geçerliliği varlığını koruyarak siyasi partilerin finansman yönteminden, devlet yardımı tutarının nasıl tespit edileceğine dair birtakım yasal değişikliklerin yapılmasına yönelik kanun koyucu nezdinde girişimlerde bulunulmuştur. Nitekim, 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde doğrudan devlet yardımlarına yönelik kanun koyucu tarafından sürekli bir biçimde düzenlemeler yapılmış ve bu düzenlemelerin iptali istemiyle yargı yoluna başvurulmuştur. Çünkü hükümet görevini üstlenen parti ya da partiler devlet yardımlarını siyasi rekabette kendilerine avantaj sağlayacak şekilde düzenleme yoluna gitmiştir. Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası dönemindeki yaklaşımını terk ederek 1982 Anayasası döneminde siyasi partilere devlet yardımı yapılmasını anayasaya aykırı bulmamıştır⁷⁵.

Anayasal güvenceye karşın Türkiye'de siyasi partilere devlet yardımı yapılmasının amacının kamusal bir yarardan ziyade iktidara alternatif olan ya da olabilecek partilerin bölünmesine ve bazı partilerin diğerlerine kıyasla desteklenmesine hizmet ettiği belirtilmektedir. Bu durum karşısında sadece seçim dönemlerinde ve her siyasi partiye seçim harcamalarının finansmanı için oy oranı nispetinde yardım yapılmasının hakkaniyetli olacağı yönünde bir çözüm önerisi sunulmaktadır⁷⁶. İkinci bir öneri ise, partilerin diğer gelirleriyle orantılı olarak devlet yardımı yapılmasıdır⁷⁷. Çözüm önerileri arayışı ve devlet yardımı pratiği Anayasanın 68. maddesinin son fıkrasında yer alan partilere yeterli düzeyde ve hakça devlet yardımı yapılmasına ilişkin kuralın fonksiyonelliğini yitirdiği sonucuna ulaştırmaktadır.

Türkiye'de devlet yardımından genel olarak iktidar ya da iktidara alternatif büyük partiler faydalanmaktadır. Yeni kurulan bir siyasi partinin harcamalarının finansmanı için ihtiyaç duyduğu öz kaynağı her zaman için yeterli seviyede olmayabilir. Bu nedenle, devlet yardımına hak kazanabilmek için zorunlu olan oy oranının elde edilmesinden önce söz konusu partiler harcamalarının finansmanına yönelik ekonomik güç gruplarının desteğine ihtiyaç duyarlar. Dolayısıyla Türkiye'deki siyasi partilere yapılan devlet yardımının çoğulculuğa uygun düşmediği kabul edilmektedir⁷⁸.

Parti içi demokrasi ilkesi ile devlet yardımı arasında karşılıklı bir etkileşim söz konusudur. Devlet yardımının partilerin merkez ve yerel teşkilatları arasında hakkaniyete uygun dağıtımı parti içi demokrasi

⁶⁹ GENÇKAYA, Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, s.193.

⁷⁰ PETER, s.185-186.

⁷¹ ÇOBAN, s.624.

⁷² ÜZÜN, s.178-181. “Yeterli düzeyde” ve “hakça” kriterlerinin diğer tanımlarına ilişkin olarak Bkz. AYM, 30.07.2007, E.2007/59, K.2007/75, AYM, 20.11.2008, E.2008/42, K.2008/167, DÖNER, Ayhan: Türk Anayasa Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2023, s.254.

⁷³ EVRAN TOPUZKANAMIŞ, Şafak: “Siyasi Partilere Devlet Yardımı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2012, s.178.

⁷⁴ TBMM Tutanak Dergisi: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c088/tbmm19088123ss0861.pdf>, (Erişim: 28.12.2023).

⁷⁵ ÜZÜN, s.152-153.

⁷⁶ TEZİÇ, s.393.

⁷⁷ KARAKAŞ, Mehmet: “Transparency And Accountability In Political Financing In Turkey”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 15(2), 2014, s.95.

⁷⁸ BATUM, Süheyl/YILMAZ, Didem/KÖYBAŞI, Serkan: Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s.612-613.

ilkesinin bir gereğidir⁷⁹. Aksi takdirde parti karar organlarının inisiyatifine bırakılan devlet yardımının kullanım şekli yerel teşkilatların iradesinin ipotek altına alınmasının bir aracı hâline dönüşebilir. Bu aracın sağlayacağı faydayı gözeten yerel teşkilatlar partinin desteklemediği politikalarına sessiz kalabilir. Neticede parti tabanının iradesini yansıtmayan politikaların partinin bütününe temsil ettiği düşüncesi sadece bir varsayımdan ibaret olacaktır. Türkiye’de de genel olarak bu varsayımın geçerli olduğu söylenebilir.

Siyasi partilerin devlet yardımına bağımlılık düzeyi arttıkça üyelerinin mali desteğine olan ihtiyacı azalacağından parti içi demokrasi ilkesi zedeleneyecektir⁸⁰. Partiler için üyelik kağıt üzerinde nicel olarak anlam ifade edecek, üyelerin partilerine olan aidiyeti zayıflayacaktır. Zaman içerisinde devlet yardımının etkisiyle partiler ve üyeleri arasındaki kurumsal bağ ortadan kalkacaktır. Her ne kadar Anayasanın 69. maddesinin (1) numaralı fıkrasında parti içi düzenlemeler ve çalışmaların demokrasi ilkesine uygun olacağı kuralına yer verilmişse de Türkiye’deki mevcut sistem maalesef olumsuz bir yöne doğru değişim riskini barındırmaktadır. Bu nedenle parti içi demokrasinin gelişimi ve partilere finansman desteği sağlayan baskı gruplarının partiler üzerindeki nüfuz alanını kırmak için parti-üye hukukî ilişkisini yıpratmayacak tutarda devlet yardımı yapılması önerilmektedir⁸¹.

2017 yılı Anayasa değişiklikleriyle beraber Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçildiğinden siyasi partilere devlet yardımının yeniden değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Devlet yardımıyla ilgili mevcut anayasal ve yasal normların bile parlamenter hükümet sisteminde tartışmalı olduğu ve beklenen faydayı sağlamadığı gözlemlenirken, yeni sistemde düzenleme yapma gerekliliği açıktır. Özü itibarıyla yeni hükümet sistemi herhangi bir siyasi parti ile üyelik, genel başkanlık gibi hukukî ilişkisi olup Cumhurbaşkanlığı seçilen kişilerin var olan bu ilişkisini devam ettirmesine imkân tanıdığından mevcut diğer partiler ya da yeni kurulacak partiler aleyhine devlet yardımı dağıtımı söz konusu olacaktır.

Anayasanın 77. maddesi gereğince TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı tarihte yapılması öngörülmüştür. TBMM seçimlerine katılan partiler en az %3 geçerli oy aldığı takdirde devlet yardımına hak kazanmaktadır. Yine, Anayasanın 101. maddesi, siyasi partilerin Cumhurbaşkanlığına aday gösterebileceklerini düzenlemekte, Cumhurbaşkanının varsa siyasi kimliğini korumasını olanaklı kılmaktadır. Cumhurbaşkanlığı seçiminde adaylara bağış ve yardım yapılabilirdiği de dikkate alındığında, hem TBMM seçimlerine katılıp devlet yardımına hak kazanabilmek için gerekli asgari oy oranını alan parti yardımdan yararlanmakta hem de o parti ile ilişkisi bulunan ve aday gösterilen kişi yardım alabilmektedir. Böylece, gösterdiği aday Cumhurbaşkanlığı seçilen parti diğer partilere kıyasla devlet yardımı hususunda avantaj sağlamaktadır. Gösterdiği aday Cumhurbaşkanlığı seçilen parti söz konusu seçim için herhangi bir harcamaya katlanmadığı gibi, iktidarda olan veya iktidara alternatif büyük partilerin adaylarına daha fazla yardım yapılmaktadır.

Seçim dönemlerinde partilere iki defa yardım yapılması da devlet yardımının getirilme amacından uzaklaşıldığını göstermektedir. Genel ve yerel seçimlerin yapıldığı yıllarda partilerin finansman ihtiyacının karşılanmasına ilişkin yeni bir hukukî zorunluluk olmadığı hâlde devlet yardımı tutarının artırılması izaha muhtaçtır. Bu dönemde partilerin seçim harcamalarındaki artış nedeniyle daha yüksek tutarda yardım yapıldığı ileri sürülse bile, partilere her yıl belli tutarda yardımda bulunduğu dikkate alındığında söz konusu gerekçenin yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Genel seçimlerde üç kat, yerel seçimlerde ise iki kat devlet yardımı yapılmasına ilişkin düzenlemenin gerekçesinde de herhangi bir açıklama yapılmadığı görülmektedir⁸². Siyasi partilerin kamu kaynağından daha çok yararlanması amacıyla getirildiği anlaşılan kuralın demokrasi ya da partilerin varlık gayesiyle bağdaşmadığı açıktır.

Ekonomik açıdan güçlü baskı gruplarının siyasete etkisini engellemek, eşit şartlarda siyasal rekabetin gerçekleşmesine yardımcı olmak ve harcama-gelir dengesini sağlamak amacıyla⁸³ normatif hâle getirilen devlet yardımının kendisinden beklenen etkiyi sağlayamadığı düşüncesinin en son yapılan anayasa değişikliğiyle daha da görünür kılındığı ifade edilebilir. Devlet yardımından pay alabilmek için partiler arasındaki eşitsiz siyasal yarışın sadece büyük partiler arasında geçme durumuna dönüştüğü söylenebilir. Oy oranı kriterini sağlayamayan küçük partilerin finansman ihtiyacı nedeniyle bir süre sonra seçimlere katılmalarının zorlaşarak siyasi varlıklarının sona ereceği ve yeni partilerin kurulmasının güçleşeceği olgusu her zaman mümkün olabilir.

Yeni kurulan siyasi partiler henüz seçimlere katılmadığından gerek parti programlarını kamuoyuna tanıtabilmeleri gerekse de demokrasinin gelişmesi için devlet teşviki ile desteklenmeleri gerekir. Bu partiler herhangi bir farklılık gözetilmeksizin devlet teşvikinden yararlanarak pozitif ayrımcılığa tâbi tutulmalıdır. Devlet teşviki adı altında belli bir süreyle yapılacak mali yardım yeni kurulan partilerin seçmenler tarafından tercih edilebilirliklerine imkân sağlayacaktır. Seçmenlerin teveccühünü kazanan partilerin iktidara alternatif olarak ortaya çıkmaları mevcut parti sisteminin donmasını engelleyecektir. Ayrıca bu partilerin daha kuruluş ve örgütlenme aşamasında aleyhlerine olan siyasal eşitsizlik de bir nebze giderilecektir.

Genel seçim sonuçlarına göre devlet yardımına hak kazanan yeni kurulan partilerin seçimin yapıldığı tarihten o yılın sonuna kadar olan kıst dönem için devlet yardımından hemen yararlanamaması da sorundur.

⁷⁹ CAN, Osman: “Parti İçi Demokrasi Yokluğu Siyasi Parti Kapatma Nedenidir!”, Anayasa Yargısı, 40(1), 2023, s.37; KÜÇÜK, s.318-319.

⁸⁰ ÜÇİŞİK, H. Fehim: “Parti İçi Demokrasi Açısından Yasa Değişikliği Gereği”, Anayasa Yargısı, 16, 1999, s.370.

⁸¹ KÜÇÜK, s.303.

⁸² TBMM Tutanak Dergisi: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c013/tbmm18013078.pdf>, (Erişim: 29.12.2023).

⁸³ ÇELİK, s.18.

Yeni kurulduğu için seçim öncesinde zaten devlet teşviki alamayan partilerin seçimden sonra hak ettiği devlet yardımından yararlanamaması durumu hem finansman hem de proje, hedef ve programların toplumun daha geniş kesimlerine duyurulması yönünden engel teşkil edecektir. Bu durum genel seçimin yapıldığı yılı izleyen bir sonraki yıl içerisinde yapılacak olan yerel seçimler açısından daha da önemli hâle gelmektedir. İlgili kıst dönem için devlet yardımı alamayan yeni kurulan partilerin seçim başarısı olumsuz etkileneceğinden büyümesi ve iktidara alternatif olması zorlaşacaktır. Yeni partiler kurulduktan sonra siyasi ömürleri fazla uzun sürmeyeceğinden mevcut parti sisteminin donması önlenemeyecektir.

Hukukî düzenlemeler ile finansman kaynağına erişimin sınırlandırılmasının sadece küçük ya da yeni kurulan partileri değil, büyük partileri de olumsuz etkileyebilme ihtimali bulunmaktadır. Afrika örneğinde olduğu gibi devlet yardımına aşırı bağımlılık parti ve devlet tüzel kişiliklerinin bütünleşmesi tehlikesine neden olabilir. Böyle bir tehlikeyi bertaraf edebilmek amacıyla partilerin sivil toplum örgütü statüsünü koruması ve anayasada gerekli değişikliklerin yapılması gerekir. Bu çerçevede, siyasi partilerin gelirleri arasında devlet yardımı ağırlığının azaltılarak alternatif gelir kaynakları oluşturulması düşünülebilir. Örneğin, Hollanda’da kamu finansmanı partilerin üye sayısı ile doğru orantılı olduğundan üyelik aidatı parti finansman ihtiyacının karşılanmasında büyük bir gelir kaynağıdır⁸⁴. Yarı kamusal finansman kaynağı niteliğindeki üyelik aidatını başlıca gelir kaynağı hâline getiren partilerin seçim başarısı diğer partilere kıyasla daha yüksektir⁸⁵. Üyelik aidatının parti gelir kaynakları arasında önemli bir ağırlığının bulunması durumunda parti karar organlarının iradesi de olumlu bir şekilde etkilenecektir⁸⁶. Türkiye’de de bireylerin siyasete katılımı teşvik edilerek üye sayısının artırılması dolayısıyla üyelik aidatı etkin bir finansman kaynağına dönüşebilir. Partiler üye sayısını artırmaya yönelik sürekli siyasi rekabet içinde bulunarak daha demokratik bir sisteme ulaşılmasına katkı sağlayabilirler⁸⁷.

İtalya örneğinden hareketle kalıcı bir öneri, vatandaşların vergi yükümlülüklerinin belli bir oranını tercih ettikleri herhangi bir siyasi partiye bağışta bulunarak vergiden düşebilecekleri bir sistem kurgulamaktır⁸⁸. İtalya’da partilere devlet yardımı yapılmadığından hükümet elde edeceği vergi gelirinin bir kısmından feragat etmektedir. Türkiye’de devlet yardımı dağıtımında vergi gelirlerinin finansman kaynağı olarak kullanılması zaman zaman eleştirilmekte ve vatandaşların ödedikleri verginin desteklemedikleri partilerin harcamalarının finansmanı için aktarılmasının demokratik olup olmadığı tartışılmaktadır. Tam da bu noktada, Anayasanın 68. maddesinde yapılacak bir değişiklik ile vatandaşların tercih edecekleri siyasi partilere, devlete ödeyecekleri yıllık verginin sabit bir yüzdesi kadar ve herkesin eşit tutarda bağışta bulunabilmesinin ve bu bağışın vergi indirimine konu edilebilmesinin var olan sorunu ortadan kaldıracığı kanaatindeyiz.

Doğrudan devlet yardımı yerine seçmenin iradesine bağlı olarak vergi gelirlerinden siyasi partilere kaynak aktarılmasının demokrasi, siyasal eşitlik ve parti-devlet ilişkileri bakımından olumlu etkileri olacaktır. Seçmenin TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçim dönemlerinden çok daha önce her yıl hangi partiyi desteklediklerini ya da desteklemediklerini beyan etme imkânına kavuşacaktır. Bu tercihleri hükümet etme işlevini üstlenmek isteyen partilerin politikalarının belirlenmesi sürecinde öncelikli bir etken olarak değerlendirilerek demokrasinin iyi işleyişine katkı sunacaktır. Siyasi partiler ise herhangi bir ayırım olmadan seçmen tercihlerine göre finansmana erişim sağlayacağından siyasal rekabet hem daha eşit ve adil koşullarda gerçekleşecek hem de partiler her zaman seçmen memnuniyetini ön planda tutacaktır. Devlet yardımına olan bağımlılık ortadan kalkacağı için partilerin sivil toplum örgütü hüviyetine bürünmesi ve parti-devlet ilişkilerinde hukukî sınırların çizilmesi kolaylaşacaktır. Devlet yardımı alamadığından harcamalarını kısıtlı finansman kaynakları ile karşılamaya çalışan partilerin varlıklarını devam ettirebilmeleri artık diğer partilerin siyasi iradesine göre şekillenen yasal düzenlemeler ile değil tamamen seçmenin teveccühüne bağlı olacaktır. Seçmen tercihlerine dayalı bu sistem aynı zamanda her partinin siyasi amaçları doğrultusunda devlet yardımının dağıtımına ilişkin kriterleri değiştirmesini engelleyecektir.

Vergi gelirlerinin bir kısmının partilere bağış olarak dağıtılması durumunda ayrıca Cumhurbaşkanı adaylarına bağış ve yardımda bulunulmasına ihtiyaç kalmayacaktır. Zira seçmen desteklediği partiye bağışta bulunmak suretiyle siyasi tercihini açıklayarak hangi partinin Cumhurbaşkanı adayına oy verebileceğini işaret edecektir. Seçmen tercihi siyasal rekabetin dinamik yapısını korumasını sağlayarak büyük ya da küçük parti ayırımı olmaksızın daha eşit şartlarda seçimlere katılımı ve bir partinin diğerlerine oranla avantajlı bir durumda bulunmamasını belirleyici temel etken olacaktır.

Devlet yardımı siyaseti kamuoyu nezdinde daha görünür kılmamanın bir aracı olarak kullanılmakta ve oluşturulan toplumsal algı ile büyük partiler kendi aralarında devlet yardımını paylaşarak eşit olmayan bir siyasi yarışın başat aktörü hâline gelmektedir. Dolayısıyla devlet yardımının öngörülen amacından uzaklaşarak meşruiyetini kaybettiği ifade edilmektedir⁸⁹. Doktrinde bu durum kartel parti teorisi ile açıklanmaktadır. Kartel parti teorisi, mevcut siyasi partilerin ideolojik farklılıklarına rağmen aralarında

⁸⁴ European Parliament Policy Department for Budgetary Affairs, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/AFCO/DV/2021/10-27/2021-JUNE_PE694.836_Financingpoliticalstructures_withAnnex3_EN.pdf, (Erişim: 23.11.2023).

⁸⁵ DUVERGER, s.468.

⁸⁶ KÜÇÜK, s.306.

⁸⁷ Devlet yardımının varlığı ile partilerin üye sayısı arasındaki ilişkinin eleştirisi için Bkz. EVRAN TOPUZKANAMIŞ, s.189.

⁸⁸ CAGE, Julia/CAMILLER, Patrick: The Price of Democracy: How Money Shapes Politics and What to Do About It, Harvard University Press, 2020, s.52.

⁸⁹ HATİPOĞLU, s.248.

işbirliği yaparak kamu yönetimini yeniden düzenlemek suretiyle yeni partilerin siyasal sisteme katılımlarını engellemeyi amaçlar. Bu dizayn biçimi olumlu sonuç verdiği takdirde yeni partilerin sisteme girişini azaltma yönünde yeni düzenlemeler yapma eğilimi kuvvetlenecektir⁹⁰. Türkiye'deki finansman rejiminin de kartel parti teorisini kanıtlar nitelikte olduğu vurgulanmaktadır. Kaldı ki, siyasi partilerin toplam yıllık gelirlerinin yarısından fazlasını devlet yardımından karşıladığı bir sistem ile karşılaşmaktayız⁹¹.

Özellikle iktidar veya iktidara alternatif büyük partilerin 1965 yılından bu yana devlet yardımı dağıtım kriterlerinde değişiklik yapma eğiliminde olmaları bilinen bir vakadır. Bu somut vaka karşısında asgari bir eşik değerin tespit edilmesi gerekliliği ile seçilme hakkı arasındaki adil bir dengenin gözetilmesi⁹², partilerin TBMM seçimlerinde alacakları %1 oy oranının yeterli olması, bağımsız adayların devlet yardımından yararlanması⁹³ ve TBMM seçimlerine katılmayan partilere de devlet yardımı yapılması⁹⁴ gibi öneriler sunulmuş ve fakat bir adım atılamamıştır. Gelinen süreçte %3 oy oranı partilerin devlet yardımına hak kazanabilmesi için aranan tek kriter olmuş, kartel parti teorisi eleştirilerine yönelik çözüm önerileri üzerinde durulmamıştır.

Devlet yardımı partilerin faaliyetlerinin kısıtlanmasına yönelik de bir araç niteliğindedir⁹⁵. Halbuki demokratik bir siyasal rejimde partilerin var oluş nedenlerini ve seçmene vaatlerini anlatabilmeleri için yeterli ekonomik araçlara sahip olması gerekir. Aksi takdirde, Anayasanın 68. maddesinin (2) numaralı fıkrasında kurala bağlanan siyasi partilerin demokrasi için zorunlu unsur olduğu normu da işlevselliğini kaybedecektir. Anayasa koyucunun siyasi partilere atfettiği bu değeri anlamsızlaştıracak düzenlemeler yapılması partilerin varlık amacını ortadan kaldıracığı gibi milli iradenin tecelli etmesine de engel olacaktır. Bu minvalde yapılması gereken partilerin hakkaniyet ve eşitlik temelinde yararlanacağı nesnel kullara dayalı bir devlet yardımı sisteminin oluşturularak Türkiye'deki mevcut sistemin revize edilmesidir.

VII. SONUÇ

Finansman rejimi normlarını kabul ederken yasama organları bir tercihte bulunmak zorundadır. Bu tercih yapılırken parti ayrımı gözetmeksizin her siyasi partinin devlet yardımı dağıtımından pay alması ile sadece mevcut partilerin devlet yardımından yararlanması, şeffaflık ile hukukî öngörülemezlik, ifade özgürlüğü ile siyasal eşitlik, siyasal örgütlenmenin engellenmesi ile partilerin örgütlenmesinin teşvik edilmesi arasında hangilerine öncelik verileceği belirlenmektedir. Öncelik sıralaması temel olarak ülkelerin siyasi partilere bakış açısıyla ilgilidir⁹⁶. Ancak Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Avrupa Konseyi üyesi ülkelere siyasi partilerin finansmanını ilgilendiren kanunların yapım sürecinde devlet yardımı dağıtımında hakkaniyeti gözetilen kriterlerin belirlenmesi gibi birtakım esasların dikkate alınmasını tavsiye etmektedir⁹⁷.

Her ülke için standart bir parti finansman rejimi bulunmamaktadır. Toplumsal, siyasal ve sosyolojik farklılıklar ve siyasal sistemlerin birbirleriyle benzeşmeyen amaçlarının olması birden çok finansman rejiminin benimsenmesine neden olmuştur. Örneğin, İskandinavya'da partilerin seçim hariç diğer faaliyetlerinin finansmanı öncelikli iken, ABD'de seçimlerin finansmanı temel hedeftir⁹⁸. Birden çok finansman rejiminin varlığına karşın zamanın ruhuna uygun olarak subjektif yeni kriterlerin devlet yardımı dağıtımında şart koşulmaması yapılan düzenlemelerin ortak noktasıdır.

Türkiye'de ise devlet yardımı dağıtımının kriterleri ve bu kriterleri sağlayabilmek için gerekli olan oranlar sürekli değişikliklere konu olmuştur. Hatta 1995 yılında anayasal teminata bağlanan partilere devlet yardımının yeterli düzeyde ve hakça yapılacağına ilişkin normun uygulanabilirliği sadece lafızda kalmıştır. Demokrasinin gereği olarak siyasal rekabetin adil ve eşit koşullar altında yürütülmesi zorunluluğu oy oranı kriterinde yapılacak değişiklik ekseninde tartışılmıştır. Kamusal yarardan uzak bu tartışmalar siyasi partilerin kendi varlıklarını korumak ve konularını güçlendirmek amacıyla sınırlı olarak yürütülmüştür.

Bu soruna, parlamenter hükümet sisteminde kalıcı bir çözüm üretilmediğinden Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde de mevcut yapı korunmuştur. Üstelik, yeni hükümet sisteminde farklı hukukî nitelendirmelere tâbi olsa da hem siyasi partilerin hem de bu partilerin desteklediği Cumhurbaşkanı adaylarının yardımlardan faydalanması mevcut yapıyı daha karmaşık hâle getirmiştir. Zaten Anayasanın 68. maddesinin pratikte demokratik karşılığının olmadığı yönündeki genel kabul, 101. maddenin uygulanmasına yönelik 6271 sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçimi Kanunu ile birlikte değerlendirildiğinde ilgili anayasal normlarda değişiklik yapılması zaruridir.

⁹⁰ INGRİD, Van Biezen/RASHKOVA, Ekaterina R.: "Deterring New Party Entry? The Impact of State Regulation On The Permeability of Party Systems", Party Politics, 20(6), 2014, s.892-893.

⁹¹ GENÇKAYA, Ömer Faruk: "Financing Political Parties and Electoral Campaigns in Turkey", in Sayarı, Sabri/Musil, Pelin/ Demirkol, Özhan (ed.), Party Politics in Turkey: A Comparative Perspective, Routledge, London 2018, s.74.

⁹² AYM, Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi, B.N. 2014/8843, 10/12/2015.

⁹³ İBA, s.85.

⁹⁴ GENÇKAYA, Siyasi Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, s.195.

⁹⁵ PERİNÇEK, Doğu: Anayasa ve Partiler Rejimi: Türkiye'de Siyasi Partilerin İç Düzeni ve Yasaklanması, 4. Bası, Kaynak Yayınları, 2008, s.165.

⁹⁶ KOOLE, Ruud: "Dilemmas of Regulating Political Finance, with Special Reference to the Dutch Case", in Van Biezen, Ingrid/Napel, Hans-Martien ten (ed.), Regulating Political Parties European Democracies in Comparative Perspective, Leiden University Press, 2014, s.64.

⁹⁷ PODOLNJAK, s.29.

⁹⁸ International Foundation for Electoral Systems: "Réglementation Applicable Au Financement Politique: L'expérience Mondiale", https://www.eods.eu/library/IFES.Political_Finance_Regulation_the_Global_Experience%20FR.pdf, (Erişim: 21.12.2023).

Diğer ülkelere kıyasla Türkiye’de partilere devlet yardımının olumsuz etkileri daha çok ön plana çıktığından anılan etkilerin ortadan kaldırılması için çeşitli öneriler hayata geçirilebilir. Kanaatimizce, vatandaşların devlete yıllık olarak ödeyeceği vergilerden bir kısmını sabit oranda ve eşit bir tutarda partilere bağış yapması ve bağış yapılan tutarın vergi yükümlülüğünden düşülmesi önerisi partilere devlet yardımı dağıtımında önemli bir dönüm noktası olacaktır. Anayasanın 68. maddesinde değişiklik yapılarak siyasi partilerin devlet yardımı dağıtımının kriterlerini kendileri için değiştirmelerinin önüne geçilmelidir. Yeni hükümet sisteminin devlet yardımı dağıtımında güçlü partiler lehine doğurduğu sonucun demokrasi üzerindeki olumsuz etkileri adalet ve eşitlik ilkeleri bağlamında giderilmelidir. Devlet yardımı sistemine yönelik siyasi partilerin kuruluş amaçlarına uygun normatif düzenlemeler yapılması günümüzdeki parti yapılarının kartel parti teorisini yansıttığı eleştirilerine de hukukî bir cevap olacaktır.

KAYNAKÇA

- ANAYURT, Ömer: Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- ATAR, Yavuz: “Kartel Parti Teorisi ve Eleştirisi: Kartel Teorisinin Çağdaş Partiler Tipolojisini Açıklamadaki Yetersizliği ve Polar Partilerin Doğuşu”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt I Siyaset Bilimi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- AYAN MUSİL, Pelin: “Assessing The Level of Party Cartelization in Contemporary Turkey”, in Sayari, S./Ayan Musil, P./Demirkol, Ö (ed.), Party Politics in Turkey: A Comparative Perspective. Routledge, London, 2018.
- AYDIN, Mesut: “Türkiye’de Siyasal Partilere Devlet Yardımı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(4), 2005, s.235-265.
- BATUM, Süheyl/YILMAZ, Didem/KÖYBAŞI, Serkan: Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BEN-BASSAT, Avi/DAHAN, Momi: “The Regulation of Political Finance and Corruption”, Election Law Journal, 14(3), 2015, s.190-206.
- BERTOIA, Fernando Casal/MOLENAAR, Fransje/PİCCİO, Daniela R./RASHKOVA, Ekaterina R.: “The World Upside Down: Delegitimising Political Finance Regulation”, International Political Science Review, 35(3), 2014, s.355-375.
- BİCHAY, Nicolas: “Public Campaign Financing and The Rise of Radical-Right Parties”, Electoral Studies, (66), 2020, s.1-12.
- BOSUTER, Kudret: Türk Siyasal Partiler Sisteminde Parti İçi Demokrasi, Ulusal Basımevi, Ankara, 1969.
- CAGE, Julia/CAMILLER, Patrick: The Price of Democracy: How Money Shapes Politics and What to Do About It, Harvard University Press, 2020.
- CAN, Osman: “Parti İçi Demokrasi Yokluğu Siyasal Parti Kapatma Nedenidir!”, Anayasa Yargısı, 40(1), 2023, s.1-60.
- CZECH REPUBLIC CONSTITUTIONAL COURT, PI. US 53/2000, 27.02.2001. [http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/cze/cze-2001-1-005?f=templates&fn=document-frameset.htm&q=%5Bfield,E_Thesaurus%3A04.05.10.02*%5D%20&x=server\\$3.0#LPHit1](http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/eur/cze/cze-2001-1-005?f=templates&fn=document-frameset.htm&q=%5Bfield,E_Thesaurus%3A04.05.10.02*%5D%20&x=server$3.0#LPHit1) (Erişim: 08.12.2023).
- ÇELİK, Özlem: Siyasal Partilerin Seçim Harcamalarının Denetimi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÇOBAN, Ali Rıza: “Devlet Siyasal Partilere Hakça Ve Yeterli Düzeyde Yardım Yapıyor Mu?”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2008, s.601-640.
- DÖNER, Ayhan: Türk Anayasa Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- DUVERGER, Maurice: Siyasal Partiler, Özbudun, Ergun (çev.), 4. Bası, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1993.
- EKİZCELEROĞLU, Rengül: Türkiye’de Siyasal Partilerin Finansmanı ve Siyasal Rekabette Eşitlik, 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ENDOLTSEVA, Alla V./PLATONOVA, Natalya I./ENDOLTSEVA, Yulia V.: “Political Corruption: Harm to State Foundations and Public Interests”, Journal of Politics and Law, 12(3), 2019, s.18-25.
- EROĞUL, Cem: “Siyasal Partilere Devlet Yardımına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları”, Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoglu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- EUROPEAN PARLIAMENT POLICY DEPARTMENT FOR BUDGETARY AFFAIRS: “Financing of political structures in EU Member States”, June 2021, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/AFCD/DV/2021/10-27/2021-JUNE_PE694.836_Financingpoliticalstructures_withAnnex3_EN.pdf, (Erişim: 23.11.2023).
- EVERTSSON, Nubia: “Political Corruption and Electoral Funding: A Cross-National Analysis”, International Criminal Justice Review, 23(1), 2013, s.75-94.
- EVRAN TOPUZKANAMIŞ, Şafak: “Siyasal Partilere Devlet Yardımı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2012, s.167-203.
- GENÇKAYA, Ömer Faruk: “Siyasal Partilere ve Adaylara Devlet Desteği, Bağışlar ve Seçim Giderlerinin Sınırlanması” (Siyasal Partilere ve Adaylara Devlet Desteği), Siyasal Partilerde Reform, TESEV Yayınları, İstanbul, 2000.
- GENÇKAYA, Ömer Faruk: “Yeni Bir Siyasal Partiler Yasasına Doğru Öneriler: Üyelik, Liderlik, Adaylık ve Finansman” (Üyelik, Liderlik, Adaylık ve Finansman), Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt II Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- GENÇKAYA, Ömer Faruk: “Financing Political Parties and Electoral Campaigns in Turkey”, in Sayari, Sabri/Musil, Pelin/Demirkol, Özhan (ed.), Party Politics in Turkey: A Comparative Perspective, Routledge, London, 2018.
- GERMANY CONSTITUTIONAL COURT, 2 BvF 2/18, 24.01.2023. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/01/fs20230124_2bvff00218.html (Erişim: 19.12.2023).
- HATİPOĞLU, Atakan: “Siyasal Partilere Hazine Yardımı: Sosyolojik Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, (41), 2009, s.233-250.

- HORNCastle, William C.R.: “Model Based Clustering Of Political Finance Regimes: Developing The Regulation Of Political Finance İndicator”, Electoral Studies, (79), 2022, s.1-12.
- INGRİD, Van Biezen/KOPECKY, Petr: “The State And The Parties Public Funding, Public Regulation and Rent-Seeking in Contemporary Democracies” (The State And The Parties), Party Politics, 13(2), 2007, s.235-254.
- INGRİD, Van Biezen/KOPECKY, Petr: “The Cartel Party and The State: Party–State Linkages in European Democracies”, Party Politics, 20(2), 2014, s.170-182.
- INGRİD, Van Biezen/RASHKOVA, Ekaterina R.: “Deterring New Party Entry? The Impact of State Regulation On The Permeability of Party Systems”, Party Politics, 20(6), 2014, s.890-903.
- INTERNATIONAL IDEA: “Political Finance Database”, https://www.idea.int/data-tools/data/question?question_id=9212&database_theme=302, (Erişim: 22.11.2023).
- INTERNATIONAL IDEA: “Political Finance Database”, https://www.idea.int/data-tools/data/region-compare?database_theme=302&question_id=9212&typeA=political_entity®ionA=142721, (Erişim: 15.12.2023).
- INTERNATIONAL IDEA: “Political Finance Database”, https://www.idea.int/data-tools/data/region-compare?database_theme=302&question_id=9212&typeA=political_entity®ionA=142725, (Erişim: 15.12.2023).
- INTERNATIONAL IDEA: “Political Finance Database”, https://www.idea.int/data-tools/data/region-compare?database_theme=302&question_id=9212&typeA=political_entity®ionA=142729, (Erişim: 15.12.2023).
- INTERNATIONAL IDEA: “Political Finance Database”, https://www.idea.int/data-tools/data/region-compare?database_theme=302&question_id=9212&typeA=political_entity®ionA=142733, (Erişim: 15.12.2023).
- INTERNATIONAL FOUNDATION FOR ELECTORAL SYSTEMS: “Réglementation Applicable Au Financement Politique: L’expérience Mondiale”, https://www.eods.eu/library/IFES.Political_Finance_Regulation_the_Global_Experience%20FR.pdf, (Erişim: 21.12.2023).
- İBA, Şeref: Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- KARAKAŞ, Mehmet: “Transparency And Accountability In Political Financing In Turkey”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 15(2), 2014, s.81-100.
- KARAKOÇ, Rifat: “Türkiye’de Siyasi Partilere Devlet Yardımı”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 20(79), 2021, s.1405-1418.
- KAYA, Semih Batur: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rejiminde Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı: Siyasi Parti Özgürlüğü, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- KOÇ, Emin: “Siyasi Partilere Devlet Yardımı”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, IV(1), 2009, s.43-82.
- KOOLE, Ruud: “Dilemmas of Regulating Political Finance, with Special Reference to the Dutch Case”, in Van Biezen, Ingrid/Napel, Hans-Martien ten (ed.), Regulating Political Parties European Democracies in Comparative Perspective, Leiden University Press, 2014.
- KÜÇÜK, Tevfik Sönmez: Parti İçi Demokrasi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- LİPCEAN, Sergiu: “Direct Public Funding of Political Parties: Between Proxy Measures and Hard Data”, Party Politics, 28(6), 2022, s.1041-1057.
- LITHUANIA CONSTITUTIONAL COURT, KT17-N8/2019, 07.06.2019. [http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/EUR/LTU/LTU-2020-1-002?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0](http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/precis/eng/EUR/LTU/LTU-2020-1-002?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0) (Erişim: 02.12.2023).
- MENDILOW, Jonathan: “Public Party Funding and Party Transformation in Multiparty Systems”, Comparative Political Studies, 25(1), 1992, s. 90-117.
- NITA, Anca: “Legal Framework Regarding the Financing of Political Parties And of Election Campaigns”, Revista Universul Juridic, (2), 2021, s.24-34.
- PERİNÇEK, Doğu: Anayasa ve Partiler Rejimi: Türkiye’de Siyasi Partilerin İç Düzeni ve Yasaklanması, 4. Bası, Kaynak Yayınları, 2008.
- PETAK, Zdravko/MATAKOVİĆ, Hrvoje: “Party Finance Regulation: Causes, Instruments and Impact”, Acta Universitatis Danubius Juridica, (1), 2015, s.98-114.
- PETER, Smuk: Constitutional Approach To The Public Financing Of Political Parties and Election Campaigns, Gondolat, 2016.
- PİCCİO, Daniela R./INGRİD, Van Biezen: “More, and More Inclusive Regulation: The Legal Parameters of Public Funding in Europe”, in Boatright, Robert G. (ed.), The Deregulatory Moment? A Comparative Perspective on Changing Campaign Finance Laws, University of Michigan Press, 2016.
- PODOLNJAK, Robert: “Money and Politics: Legally Regulating the Financing of Political Parties and Election Campaigns in Comparative Perspective”, Zagreb Law Review, 11(1), 2022, s.20-44.
- SAĞLAM, Fazıl: Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
- SANTANO, Ana Claudia: “Partidos Políticos, Campañas Electorales y Mecanismos de Financiación en el Derecho Comparado”, Revista De Derecho Público, (82), 2015, s.275-298.
- TAŞAR, M.Okan: “Demokrasinin Finansmanı: Siyasi Partilerin Gelir Kaynakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(3-4), 2003, s.341-351.
- TBMM Tutanak Dergisi: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d19/c088/tbmm19088123ss0861.pdf>, (Erişim: 28.12.2023).
- TBMM Tutanak Dergisi: <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c013/tbmm18013078.pdf>, (Erişim: 29.12.2023).
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- TİKVEŞ, Özkan: “Partilere Yapılan Devlet Yardımının Hukuki Yönü”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 37(1-4), 1971, s.143-160.
- UZUN, Cem Duran: Anayasa Hukuku Açısından Siyasi Partilerin Finansmanı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÜÇİŞİK, H. Fehim: “Parti İçi Demokrasi Açısından Yasa Değişikliği Gereği”, Anayasa Yargısı, 16, 1999, s.355-376.

WILTSE, David L./LA RAJA, Raymond J./APOLLONIO, Dorie E.: “Typologies Of Party Finance Systems: Comparative Study Of How Countries Regulate Party Finance and Their Institutional Foundations”, Election Law Journal, 18(3), 2019, s.243-261.

YÜKSEL, Nahit: Siyasetin Kamusal Finansmanı (Siyasi Partilere Devlet Yardımı), Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını, Ankara, 2007.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Şahap KAYMAK ve Ömer KESKINSOY, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Şahap KAYMAK and Ömer KESKINSOY, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedirler. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

YÜKSEK ENFLASYON DÖNEMİNDE İŞÇİ ALACAKLARI VE AŞKIN (MUNZAM) ZARAR

EMPLOYEE RECEIVABLES AND COLLATERAL (FURTHER) DAMAGES IN HIGH INFLATION PERIODS

Çağlar ÇOPUROĞLU*  

Makale Bilgi

Gönderi: 14/02/2024
Kabul : 15/06/2024

Anahtar Kelimeler

Munzam Zarar,
Enflasyon ve İşçi
Alacakları,
İşçi Ücreti ve
Enflasyon,
İşçi ve Munzam Zarar,
İşçinin Munzam Zararı,
İşçi Aşkın Zarar.

Article Info

Received: 14/02/2024
Accepted: 15/06/2024

Keywords

Collateral Damage,
Inflation and Labour
Receivables,
Employee Wages and
Inflation,
Workers and Collateral
Damage,
Collateral Damages of
Workers.

Özet

İşçilik alacakları parasal alacaklardır. Para borçlarında temerrüde düşen borçlunun, asıl alacak yanında temerrüt faizinden de sorumluluğu doğar. Temerrüt faizinin amacı, alacaklının alacağı zamanında ifa edilmemesi dolayısıyla uğradığı zararı telafi etmektir ancak yüksek enflasyon dönemlerinde bu mümkün olmamaktadır. Uzun yargılama süreleri ve paranın değerindeki düşüş, borcunu geç ifa eden borçlunun yararına olmaktadır. Bununla birlikte, temerrüt faizi ile giderilemeyen maddi zararın karşılanması için aşkın (munzam) zarar talebinde bulunmak mümkündür. Ne var ki yeknesak olmayan mevcut yargısal uygulamalar, aşkın zararın ispatını zorlaştırmakta, borcunu zamanında ifa etmeyen borçlunun lehine işleyen sistemi hakkaniyete aykırı olarak devam ettirmektedir. Anılan durum gerek ilgili kanunların düzenleme amacına gerek evrensel bir ilke olan “hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz” prensibine aykırıdır. Devlet tarafından da varlığı kabul edilerek dönemselsel olarak sürekli açıklanan enflasyon oranı, yüksek enflasyon döneminde paranın alım gücünü o kadar düşürmektedir ki, devlet kendi alacaklarının değer kaybını korumak için onları enflasyon oranına endeksleyen düzenlemeler yapmaktadır. Devletin kendisini böyle korumasına yol açan ekonomik veriler karşısında adı alacaklıların temerrüt faiziyle yetinmesini beklemek adalet ve hakkaniyet düşüncesiyle bağdaşmaz. Dava sonunda haksız bulunan tarafın kârlı ve mutlu, haklı bulunan tarafın ise zararda ve mutsuz olduğu bir yargılama ile adaletin sağlanabildiği söylenemez. İşçilik alacakları bakımından aşkın zararın varlığında, salt enflasyonun varlığı ve paranın değerindeki düşüş, başlı başına bir ispat vasıtası olarak kabul edilmeli ve işçilik alacakları korunmalıdır.

Abstract

Labour receivables are monetary claims. The debtor who defaults on monetary debts is liable for the default interest in addition to the principal. The purpose of the default interest is to compensate for the loss suffered by the creditor due to the failure of the borrower to repay the debt in time, but this is not possible in high inflation periods. Long trial periods and a decrease in the value of money are advantageous for the borrower fulfilling his debt late. Nevertheless, it is possible to file a claim for collateral (further) damages to cover the pecuniary damages that cannot be remedied with the default interest. However, existing judicial practices, which are not uniform, make it challenging to prove collateral damages, and the system that works in favour of the debtors who do not repay their debt on time continues unfairly. This situation contradicts the relevant laws' purpose and the universal principle that “no one can benefit from their own fault”. The inflation rate is accepted and periodically announced by the state and the state protects itself by regulations indexing its receivables to the inflation rate. It is incompatible with the idea of justice and equity to expect ordinary creditors to be content with default interest. It cannot be said that justice is established in a proceeding where the party found to be wrong at the end of the proceedings is in a position of gain and happiness, while the party found right is in a position of loss and unhappiness. In terms of collateral damages in labour receivables, the mere existence of inflation and the decline in the value of money should be considered as a means of proof in itself, and labour receivables should be protected.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ÇOPUROĞLU, Çağlar, “Yüksek Enflasyon Döneminde İşçi Alacakları ve Aşkın (Munzam) Zarar”, İnÜHFD, 15(1), 2024, s.201-213. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir.

| This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

This study has been conducted to discuss whether there are legal grounds for providing better protection for labour receivables during periods of high inflation. This is because the effective default interest rate in our country cannot prevent the decline in purchasing power during periods of high inflation. When the additional loss of the workers is not acknowledged during periods of high inflation, the non-performing party is found wrong but in profit, and the creditor is at a loss even though the court finds them right at the end of the litigation process.

In our study, the provisions of the legislation and the decisions of the higher judicial bodies on the subject have been analysed. Within this framework, various opinions in the Turkish Law doctrine have been addressed, the decisions of the Constitutional Court, the Court of Cassation and the European Court of Human Rights and the contradictions between these decisions have been identified, and inferences have been made as to which interpretation should be adopted. Thus, in light of the decisions of the European Court of Human Rights, this study aims to guide the non-uniform judicial practices in Türkiye in a way that protects labour receivables.

Labour receivables are monetary claims. The debtor who defaults on monetary debts is liable for the default interest in addition to the principal. The purpose of the default interest is to compensate for the loss suffered by the creditor due to the failure of the borrower to repay the debt in time, but this is not possible in high inflation periods. Long trial periods and a decrease in the value of money are advantageous for the borrower fulfilling his debt late. Nevertheless, it is possible to file a claim for collateral (further) damages to cover the pecuniary damages that cannot be remedied with the default interest. However, existing judicial practices, which are not uniform, make it challenging to prove collateral damages, and the system that works in favour of the debtors who do not repay their debt on time continues unfairly. This situation contradicts the relevant laws' purpose and the universal principle that *"no one can benefit from their own fault"*. In terms of collateral damages in labour receivables, the mere existence of inflation and the decline in the value of money should be considered as a means of proof in itself, and labour receivables should be protected.

It is beyond dispute that inflation reduces the value of money and affects purchasing power. With this aspect, inflation constitutes the most comprehensive and widespread form of damage not covered by default interest. Therefore, the difference between default interest and inflation constitutes the creditor's collateral damage. Proving the collateral damage concretely is only possible for actual damages. According to this view, the existence of high inflation should be considered as a presumption in terms of the existence of additional loss. As a matter of fact, publicly known facts need not be proved (Art. 187/2 of the CCP).

It would not be wrong to say that there is a tendency in the doctrine that inflation itself could be a subject of additional damage. Indeed, ignoring inflation leaves the right to property unprotected. According to this view, the provision in Article 122 of the TCO, by mentioning "damage in excess of the default interest", establishes that the damage may exceed the default interest and, in this case, the default interest could cover only a part of the damage, and regulates that this can be claimed. The fact that, contrary to the general rule for contractual obligations (Article 112 of the TCO), the burden of proof for receivables for the aforementioned additional damages is not placed on the creditor but, on the contrary, on the debtor to prove their fault, makes it clear that the provision is intended for damages not covered by interest for breach of contract. In addition, the title of the article containing the provision is "Consequences of Non-Performance of Debts", and it is clear that it covers the damages caused by the failure to fulfil any debts in due time, regardless of their source and which are not covered by interest. It is beyond dispute that inflation reduces the value of money and affects purchasing power. With this aspect, inflation is the most comprehensive and widespread form of damage not covered by default interest.

Both in its norm reviews and decisions for individual applications, the Constitutional Court has stated that receivables also fall within the scope of the right to property and that, in the event of late payment of receivables by the state, it is crucial for the rights of the individual and for public order that interest be paid at a rate not below the inflation rates, and that in the case of late payment of the receivables, if there is a noticeable erosion in the value of money due to inflation during the period that has elapsed, it is established that the real value of the property is diminishing and the persons are being deprived of the return of money as a means of saving or investment, and that this constitutes a violation of the right to property. At the same time, it can be said that the Court of Cassation generally seeks "concrete facts" to prove additional damages. According to this, the creditor has to prove concrete facts, such as the fact that they got into financial difficulties due to non-performance of the debt, that they used a loan to fulfil their own debt because of this difficulty, and that they even used this loan for this debt. However, there is no unity in the decisions of the Court of Cassation.

Indeed, the current practice causes Article 122 of the TCO not to be operated in line with its purpose and fails to fulfil its mission of creating deterrence on debtors and preventing the debtor from defaulting. The decline in the value of money and the decrease in the purchasing power cause the debtor in default to make gains and the creditor to suffer losses. For this reason, debtors now make effort to prolong the proceeding. The inflation rate, the existence of which is accepted and periodically announced by the state, reduces the purchasing power of money during the high inflation period so much that the state makes regulations indexing its receivables to the inflation rate in order to protect them against the loss of value. In the face of the economic data that leads the state to protect itself in this way, it is incompatible with the idea of justice and equity to expect ordinary creditors to be content with default interest. It cannot be said that justice is established in a proceeding where the party found to be wrong at the end of the proceedings is in a position of gain and happiness, while the party found right is in a position of loss and unhappiness.

I. GİRİŞ

Günümüzde ülkemizde yüksek enflasyon söz konusudur. Enflasyonun, paranın satın alma gücünü düşürdüğü tartışmasız bir gerçektir. Hâl böyle olunca, alacaklının temerrüt faizi ile karşılanmayan zararları ortaya çıkmaktadır. Ülkemizde yargılama sürelerinin uzunluğu da dikkate alındığında, gün geçtikçe alacaklının geciken alacaklarının, alacağın tahsili tarihinde borcun asıl ödenmesi gereken tarihe göre büyük değer kaybı yaşadığı/yaşayacağı açıktır. Bu durum, borçluların geç ifadan ekonomik fayda elde etmeleri sonucunu doğurmaktadır.

Temerrüt faiziyle karşılanmayan zararları gidermeye yönelik bir düzenleme olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda aşkın (munzam) zarar yer almaktadır. Ancak aşkın zarar ile ilgili yargı uygulamaları yeknesak değildir. Zararın ispatı noktasında birbirinden ayrılan yargısal uygulamalar, hukuki güvenlik ve işçilik alacaklarının korunması bakımından değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Nitekim değişen koşullar, yeni hukuki yorumlar gerektirir.

Bu çalışmada aşkın zarara ilişkin yasal düzenlemeler ile konuyla ilgili yüksek mahkeme kararları ele alınacak ve sorunun çözümüne yönelik önerilerimiz yer alacaktır.

II. AŞKIN ZARARIN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Para borçlarında temerrüde düşen borçlu alacaklıya, borcunun yanı sıra temerrüt faizi ödemek zorundadır (TBK m.120; 3095 sK. m.2). Doğrudan kanundan doğan faize ilişkin anılan düzenleme bir yandan alacaklının, parasının borçlunun elinde bulunması sebebiyle ondan yararlanıp değerlendirme olanağından yoksunluğu sebebiyle oluşan zararını karşılaması, diğer yandan sebepsiz zenginleşmiş ve karşılıksız kredi kullanmış borçlunun buradan elde ettiği zenginleşmeyi iade etmesi fikrine dayanır¹. Ancak bazen, alacaklının para borçlarında borçlunun temerrüdü dolayısıyla uğradığı maddi zarar, temerrüt faizi ile karşılanamaz. Anılan durum, yüksek enflasyon dönemlerinde çok daha belirgindir.

Temerrüt faiziyle karşılanmayan zararları gidermeye yönelik bir düzenleme olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda aşkın (munzam) zarar yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 122. maddesinde düzenlenen "Aşkın Zarar" başlıklı hükmün ilk fıkrası uyarınca: "Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür." Bu anlatıma göre aşkın zarar, temerrüt faizini aşan zarardır².

Aşkın zarar, para borçları için söz konusudur. Asıl alaktan bağımsız, ek zarar niteliği taşır ve özü itibarı ile alacak hakkıdır ve alacaklı, borcun zamanında ifa edilmemesi dolayısıyla zarara uğramakta olduğundan, hukuki niteliği bakımından müspet zararın bir türü olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla fiili zararın yanı sıra, yoksun kalınan kâr da aşkın zararın konusunu oluşturabilir.

Aşkın zarar asıl dava ile birlikte veya daha sonra, zamanaşımı süreleri içinde talep edilebilir. Zamanaşımı alacağın muaccel olmasıyla başlar³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre "Asıl borçtan bağımsız olan bu zararın BK'nın 125. maddesinde düzenlenen (10) yıllık zamanaşımı süresi içerisinde borçludan istenilmesi mümkündür"⁴.

III. AŞKIN ZARARIN KOŞULLARI

TBK'nın 122. maddesi uyarınca, aşkın zararın talep edilebilmesi için üç koşulun varlığı; alacaklının temerrüt faizini aşan zararının oluşması, borçlunun temerrüde kusuru ile düşmüş olması ve bu ikisi arasında illiyet bağının bulunması gerekir.

A. Zararın Temerrüt Faizini Aşması

Para borçlarında karşımıza çıkan temerrüt faizi, asıl alacağa bağlı fer'i haktır. Sözleşmeyle belirlenebileceği gibi, taraflarca yapılmış belirleme yoksa mevzuata göre belirlenir. Türk Borçlar Kanunu'nun 120. maddesinde yer alan düzenlemeye göre:

"Uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranı, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.

Sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranı, birinci fıkra uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamaz. Akdî faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdî faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdî faiz oranı geçerli olur."

Doğrudan kanundan doğan temerrüt faizinin talep edilebilmesi için zararın doğmuş veya borçlunun kusurlu olması gerekmez. Dolayısıyla enflasyonun eksi değerler taşıdığı ve paranın alım gücünün her gün yükseldiği bir dönemde dahi, temerrüt faizi talep edilebilir. Borçlunun asıl borcunun yanı sıra, bir de ona bağlı yeni borcun doğmasıyla, borcunu zamanında ifa etmemekten fayda sağlayamaması düşüncesi, düzenlemenin temel hareket noktasıdır. Dolayısıyla burada temel amaç temerrüdü önlemek ve borçluyu ifaya zorlamaktır.

Düzenlemeye göre, temerrüt faizi yasal ve sözleşmesel olarak iki şekilde söz konusu olabilir. Sözleşmesel temerrüt faiz oranı, TBK'nın 120. maddesinin 2. fıkrasına göre, yasal faiz oranının iki katından daha fazla olamaz. Buna göre temerrüt faizine bir üst sınır getirilmiş olup konu emredici olarak düzenlenmiştir. Zararı, sözleşmeyle belirlenen oranın karşıladığından daha fazla olan alacaklı, bunu yine

¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.1244.

² EREN, s.1251; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s.519.

³ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022, s.924.

⁴ YHGK, 07.02.2007, E.2007/11-55, K.2007/53, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 08.07.2023).

aşkın zarar hükümlerine göre talep edebilir.

Bu bilgiler ışığında denilebilir ki aşkın zararın konusu, alacaklının temerrüt faizi ile karşılanmayan zararlarıdır. Buradaki zarar, borçlunun temerrüde düştüğü tarihten başlayarak, fiili ödeme gününe kadar olan zararları kapsar.

B. Borçlunun Temerrüde Kusuruyla Düşmüş Olması

Borçlunun aşkın zarardan sorumlu tutulabilmesi için, temerrüde kusuru ile düşmüş olması gerekir. Kusurun derecesinin herhangi bir önemi yoktur; dolayısıyla temerrütte kasıt, ağır veya hafif ihmal olması sonuca etkili değildir. Borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için kendisine hiçbir kusurun yükletilemeyeceğini ispat etmesi gerekir⁵.

Temerrüt ile birlikte, borçlu TBK'nın 118. maddesi uyarınca karine olarak kusurludur. Nitekim anılan hükme göre: "Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç, ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür." Dolayısıyla ispat yükü borçludur. Borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir. TBK'nın 122. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, "Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür." Görüldüğü gibi, aşkın zararda ve temerrüde düşmede kusura ilişkin ispat yükünde durum aynıdır.

İşçi işveren ilişkisi bakımından işverenin kusurunu ortadan kaldıracabilecek durumlara örnek olarak; bankaya işçi ücretlerini yatırmak üzere gitmekte olan mutemedin yolda saldırıya uğrayarak içi para dolu çantanın gasp edilmesi, bankacılık sisteminde oluşabilecek bir arızadan dolayı ödemelerde yaşanabilecek gecikmeler, somut durumun özelliğine göre doğal afetler gösterilebilir. Ancak hukuki nitelendirmede yanılma ve benzeri ihmali durumlarda işveren kusurludur. Örneğin işverenin işçinin alacağı olmadığı yönündeki düşüncesi, onun kusurunu ortadan kaldırmaz. Nitekim işveren, yürüttüğü iş ile ilgili mevzuatı bilmekle yükümlüdür.

Buraya kadar yazılanlar, işverenin işçilik alacaklarının varlığını umursamaması ve/veya enflasyondan yararlanarak borcunu ödemeyi planlayarak geciktirmesi gibi durumlarda evleviyetle geçerlidir. Zira bu gibi durumlarda, yukarıda anlatılanlara göre daha ağır kusur olan kasıt söz konusudur.

C. İlliyyet Bağı

Aşkın zarardan söz edebilmek için, borçlunun temerrüdü ile alacaklının temerrüt faizini aşan zararı arasında uygun neden sonuç ilişkisi gerekir⁶. Burada alacaklının uğradığı zarar, borçlu borcunu zamanında ifa etmiş olsa idi ortaya çıkmayacak zarardır. Diğer bir deyişle alacaklının anılan zararının sebebi, borçlunun temerrüdü olmalıdır. İlliyyet bağına ilişkin tartışmalara aşağıda, ispat konusu tartışılırken ayrıntılı olarak değinilecektir.

IV. AŞKIN ZARARIN İSPATI

Aşkın zararın ispatı, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde yer alan genel hüküm gereğince alacaklıya aittir⁷. Dolayısıyla işçilik alacakları zamanında ödenmeyen işçi, temerrüt faizini aşan zararını ispatla yükümlüdür. Zararın ispatı konusu problemlidir. Aşağıda bu konudaki öğreti görüşleri ile Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi uygulamaları ele alınacaktır.

A. Öğretide Durum

Öğreti aşkın zararın ispatı konusunda ikiye bölünmüştür. Bir görüşe göre aşkın zarar somut olarak ispat edilmelidir⁸. Alacaklının zararı somut olarak ispat edilmeksizin, enflasyon gibi verilere dayalı olarak aşkın zararı kabul etmek, kanun koyucunun yerine geçmek ve yasal faizi enflasyon oranına yükseltmek anlamını taşır⁹. Diğer bir görüşe göre ise para borçlarında alacaklı, borçlunun temerrüde düşme ihtimalini, paranın değer kaybedebileceğini ve kanun koyucunun belirlediği temerrüt faizini bilebilecek durumdadır. Bu nedenle para borçlarında aşkın zararın ispat vasıtası olarak enflasyon gibi soyut veriler dikkate alınmamalıdır¹⁰. Soyut ispatın kabulü ile hemen hemen her alacak davasının aşkın zarar talebiyle yeni bir dava doğuracağı da belirtilmektedir¹¹.

Öğretide yukarıda yer verilen görüşlere karşıt olarak, enflasyonun başlı başına aşkın zarara konu olabileceğine ilişkin bir eğilimin varlığı söylenebilir¹². Nitekim enflasyonu görmezden gelmek, mülkiyet hakkını korumasız bırakır¹³. Bu görüşe göre TBK'nın 122. maddesi hükmü, "temerrüt faizini aşan bir zarar"dan söz ederek, zararın temerrüt faizini aşabileceğini ve bu durumda temerrüt faizinin yalnızca zararın

⁵ EREN, s.1254; OĞUZMAN/ÖZ, s.520.

⁶ EREN, s.1254.

⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.519; KILIÇOĞLU, s.911; ANTALYA, s.528-529; FURRER, Andreas/MULLER-CHIN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.678.

⁸ EREN, s.1252; ZEYTİNOĞLU, Erol: "Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 4(8), 2005, s.262.

⁹ ALTAŞ, Hüseyin: "Munzam Zararda İspat Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50(1), 2001, s.128; AKÇAAL, Mehmet: "Güncel İçtihatlar Işığında Munzam Zarar", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XII(2), 2022, s.1092.

¹⁰ KESER, Yıldırım: "Aşkın Zararın İspatı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2020, s.493; AKÇAAL, s.1078-1079.

¹¹ KESER, 493.

¹² OĞUZMAN/ÖZ, s.520.

¹³ DUMAN, Özgür: "Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6(12), 2018, s.414.

bir kısmını karşılayabileceğini öngörür ve bunun talep edilebileceğini düzenler. Anılan aşkın zararın talep edilmesinde ispat yükünün sözleşmeden doğan sorumluluklardaki genel kuraldan (TBK m.112) ayrılarak alacaklıya yüklenmemesi, aksine borçludan kusursuzluğunu kanıtlamasının istenmesi noktalarından, hükmün sözleşmeye aykırılık nedeniyle faizle karşılanmayan zararlar için konulduğu anlaşılabilir. Ayrıca kanunda hükmün yer aldığı başlık “Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları”dır ve kaynağı fark etmeksizin tüm borçların zamanında ifa edilmemesi sebebiyle oluşan ve faizin karşılamadığı zararları kapsadığı açıktır¹⁴.

Enflasyonun paranın değerini düşürdüğü ve alım gücünü etkilediği tartışma dışıdır. Bu özelliğiyle enflasyon, temerrüt faiziyle karşılanmayan en kapsamlı ve yaygın zarar halidir¹⁵. Dolayısıyla temerrüt faizi ile enflasyon arasındaki fark, alacaklının aşkın zararını oluşturur¹⁶. Aşkın zararın somut olarak ispatlanabilmesi, ancak fiili zararlar için söz konusu olur¹⁷. Bu görüşe göre hal böyleyken yüksek enflasyonun varlığı, aşkın zarar bakımından karine olarak kabul edilmelidir. Nitekim herkesçe bilinen vakıaların ispatı gerekmez (HMK m.187/2).

Gerçekten mevcut uygulama, TBK’nın 122. maddesinin amacına uygun olarak işletilememesine neden olmakta, borçlular üzerinde caydırıcılık oluşturmak ve borçlunun temerrüde düşmesini engellemek görevini yerine getirememektedir. Para değerindeki düşmeler, alım gücünün azalması, mütemerrit borçluya kazanç sağlamakta, alacaklıyı ise zarara uğratmaktadır¹⁸. Bu sebeple borçlular “davaların uzaması için her türlü gayreti sarf eder olmuştur”¹⁹.

Devlet tarafından varlığı kabul edilerek dönemsel olarak sürekli açıklanan enflasyon oranı, yüksek enflasyon döneminde paranın alım gücünü o kadar düşürmektedir ki devlet kendi alacaklarının değer kaybını korumak için onları enflasyon oranına endeksleyen düzenlemeler yapmaktadır. Devletin kendisini böyle korumasına yol açan ekonomik veriler karşısında adi alacaklıların temerrüt faiziyle yetinmesini beklemek adalet ve hakkaniyet düşüncesiyle bağdaşmaz²⁰. Bu görüş kapsamında enflasyon gibi verilere dayalı olarak aşkın zararı kabul etmek, kanun koyucunun yerine geçmek ve yasal faizi enflasyon oranına yükseltmek anlamına gelmez; zira munzam zararın tazmini borçlunun kusuruna bağlı olduğundan, yasal faiz oranının uygulanma alanı yok olmayacaktır²¹.

Somut ispat yönteminin hemen hemen bütün davalarda yeni bir dava doğuracağı düşüncesi yerine, asıl mevcut durumun, borcu ödememek avantajlı olduğundan, alacak davalarına sebep olduğu düşünülebilir. Yargılama sonucunda zararlı çıkacağını bilen taraf, kendisine dava açılmadan borcunu ödemeyi tercih edebilir ve zaten bir süre sonra ifayı kasıtlı olarak geciktirmenin herhangi bir yarar sağlamadığını gören borçlularda zamanla disiplin gelişerek, anılan pesimist düşüncenin aksine mahkemelerin dava yükü hafifleyebilir²².

Tüm bu sebeplerle anılan görüşe göre, somut zararın ispatı adil ve kolay olmadığından, alacaklının bu konudaki yükünün hafifletilerek paranın alım gücündeki düşüş, karine olarak kabul edilmelidir. Ancak paranın değeri dışındaki zararlar faiz zararı sayılabilir ve yüksek faizle döviz almış veya kredi kullanmış olmak gibi bu hallerle sınırlı olmak üzere somut ispata burada başvurulması uygun olur²³.

B. Yargıtay’ın Görüşü

Yargıtay’ın aşkın zararın ispatı konusunda genel olarak “somut olgular” tabirini kullanarak “kişi özelinde” ispat aramakta olduğu söylenebilir. Buna göre alacaklının, borcun ifa edilmemesi dolayısıyla mali güçlük içine düşmüş olması, bu güçlük dolayısıyla kendi borcunu ifa etmek üzere kredi kullanmış olması ve hatta kullandığı krediyi de bu borç için kullandığı gibi somut hususları ispat etmesi gerekir²⁴. Dolayısıyla bu görüşe göre enflasyon, aşkın zararın gerçekleştiğini ispata yetmez.

Konuyla ilgili Yargıtay kararlarında birlik yoktur. Örneğin, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, istikrarlı şekilde yukarıda anılan görüşte iken, aşağıda ele alacağımız Anayasa Mahkemesi kararından sonra içtihadını değiştirmiş ve enflasyonun varlığı halinde, döviz kurları, mevduat faizleri ve devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ve getirilerinin temerrüt faizinden fazla olması durumunda, aradaki farkın aşkın (munzam) zarar kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir²⁵.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, kuyumcu olan davacının, altın fiyatlarındaki artışın temerrüt faizini aşmış olması durumunda, hayatın olağan akışı ve mesleki gereklilikler dolayısıyla altın alacağının kabulüyle, aşkın zararın kabulüne hükmetmiştir²⁶. Daha sonraki tarihli başka kararında

¹⁴ KILIÇOĞLU, s.910; BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, s.210 vd.; TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s.944.

¹⁵ KILIÇOĞLU, s.911; aynı yönde: NEBİOĞLU Öner, Şebnem: “Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar”, TBB Dergisi, (165), 2023, s.112 vd.

¹⁶ ŞENYÜZ, Doğan: Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 10. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2001, s.194; FURRER/MULLER-CHIN/ÇETİNER, s.679.

¹⁷ AYRANCI, Hasan: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.144.

¹⁸ KILIÇOĞLU, s.912.

¹⁹ YILMAZ, Ejder: Adli Yazı ve Yazışma Usulleri, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.52.

²⁰ KILIÇOĞLU, s.923.

²¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.520, dp.597.

²² GÜNERGÖK, Özcan: “Paranın Değer Kaybı Bağlamında Aşkın Zarar”, İMHFD, C. 9, S. 1, 2024, s. 208.

²³ ANTALYA, s.530.

²⁴ EREN, s.1252-1253.

²⁵ Yargıtay 15.HD., 15.03.2021, E.2020/967, K.2021/859, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 12.12.2023).

²⁶ Yargıtay 11.HD., 09.12.2014, E.2014/731, K.2014/19357, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 12.12.2023).

“enflasyonun gündemde olmadığı ve döviz kurlarının da istikrar kazandığı dönemlerde, aşkın zararda somut olgularla ispat aranmalı iken, yüksek enflasyon dönemlerinde bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba içinde bulunacağı ve vadeli mevduat veya kurları sürekli olarak yükselen döviz varlığına yönelmesi, hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine uygun olacağından, enflasyonun varlığı soyut olarak aşkın zararın kabulü için yeterli kabul edilmelidir”²⁷.

Görüşü ile hüküm kuran 11. Daire, daha sonra bu içtihatlarından dönmüş ve aşağıdaki şekilde hüküm vermiştir:

“Aşkın (munzam) zararın talebinde varlığı iddia olunan zararın, yine alacaklı tarafından yasal ispat vasıtalarıyla somut, inanılır ve açık bir biçimde ispatlanması gerekir. Başka bir anlatımla, alacaklı tarafça aşkın (munzam) zarar olgusu, 6100 sayılı Kanun’un 194 üncü maddesi gereğince ispata elverişli şekilde somutlaştırılarak ileri sürülen iddianın ispatı için gerekli tüm deliller somut olarak ortaya konulmalıdır. Bu itibarla salt ülkenin ve piyasanın içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklardan olan enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki düşüş gibi olgulara dayalı olarak ileri sürülen aşkın (munzam) zarar talebi, alacaklının bu sebeple zarara uğradığını açık ve somut bir biçimde iddia ve ispat etmediği müddetçe, 6098 sayılı Kanun’un 122 nci maddesi kapsamında aşkın (munzam) zararın kanıtı olarak ileri sürülemez ve anılan şartlar sebebiyle ortaya çıkan olumsuzluklar alacaklı zararı olarak kabul edilemez. Dolayısıyla 6098 sayılı Kanun’un 122 nci maddesinde karşılanması öngörülen faizi aşan aşkın zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri, paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma) dışında davacının durumuna özgü somut vakıalarla ispatlanması gerekir”²⁸.

Yargıtay, konuya ilişkin diğer kararlarında aşkın zararın ancak somut verilerle ispat edilebileceği yönünde hüküm kurmaktadır. Örneğin Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’ne göre aşkın zarar, maddi vakıalar ve belgelerle ispatlanabilir²⁹. Aynı yönde hüküm veren diğer daire kararları da somut olarak ortaya konulmayan aşkın zarar talebinin reddine hükmetmiştir³⁰. Bu görüşe göre enflasyon, döviz kurlarındaki artış gibi olgular, davacıyı somut ispat yükünden kurtarmaz³¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, konuya ilişkin yakın tarihli kararında, aşkın zararın soyut ve varsayıma dayalı şekilde talep edilemeyeceği, somut olarak ispatının gerektiği, kaldı ki aksine yorumun kanun koyucunun temerrüt faizine ilişkin takdirinin ve düzenlemesinin zımnen yanlış olduğunu kabul etmek anlamına geleceğine hükmetmiştir. Anılan karara göre:

“Aşkın (munzam) zararın talebinde varlığı iddia olunan zararın, yine alacaklı tarafından yasal ispat vasıtalarıyla somut, inanılır ve açık bir biçimde ispatlanması gerekir. Başka bir anlatımla alacaklı tarafça aşkın (munzam) zarar olgusu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 194. maddesi gereğince ispata elverişli şekilde somutlaştırılarak ileri sürülen iddianın ispatı için gerekli tüm deliller somut olarak ortaya konulmalıdır. Bu itibarla salt ülkenin ve piyasanın içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklardan olan enflasyon, yüksek faiz, para değerindeki düşüş gibi olgulara dayalı olarak ileri sürülen aşkın (munzam) zarar talebi, alacaklının bu sebeple zarara uğradığını açık ve somut bir biçimde iddia ve ispat etmediği müddetçe, TBK’nın 122. maddesi kapsamında aşkın (munzam) zararın kanıtı olarak ileri sürülemez ve anılan şartlar sebebiyle ortaya çıkan olumsuzluklar alacaklı zararı olarak kabul edilemez... Başka bir anlatımla yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu, paranın satın alma gücünde meydana gelen azalma, davacıyı ispat yükünden kurtarmayacağı gibi herhangi bir ispat kolaylığı da sağlamaz. Bu itibarla ülkenin içinde bulunduğu ekonomik olumsuzluklardan hareketle ileri sürülen soyut ve varsayıma dayalı zarar iddiaları hükme esas alınmaz...”

Ayrıca bir para borcunun ödenmesinde temerrüde düşülmesinden dolayı alacaklının zarara uğrayacağı kabul edilerek bu zararın, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik durum dikkate alınarak belli bir oranda olacağı benimsenmiş ve TBK’nın 120. maddesi yollaması ile 3095 sayılı Kanun’un hükümleri çerçevesinde temerrüt faiz oranları belirlenmiştir. Buradan hareketle kanun koyucu tüm bu ekonomik olumsuzlukları değerlendirip, bunların doğuracağı zarar dolayısıyla tazminat oranını T.C. Anayasası’ndan aldığı yasa yapma yetkisine dayanıp temerrüt faizi olarak belirlemiş iken, zımnen bu takdirin yerinde olmadığı ileri sürülüp sadece aynı ekonomik göstergelere dayanılarak tazmin edilecek zararın geçmiş günler faizinden fazla olduğu kabul edilemez”³².

Belirtelim ki, Yargıtay Genel Kurulu’nun konuyla ilgili olarak daha önce vermiş olduğu nispeten yakın tarihli kararlar da aynı yönde idi. Ancak anılan içtihatla aşağıda inceleyeceğimiz Anayasa Mahkemesi kararına atıfla karşı oy yazılmış ve anılan karşı oyda yüksek enflasyon dönemlerinde munzam zararın varlığının karine addedilmesi gerektiği görüşü dile getirilmişti³³. Hukuk Genel Kurulu’nun 2007 ve 1999’daki kararlarında ise yüksek enflasyon durumunda aşkın zararın karineten kabulünün gerektiği hükmü bağlanmıştı³⁴. Anılan dönemlerde Hukuk Genel Kurulu görüşü şu şekilde ifade edilmişti:

“Ülkemizde süregelen hiperenflasyonun yüzde yüzlerde seyrettiği, vadeli mevduatların en az bu oranlarda gelir getirdiği, yabancı para değerinin (kurların) her zaman temerrüt faiz oranlarını aştığı,

²⁷ Yargıtay 11.HD., 29.04.2019, E.2018/1512, K.2019/3201, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 14.12.2023).

²⁸ Yargıtay 11. HD., 16.03.2023, E.2021/6204, K.2023/160, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 10.11.2023).

²⁹ Yargıtay 5.HD., 13.11.2014, E.2014/10900, K.2014/26089, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 16.12.2023).

³⁰ Yargıtay 19.HD., 09.03.2015, E.2014/6154 K.2015/3225; Yargıtay 13.HD., 30.05.2015, E.2016/10665 K.2019/6982 www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 16.12.2023).

³¹ Yargıtay 3.HD., 10.03.2022, E.2022/691, K.2022/2136; Yargıtay 17.HD., 01.11.2016, E.2014/13329, K.2016/9629; Yargıtay 11.HD., 16.03.2023, E.2021/6204, K.2023/1610 ve karşıoy www.lexpera.com.tr, (Erişim: 07.07.2023).

³² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.03.2022, E.2021/938, K.2022/401, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 16.01.2023).

³³ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.12.2021, E.2017/18-2800, K.2021/1629, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 16.01.2023).

³⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.02.2007, E.2007/11-55, K.2007/53 www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 16.01.2023).

banka kredilerinin yüzde iki yüze kavuştuğu, paranın iç alım (satım) alma değerinin büyük ölçüde azaldığı tartışmasız, yaşanan bir gerçek olduğu çok açıktır. Böyle bir enflasyonist ortamda bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba ve girişimlerde bulunması örneğin en azından vadeli mevduat veya kurları devamlı yükselen döviz yatırımlarında değerlendirmesi, olayların normal akışına, hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olarak kabul edilmesi zorunludur. Gerçekte de, anlatılan enflasyonist ortamda yaşayan makul, normal bir kişinin parasını atıl biçimde elde tutmayacağı, gelir getirici bir yatırıma dönüştüreceği, insan yapısının ve menfaatlerini koruma içgüdüsünün de tabii bir sonucudur. Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki sonuçları kamuca az veya çok herkesin bildiği, en önemlisi gerekli olduğu taktirde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerinde bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerekir. Yasal deyimini ile “MARUF VE MEŞHUR” vakıalardır ve bunların ispatına gerek yoktur (HUMK.md.238/2)³⁵.

Durum böyle iken konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’na intikal etmiş, ancak içtihadın birleştirilerek konunun “tek bir ispat vasıtasına bağlanması”nın hakim delilleri serbestçe takdir edip vicdani kanaatine göre hüküm kurmasını öneren yasa kuralı ile sınırlandırılacağı gibi, hukukun zaman içinde gelişimini de önleyeceği” sonucuna varılmıştır³⁶. Halbuki konunun tek ispat vasıtasına bağlanması değil, ispat vasıtalarından birisi olan enflasyonun yeterli sayılması da seçenekler arasındaydı. Hâl böyle olunca konu Yargıtay tarafından çözülmemiştir.

C. Anayasa Mahkemesi’nin Görüşü

Anayasanın 35. Maddesi uyarınca “herkes, mülkiyet hakkına sahiptir. Mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Anayasa Mahkemesi’ne göre mülkiyet hakkı,

“ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır. (AYM, 01/07/2015, E.2015/39 K.2015/62, §20) ... kişiye başkasına zarar vermemek ve kanunların öngördüğü sınırlamalara uymak koşuluyla sahip olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, onun semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme imkanı veren bir haktır (Mehmet Akdoğan ve diğerleri §32) Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, onun semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (Recep Turhan ve Afife Turhan, B. No: 2014/1546, 02/02/2017 § 53).³⁷

Bu itibarla Anayasa Mahkemesi, gerek norm denetimi gerek bireysel başvuru kararlarında, alacakların da mülkiyet hakkı kapsamında yer aldığı ve devletçe alacakların geç ödenmesi durumunda enflasyon oranları altında olmayan bir faiz ödemesinin bireyin hakları ve kamu düzeni bakımından önem taşıdığını belirtmiştir³⁸. Yüksek Mahkeme, geçtiğimiz yıl vermiş olduğu bir kararında, alacağın geç ödenmesi durumunda arada geçen süre zarfında enflasyon sebebiyle paranın değerinde hissedilir aşınmanın varlığı durumunda, mülkiyetin gerçek değerinin azaldığı ve kişilerin paranın tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden mahrum kalacağını tespit etmiştir. Bunu mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendiren Anayasa Mahkemesi, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 4650 sayılı Kanunla değişik 10. maddesinde yer alan “Kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davanın dört ay içinde sonuçlandırılmaması halinde tespit edilen bedele bu sürenin bitimi tarihinden itibaren kanuni faiz işletilir” hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir³⁹.

Anayasa Mahkemesi, munzam zarara ilişkin vermiş olduğu 2017’deki kararında⁴⁰ ise özü itibari ile şu görüşlere yer vermektedir:

“Ekonomilerde bir değişim vasıtası olan para, çeşitli ticari, sınai, zirai vs. faaliyetlerde kullanılmakla sahibine kazanç, kira, nema gibi yararlar sağlayan ekonomik bir değerdir. Paranın sahibi dışındaki kişi ve kuruluşlarca kullanılması, sahibinin bu ekonomik değeri mahrum bırakılması sonucunu doğurması yanında, enflasyon etkisinde olan ekonomilerde değerini yani alım gücünü enflasyon oranına bağlı olarak yitirmesine neden olur.

Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, Hazine bonusu ve devlet tahvili faiz oranlarının sabit yasal ve temerrüt faiz oranlarının çok üstünde gerçekleşmesi; borçlunun yararlanması, alacaklının ise zarara uğraması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle borçlu borcunu süresinde ödememekte; yargı yoluna başvurulduğunda da yargı süresini uzatma gayreti göstermekte; böylece yargı mercilerindeki dava ve takipler çoğalmakta, yargıya güven azalmakta, kendiliğinden hak alma düşüncesi yaygınlaşarak kamu düzeni bozulmakta, kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır (AYM, 15.12.1998, E.1997/34, K.1998/79).

Mülkiyet hakkı kapsamında alacağın geç ödenmesi durumunda arada geçen sürede enflasyon nedeniyle paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olan getirisinden yararlanmak imkanı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır (AYM, 10.02.2011, E.2008/58, K.2011/37)

Sonuç olarak başvurunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli

³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 10.11.1999, E.1998/13-353, K.1999/929, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 16.01.2023).

³⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 08.10.1999, E.1997/2, K.1999/1, www.yargitay.gov.tr, (Erişim: 16.01.2023).

³⁷ Anayasa Mahkemesi, 05.04.2023, E.2022/83, K.2023/69, RG:01.08.2023, 32266.

³⁸ Anayasa Mahkemesi, 15.12.1998, E.1997/34, K.1998/79; AYM, Abulhalim Bozboğa, B.N. 2013/6880, 23/03/2016; AYM, Ferda Yeşiltepe, B.N. 2014/7621, 25/07/2017; AYM, Hüseyin Müjdecı, B.N. 2017/34445, 16/03/2023.

³⁹ Bkz. yukarıda anılan AYM’nin 05.04.2023 tarih ve E.2022/83, K.2023/69 sayılı kararı, RG: 01.08.2023, 32266.

⁴⁰ AYM, Anı İnşaat ve Tic. Ltd. Şti. Başvurusu, B.N. 2014/2267, 21.12.2017, RG: 25.01.2018, 30312.

ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği kanaatine varılmıştır. Bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvurucunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamunun yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu değerlendirilmiştir.”

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesi ve mülkiyet hakkı kapsamında yapmış olduğu değerlendirme ile enflasyonun paranın alım gücünde önemli ölçüde azalmaya sebebiyet vermesini mülkiyet hakkının ihlali olarak yorumlamakta ve kişinin yargılama süresince mülkiyet hakkından mahrum bırakılmış olduğunu vurgulamaktadır. Yüksek Mahkemenin buradan yaptığı çıkarım ise, borçlunun bu durumdan kârli, alacaklının ise zararlı çıkacağı ve bunun yargı yükünü artıracığı gibi toplumsal güveni de zedeleyecektir. Anayasa Mahkemesi, yukarıda özet olarak verilen hükümle yeniden yargılama kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği yeniden yargılama kararı, ihlal edilen hakkın mümkün olduğunca eski hale iadesi amacını taşır. Dolayısıyla ihlal varsa ve yeniden yargılamada hukuki yarar varsa, başka deyişle yeniden yargılama ile ihlal ortadan kaldırılabilecekse Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama kararı verir⁴¹.

Yeniden yargılama kapsamında görülecek dava, yeni ve bağımsızdır. Bu davada, bir önceki davada ihlale sebep olan hususlar giderilmelidir. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu yeniden yargılama kararında belirtilen ihlal gerekçelerinin gereklerini tam olarak yerine getirmelidir. Usul veya maddi hukuk kuralarından kaynaklanabilecek ihlal, yeniden yargılama sonucunda giderildiğinde, mahkemenin mutlaka hükmünü değiştirmesi gerekmez. Ancak Anayasa Mahkemesi, hükmünde içtüzüğün 50. maddesinin ilk fıkrası uyarınca ihlalin nasıl giderileceğine ilişkin yapılması gerekenlere yer verebilir ve mahkemece kurulması gereken hüküm çok açık olabilir⁴². Bu durumda mahkeme, ihlali Anayasa Mahkemesi'nin gösterdiği şekilde gidermelidir.

Belirtelim ki Anayasa Mahkemesi, 15.12.1998 tarihli kararıyla 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 1,2 ve 4. maddelerinin iptal istemini hükme bağlamıştır. Enflasyonun altında temerrüt faizi düzenlemeleri içeren hükümler, Yüksek Mahkemece şu görüşlere yer verilmiştir:

“3095 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinin birinci fıkralarında, yasal ve temerrüt faiz oranı senelik %30 olarak belirlenmiş, maddelerin ikinci fıkralarında da belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda, bu oranın %80'ine kadar artırma ve eksiltme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilmiştir. Bakanlar Kurulu bu yetkiye dayanarak 1.1.1998 gününden geçerli olmak üzere %30 oranını %50'ye çıkarmıştır. Bu artırmaya karşın, yasal ve temerrüt faiz oranları banka mevduat faiz oranlarının çok gerisinde kalmıştır. Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi, hazine bonusu ve devlet tahvil faiz oranlarının sabit yasal ve temerrüt faiz oranlarının çok üstünde gerçekleşmesi borçlunun yararlanacağı alacaklının zarara uğraması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle, borçlu, süresinde borcunu ödememekte, yargı yoluna başvurulduğunda da yargı sürecini uzatma gayreti göstermekte, böylece yargı mercilerindeki dava ve takipler çoğalmakta, yargıya güven azalmakta, kendiliğinden hak almak düşüncesi yaygınlaşarak, kamu düzeni bozulmakta kişi ve toplum güvenliği sarsılmaktadır. İtiraz konusu kuralların borçlu yararına, alacaklı zararına sonuçlar doğurması, ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilediği gibi Hukuk Devleti ilkesini de zedelemektedir.”

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesine bakıldığında, yasal faiz oranının paranın değer kaybını karşılaması gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak 2005 yılında 5335 sayılı Kanunla 3095 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yapılan düzenleme şu şekildedir:

“Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır. Cumhurbaşkanı, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir.”

Bu düzenlemenin iptal edilen düzenleme ile neredeyse aynı olduğunu söylemek gerekir⁴³. Anayasa Mahkemesi'nin 2019'da bireysel başvuru üzerine verdiği bir kararında ise, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin TEFE, TÜFE-ÜFE oranları, banka vadeli mevzuat faiz oranları, döviz kurları, devlet tahvil faiz oranları, işçi ücretleri ve diğer yatırım araçları ile ilgili getiri bilgilerinin resmi kurumlardan öğrenilerek sonuca gidilmesi yönündeki içtihadına atıf yapmış ancak iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesi ile başvuruyu reddetmiştir⁴⁴.

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkında Enflasyonu Dikkate Alması

Mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1. Protokolünün 1. maddesi ile düzenlenir. Bu maddede mülkiyet hakkına dokunan müdahalelere karşı koruma yer alır. Protokol No. 1 madde 1'in ilk kısmında geçen malvarlığı/mülkiyet kavramı, hem mevcut malvarlığını hem de başvurucunun en azından meşru beklentisi olduğunu ileri sürebildiği talepleri de içeren tüm ekonomik değerleri içermektedir. Bu çerçevede malvarlığı, aynı haklar ile nisbi hakları kapsar. Terim taşınmaz ve taşınır mülkiyetini kapsadığı

⁴¹ GÜMÜŞAY, Ramazan: “Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak “Yeniden Yargılama” Kararı ve İcrası”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXII(1-2), s.96; EKMEKÇİ, Ömer/GEMALMAZ, H. Burak/ASLAN, Volkan/YILMAZ, Hilal: Anayasa Mahkemesine Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.43-45.

⁴² GÜMÜŞAY, s.97-98; EKMEKÇİ/GEMALMAZ/ASLAN/YILMAZ, s.48.

⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNERGÖK, 201 vd.

⁴⁴ AYM, Osman Akil Obdan Başvurusu, B.N. 2017/24810, 27.11.2019,30312 <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/24810>, (Erişim: 2.6.2024).

gibi diğer malvarlığı değerlerini de içine almaktadır⁴⁵. Bu çerçevede, meşru beklenti oluşturan talep edilebilir alacaklar da mülkiyet hakkı kavramına dahildir⁴⁶.

Protokolün 1. maddesi, mülkiyet hakkıyla ilgili üç kural içerir: İlk kural, genel niteliklidir ve mülkiyet dokunulmazlığına saygıdır; ikinci cümlede yer alan ikinci kural, mal ve mülkten yoksun bırakma konusunu ele alır ve bunu bazı koşullara bağlar; üçüncü kural ise devletlerin kamu yararını gözeterek kanunla mülkiyetin kullanımını sınırlandırabileceğini düzenler.

Bu çerçevede Mahkeme, 1 No.lu Ek Protokolün 1. maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar verirken, öncelikle bu bölüm kapsamına giren mülkiyet hakkının mevcut olup olmadığını, mülkiyete müdahale gerçekleşip gerçekleşmediğini ve nihayet müdahalenin niteliğini inceler ve uyumsuzluğun anılan üç kuraldan hangisi kapsamında ele alınması gerektiğini belirler⁴⁷.

1 No.lu Ek Protokolün 1. maddesi mülkiyet dokunulmazlığına saygı hakkını, Sözleşmenin 6 § 1 maddesi de mülkiyete ilişkin anlaşmazlıkların çözümü için hukukî yolları güvence altına almaktadır. Diğer deyişle ilk bölüm mülkiyet hakkına müdahalenin meşru sayılmasının şartlarını ortaya koyarken, ikinci bölüm ise müdahalenin kabul edilebilir olup olmadığı ile belirlenen mülkiyet haklarının adil belirlenip belirlenmediğine karar verilmesi için mahkemeye erişim ve adil yargılamayı garanti altına almaktadır. Dolayısıyla enflasyonist ortamda uzun yargılama süreleri mülkiyet hakkının ihlalinde dikkate alınmakta ve ihlal kararı için çoğu zaman yeterli olmaktadır⁴⁸.

Konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına bakıldığında, paranın değerindeki düşüşün mülkiyet hakkının ihlali olduğu yönünde kararlar göze çarpmaktadır. Anılan durumun telafisi için Mahkeme, hak ihlalini ve alacağı saptadıktan sonra, mahrum kalan alacağa Avrupa Merkez Bankası'nın ilgili dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına hükmetmektedir. Başvuruya konu somut olayın özelliklerine göre ayrıca maddi ve manevi tazminata hükmettiği de görülmektedir⁴⁹.

Örneğin AİHM, Aka-Türkiye⁵⁰ ve Andiçi-Türkiye⁵¹ davalarında, başvuranın maddi zararını değerlendirmek için gecikme faizi oranıyla (%30) yargılama sürecindeki ortalama enflasyon oranı (yıllık %67) arasındaki farkın göz önünde tutulması gerektiği kanaatinde olmuştur⁵². Anılan hükümde AİHM, başvuru zararının, gecikme faizinin enflasyon oranı karşısındaki yetersizliğiyle daha da arttığını belirtmekte, faiz ve enflasyon arasındaki farkın başlı başına bir maddi zarar olduğunu saptamaktadır. Anılan davada sözü geçen enflasyon oranı, son dönemde ülkemizdeki enflasyon oranıyla neredeyse aynıdır. Bununla birlikte buradaki kayıp, ülkemizde son iki yıldaki kayıptan azdır.

Okçu/Türkiye⁵³ davasında da AİHM, on beş yıl dört ay süren yargılama sonunda idarece başvurucuya tahsis edilen tazminatın, enflasyon oranı karşısında gecikme faizlerinin yetersiz kalması nedeniyle, büyük ölçüde değer kaybettiğini tespit etmiş ve başvuru zararının alacağın tam değerini elde etme imkânı bulamamasını, 1 No.lu Ek Protokolün 1. maddesinin birinci paragrafının ilk cümlesi anlamında mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir.

Sefine Baş/Türkiye⁵⁴ davasında AİHM, dul aylığına ilişkin maddi hakları geç ödenen başvuru zararının, paranın geçen süre zarfında maddi kayba uğradığını ve o dönemde Türkiye'de paranın hızla değer kaybetmesi göz önüne alındığında bunun çarpıcı şekilde görüldüğünü ifade etmektedir.

Zeytinli/Türkiye⁵⁵ davasında da AİHM aynı yönde karar vermiştir. Yedi yıl süren yargılama sonucunda, o dönemde enflasyon oranı %60 ilâ %96 arasındayken, uygulanan yasal faiz oranının %30 olduğunu göz önüne alan Mahkeme, mevcut davada tazminat bedeline uygulanan yasal faiz oranları ve asıl enflasyon oranı arasındaki farkın, başvuranın mali kayba uğramasına yol açtığı sonucuna varmıştır.⁵⁶ Yetiş ve Diğerleri-Türkiye davasında ise AİHM tarafından yıllar içinde oluşan değer kaybının %14,68 oranında olduğu tespit edilmiş ve bu oranın önemli bir değer kaybına yol açtığı değerlendirilmiştir.

Bu kararlardan anlaşılan, AİHM'in değerlendirme yaparken esas aldığı kriter, salt yargılamanın uzun sürmüş olması değil, paranın değerindeki düşüşün kayda değer olmasıdır. Örneğin on yıl süren yargılamada faiz ve enflasyon farkı dolayısıyla yılda %20 değer kaybeden alacak, sadece bir yıl süren başka yargılama

⁴⁵ STRASBOURG MAHKEMESİ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi, Malvarlığının/Mülkiyetin Korunması, Avrupa Konseyi/İnsan Hakları Mahkemesi, 2019, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_1_TUR s.8, (Erişim: 04.12.2023).

⁴⁶ Strasbourg Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi, s.8-9; DUMAN, s.418.

⁴⁷ GRGIC, Aida/MATAGA, Zvonimir/LONGAR, Matija/VILFAN, Ana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları Numara 10, Belçika 2007, s.11.

⁴⁸ GRGIC/MATAGA/LONGAR/VILFAN, s.18; Strasbourg Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi, s.36.

⁴⁹ Örnek olarak bkz. AİHM, Kanioglu ve diğerleri/Türkiye, B.N. 44766/98, 44771/98, 44772/98, 11/10/2005, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 02.01.2024).

⁵⁰ AİHM Aka/Türkiye, B.N. 19639/92, 23/09/1998, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 02.01.2024).

⁵¹ AİHM Andiçi/Türkiye, B.N. 27796/03, 04/03/2008, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 02.01.2024).

⁵² Aynı yönde AİHM, Fuklev-Ukrayna, B.N. 71186/01, 07/06/2005, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 02.01.2024).

⁵³ AİHM, Okçu/Türkiye, B.N. 39515/03, 21/07/2009, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 22.12.2023).

⁵⁴ AİHM, Baş/Türkiye, B.N. 49548/99, 22/09/2009; aynı yönde AİHM, Öneriyıldız/Türkiye, B.N. 48939/99, 30/11/2004, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 2.1.2024).

⁵⁵ AİHM, Zeytinli/Türkiye, B. No: 42952/04, 26/01/2010, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 05.01.2024).

⁵⁶ Aynı yönde AİHM, Timurlenk/Türkiye, B.N. 37758/08, 28/01/2020, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 04.01.2024); Çelebi/Türkiye ve Çağlayan'ın incelemesi, bkz. ÇAĞLAYAN Ramazan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "Yusuf Çelebi c. Turquie" Kararı ve Kısa Bir Değerlendirme, AÜHFD., V(1-4), 2001, s. 627 vd.

sürecinde aşırı yüksek enflasyon dolayısıyla %200 değer kaybedebilir. Dolayısıyla burada mülkiyet hakkının ihlali bakımından değerlendirilen husus süreç değil sonuçtur. Nitekim Yetiş ve Diğerleri/Türkiye başvurusunda değer kaybını %14,68 hesaplayan AİHM, bu kaybı ciddi bularak tazminata hükmetmiştir. Diğer kararlarında ise %10,74, %5 ve %3,67'lik oranlardaki değer kaybını makul bulmuştur⁵⁷. Ülkemizdeki mevcut ekonomik durumda ise, son iki yılda paranın değer kaybı daha önce hesabını gösterdiğimiz şekilde (en az) %40 civarındadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda ele aldığımız ve yeknesak olmayan yargı uygulamalarını Nejdett Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye⁵⁸ davasında şu ifadelerle değerlendirir:

“Mahkeme, mahkemeler bünyesindeki uygulamaların tutarlılığını ve içtihatların bir örnek haline getirilmesini sağlayacak mekanizmaların oluşturulmasının önemini birçok defa vurguladığını hatırlatmaktadır (yukarıda anılan Schwarzkopf ve Taussik kararı). Mahkeme, aynı şekilde, Sözleşmeciler Devletlerin yargı sistemlerini farklı kararların verilmesini engelleyecek şekilde düzenleme yükümlülüklerinin bulunduğunu belirtmiştir (Vrioni ve diğerleri/Arnavutluk, No. 2141/03, § 58, 24 Mart 2009, Mullai ve diğerleri/Arnavutluk, No. 9074/07, § 86, 23 Mart 2010, ve Brezovec/Hırvatistan, No. 13488/07, § 66, 29 Mart 2011).

...Mahkemenin söz konusu koşullara ilişkin değerlendirmesi, tutarlı bir şekilde, Sözleşme maddelerinin tamamında zımnen bulunan ve hukuk devletinin temel unsurlarından birini oluşturan hukuki güvenlik ilkesine dayandırılmıştır (bk., diğer kararlar arasında, yukarıda anılan Beian (No. 1) kararı, § 39, yukarıda anılan İordan İordanov ve diğerleri kararı, § 47, ve yukarıda anılan Ştefănică ve diğerleri kararı, § 31). Gerçekte, belirsizlik - ister yasal, ister idari veya makamlar tarafından uygulanan uygulamalarla ilgili olsun - Devletin davranışını değerlendirmek için dikkate alınması gereken bir faktördür (yukarıda anılan Păduraru kararı, § 92, yukarıda anılan Beian (No. 1) kararı, § 33, ve yukarıda anılan Ştefănică ve diğerleri kararı, § 32).

...Bu bağlamda, Mahkeme aynı zamanda, adil yargılanma hakkının, hukukun üstünlüğünü Sözleşmeciler Devletlerin ortak mirasının bir unsuru olarak belirten, Sözleşme'nin giriş kısmı ışığında yorumlanması gerektiğini hatırlatmaktadır. Oysa hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından biri, hukuki ilişkilerin güvenliği ilkesidir (Brumărescu/Romanya [BD], No. 28342/95, § 61, AİHM 1999-VII) ve bu ilke, özellikle davanın taraflarına, hukuki durumlara ilişkin belirli bir istikrarı sağlamayı ve halkın adalete olan güvenini desteklemeyi amaçlamaktadır (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis), yukarıda anılan Ştefănică ve diğerleri kararı, § 38).

...Nitekim içtihat farklılıklarının devam etmesi, halkın yargı sistemine olan güveninin hukuk devletinin temel unsurlarından birini oluşturmasına rağmen, bu güveni azaltacak nitelikte hukuki bir belirsizlik yaratabilecektir (yukarıda anılan Păduraru kararı, § 98, Vinčić ve diğerleri/Sırbistan, No. 44698/06 ve diğer başvurular, § 56, 1 Aralık 2009, ve yukarıda anılan Ştefănică ve diğerleri kararı, § 38).

...Mahkeme nazarında, bu farklılıklar, Yargıtay Dairelerinin incelemiş oldukları her davanın kendine özgü koşullarına bağlı değildir, ancak taban tabana zıt çözümlere yol açan, uygulanabilir ilkelere ilgili bir farklılığı ortaya çıkarmaktadır.

...Gerçekte, “derin ve sürekli” içtihat farklılıkları tespit edildiğinde, bunların ilke olarak, izlenmesi gereken yorumun belirlenmesiyle ve bunu yapmak için öngörülen mekanizmalar aracılığıyla içtihatların bir örnek haline getirilmesiyle çözülmesi gerekmektedir (bk., diğer birçok karar arasında, yukarıda anılan Beian (No. 1) kararı, §§ 37 ve 39).

...Bu hususta, Mahkeme, söz konusu içtihat farklılıklarının hem Hukuk Daireleri hem de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile ilgili olduğunu gözlemlemektedir.

...Mahkeme, ulusal hukukun bu türden bir farklılığa son vermeye yönelik olarak, BBK tarafından İBGK'ya başvurulması yönünde bir mekanizma sunduğunu tespit etmektedir.

...Mahkeme, Yargıtay bünyesindeki bu mekanizmaya, özellikle Türkiye Barolar Birliğinin talebi üzerine (yukarıda 36. paragraf), BBK tarafından 1997 yılında başvurulduğunu (yukarıda 38. paragraf), ancak İBGK ileri sürülen farklılıkların her davanın kendine özgü koşullarından kaynaklandığı ve BK'nın 105. maddesi anlamında munzam zarara ilişkin tek bir ispat yöntemini kabul ederek, hâkimin takdir yetkisini engellemeye gerek olmadığı kanaatine vararak, içtihatların birleştirilmesine gerek olmadığına karar vermiştir (yukarıda 39 ila 44. paragraflar).

...Yukarıda belirtilen değerlendirmeler, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varabilmesi için yeterlidir.”

Görüldüğü gibi AİHM, doğrudan mülkiyet hakkının ihlaline hükmetmediği durumlarda dahi, durumu adil yargılanma hakkının ihlali saymaktadır.

Mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkına yapılan bir müdahale, özel kişiler arasındaki bir uyuşmazlıktan kaynaklanabilir. Bu durumda dahi, devletin pozitif yükümlülükleri söz konusudur. Bu yükümlülükler mülkiyet haklarının kanun tarafından yeterince korunması ve müdahalenin mağdurunun tüm zararının karşılanabilmesine olanak tanıyan uygun hukuk yollarının sunulmasını sağlamaktır.⁵⁹ Dolayısıyla devletin mağdur tarafa, gerekli usulî güvenceleri sağlayan adli işlemler aracılığıyla, etkin bir şekilde haklarını aramasına izin veren uygun, yeterli bir mekanizmayı işletmesi

⁵⁷ AİHM, Güleç ve Armut/Türkiye, AİHM Arabacı/Türkiye ve Kurtuluş/Türkiye davaları, bkz. DUMAN, s.434.

⁵⁸ AİHM, Nejdett Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye, B.N. 13279/05, 20/10/2011, <https://hudoc.echr.coe.int>; aynı yönde AİHM, Ahmet Nihat Özsan Anonim Şirketi/Türkiye, B.N. 62318/09, 09/02/2021, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 12.12.2023).

⁵⁹ Strasbourg Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi, s.32; Bkz. AİHM, Blumberga/Litvanya, B.N. 70930/01, 14/10/2008, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 02.02.2024).

gerekir⁶⁰. Mevcut durumda ülkemizde, gerekli koruma bakımından etkin olmayan bir biçimde, yargılamaya sürerince geçen zaman içerisinde oluşan faiz-enflasyon farkı kadar mülkiyetin, borçluya geçirilmesi ve bunun yargı eliyle yapılması söz konusudur.

V. KARİNE İHTİYACI

Karine, bilinen olaydan bilinmeyen başka olayın varlığı ya da yokluğunun çıkarılmasıdır⁶¹. Bu çıkarın kanun gereği ya da hakim tarafından gerçekleştirilebilir. Bunlardan ilkinde yasal karine, ikincisine ise fiili karine adı verilir⁶².

Hâkimin, ispat bakımından fiili karine kullanımında özel uzmanlık gerekmez, genel hayat tecrübeleri çerçevesinde yapacağı belirleme yeterlidir⁶³. Fiili karinelere hayat tecrübesi denebilir. Örneğin Yargıtay kararlarında sıkça karşımıza çıkan “hayatın olağan akışı” terimi, hayat tecrübeleri çerçevesinde mahkemece oluşturulmuş bir fiili karinedir⁶⁴. Destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davalarda hayat tecrübelerine göre anne, baba ve çocuğun birbirlerine destek durumunun ispat edilmesine gerek olmaması da fiili karine kullanımına farklı örneklerdir⁶⁵.

Enflasyon oranının, temerrüt faiz oranını aşması durumunda aradaki farkın, alacaklının aşkın zararını oluşturacağı yönünde kanunda hiçbir karine bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu durum fiili karine olarak pekâlâ dikkate alınabilir. Enflasyonun paranın alım değeri üzerinde oluşturduğu negatif etki, herkesçe bilinen, özellikle ülkemizde ekonomiye ilişkin temel hayat tecrübelerindedir. Kaldı ki buradaki hayat tecrübesi, matematiksel doğrulanabilir niteliktedir. Basit bir örnekle, TÜİK’in 2022 yılı için açıklamış olduğu enflasyon verisini ele alalım: TÜİK verilerine göre 2022 yılı yıllık tüketici enflasyonu %64,27’dir. Buna göre alım gücündeki düşüşü belirlemek için sormamız gereken soru şudur: 100 liralık mallar 164.27 TL olduysa, artık 100 TL ile kaç liralık mal alınabilir? Bu sorunun cevabına şu formülle ulaşılabilir: $100 \times 100/164.27 = 60.87$ TL. Dolayısıyla 100 TL’lik alacağın, yukarıda verilen enflasyon oranıyla bir sonraki yıl alım gücü 60.87 TL olacaktır. Yine TÜİK verilerine göre 2023 yılı enflasyon oranı %64.77’dir. Buna göre fiyatı 164.27 TL’ye yükselen malların fiyatı da aynı formülle 2023 yılında 270.67 TL’ye çıkmıştır. Dolayısıyla baştaki 100 liranın alım gücü, iki yılın sonunda 36.94 TL’ye düşmüş olmaktadır. Mevduata uygulanan yıllık en yüksek faiz oranı ise 2022 yılında %28,37 iken 2023 yılı için %30 olmuştur.⁶⁶ Dolayısıyla iki yıl süren bir davada baştaki 100 liralık alacak 158,38 TL olarak ödenecektir. 270.67 TL ile 158,38 TL arasında $(100 - ((158.38/270.67) \times 100))$ paranın alım gücünün %41.4 eridiği görülmektedir. Kısacası, 100 liralık alacak için alacaklıya reel olarak 58.5 lira ödendiği hesapla ortadadır.

Yukarıdaki basit hesap devletçe kabul edildiğinden, 2016-2022 yılları arasında yılda bir kez belirlenen asgari ücret, günümüzde “ara zam” tabiri kullanılarak tekrar yılda iki kez belirlenmeye başlanmıştır⁶⁷. Bu sebeple hâkim, önüne gelecek uyuşmazlıklarda; ekonominin doğal sonucu olan, matematiksel olarak doğrulanabilen, devletin kabulünde ve herkes tarafından tecrübe edilmiş bu durumu dikkate alabilir. Enflasyonun oluşturduğu temerrüt faizini aşan zararın varlığını bu reel gerekçelerle kabul edip uygulayabilir. Yüksek enflasyon neticesinde alım gücünün aşırı düşmesi nesnel durumdur, artık “soyut iddia”dan bahsedilemez. Gerçekliği, nesneliği olan duruma soyut denemez, bu terimler “somut” kavramının tanımında yer alır. Kaldı ki paranın alım gücü herkes için ayrı ayrı düşmez; değeri düştü ise, o parayı kullanan tek tek her bireyin parasının değeri de düşmüş demektir. Dolayısıyla yüksek enflasyon zamanlarında alım gücünün aşırı düştüğünün kişi özelinde ispatlanmasını aramak manasızdır. Zaten bu durum, “hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz” ilkesine de (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) aykırıdır. Aksi taktirde alacaklı, çoktan hak ettiği parasının alım gücünden büyük oranda mahrum kalmakta, üstelik mütemerrit borçlu da ödüllendirilmektedir.

Belirtelim ki fiili karine ile ispatta, ispat yükü yer değiştirmemektedir. Yalnızca karineden yararlanacak olan taraf için ispatın konusu değişmektedir⁶⁸. Dolayısıyla enflasyonun temerrüt faizinden yüksek olduğunun ispat edilmesi yeterlidir; anılan ispat, bu ikisi arasındaki farkın aşkın zararı oluşturacağının kabulü sonucunu doğurur.

Konu işçiler bakımından ayrıca önem arz eder. İşçilik alacaklarına, diğer adı alacaklarla aynı perspektiften bakılamaz. İşçi ve ailesinin çoğu zaman yegâne geçim kaynağı olan işçilik alacaklarına işçinin bir an önce kavuşması gereklidir⁶⁹. Çeşitli kanunlarda yer alan işçi alacaklarını koruyucu hükümlerin varlık sebebi budur. Örneğin işçi ücretinin ancak dörtte birinin takasa veya hacze konu edilebilmesi, işçinin kendi alacağını dahi anılan orandan fazla temlik edememesi, İcra İflas Kanunu’nda işçilik alacaklarının imtiyazlı alacak addedilmesi, birçok işçilik alacağına mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilmesi ve benzeri tüm düzenlemeler, ücretin işçi için yaşamsal olduğu gerçeğinden hareket eder. Munzam zarar işçilik alacaklarını

⁶⁰ Bkz. AIHM, Kotov/Rusya, B.N. 54522/00, 03/04/2012; AIHM, Sovtransavto/Ukrayna, B.N. 48553/99, 25/07/2002, <https://hudoc.echr.coe.int>, (Erişim: 02.02.2024).

⁶¹ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYYAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku 8. Baskı, Ankara 2022, s.865; TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, Ankara 2021, s.431.

⁶² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ/HANAĞASI, s.868, 871.

⁶³ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ/HANAĞASI, s.873.

⁶⁴ TANRIVER, s.431.

⁶⁵ Örnek olarak bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 22.06.2018, E.2016/5, K.2018/6, www.yargitay.gov.tr, Erişim: (12.12.2023).

⁶⁶ <https://www.tcmb.gov.tr>, (Erişim: 12.01.2024).

⁶⁷ Bkz. <https://www.csgb.gov.tr/media/35787/yillar-itibariyle-net-brut-asgari-ucretler.pdf>, (Erişim: 02.09.2023).

⁶⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ/HANAĞASI, s.872.

⁶⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, 687.

erittiğinden, işçilik alacaklarında munzam zarara ilişkin yorum, kanunların bu konudaki sistematığı göz ardı edilmeden yorumlanmalıdır.

Konunun bir boyutu da dava şartı arabuluculuk kapsamında ele alınabilir. Bilindiği gibi hukukumuzda 12.10.2017 tarihinde, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu⁷⁰ dava şartı arabuluculuk kurumu girmiştir. Buna göre işçi ve işverenler, birbirinden olan ve iş ilişkisinden kaynaklanan alacakları için arabuluculuk aşamasını tüketmeden dava yoluna başvuramazlar. Dolayısıyla arabuluculuk, iş yargısı için bir dava şartıdır (İMK m.3/1).

Arabuluculuk, karşılıklı müzakerelerde bulunacak tarafların eşitliği prensibinden hareket eder. Dolayısıyla arabuluculuk aşamasında, işçi ve işveren eşit konumda bulunurlar, karşılıklı menfaatler müzakere konusu yapılırken arabulucu da sürekli olarak anılan eşitliği gözetmekle yükümlüdür.

Hal böyle iken, işçi tarafın zaman baskısı altında bulunması eşitliği zedeler. Yüksek enflasyonun olduğu yerde, işverenin işçi alacaklarını ödemesi ahlaki ve hukuki gereklilik iken, ekonomik veriler işverene avantaj sağlamakta, ahlak ve hukuk kuralları borcun ifa edilmesini söylerken ekonomi bilimi aksini söylemektedir. Bu sebeple işveren borcunu dava sonuna kadar ödememeyi tercih edebilir. Böylece dava şartı arabuluculuk aşamasının işlevi yalnızca borçlu lehine ve alacaklının aleyhine hak arama sürecini uzatarak alacaklının alacağına enflasyondan eridikten sonra kavuşmasına zemin hazırlamak olur. Bu sebeple, yüksek enflasyon ortamında zaman baskısı altında işleyecek arabuluculuk sürecinde rasyonel işçi (*homo economicus*), alacağının yargılama sonundaki alım gücü işverenin güncel teklifinden düşük olacağına, alacağının bir kısmından feragat etmeye razı olacaktır. Alacağına kavuşmak yerine bu şekilde bir kısmını peşin olarak kurtarmaya odaklı işçinin adalete ulaştığını söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla mevcut durum, mülkiyet hakkının yanı sıra, adil yargılanma hakkına da aykırılık oluşturur. Nitekim hukuki uyuşmazlıkların çözüm sürecini uzatarak elde edilecek hükmün yararını ortadan kaldıran veya azaltan her yargılama, adaletin yerine getirilmesindeki etkililiğe ve güvenliğe başlı başına zarar verir⁷¹. Süreç uzadıkça haklı tarafın zararının büyümesinde adil yargılanma hakkının daha keskin şekilde zarar göreceği tartışmasızdır. Adil yargılanma hakkının sistematik ihlali ise, hukuk devleti ilkesini temelden sarsabilir⁷².

Fiili karinenin aksi karşı tarafça ispat edilebilir⁷³. Örneğin işveren, işçinin alacağının yabancı para -örneğin Avro- üzerinden olduğunu ve muhakeme süresince Avro'nun TL karşısındaki değer artışının enflasyon oranından fazla olduğunu ispatlayabilir. Alacaklının temerrüt faizini aşan zararı olmadığını ispatlayan işveren, sorumluluktan kurtulur.

VI. SONUÇ

Mülkiyet hakkının korunmasında, Anayasanın 5. ve 35. maddeleri icabı devletin mülkiyet hakkına müdahale etmeme yükümlülüğünden ayrı olarak, pozitif yükümlülükleri de bulunur. Bunlardan biri özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için etkili hukuki mekanizmaların oluşturulmasıdır. Aşkın zarara ilişkin Türk Borçlar Kanunu düzenlemeleri bu anlamda birer mekanizma sayılabilir olmakla birlikte, yargılama aşamasında yaşanan ispat problemleri hakkı neredeyse kullanılamaz hale getirmektedir. Yargıtay daireleri konuyla ilgili farklı hükümler verirken, Anayasa Mahkemesi durumu mülkiyet hakkının ihlali olarak görmekte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de konuyu mülkiyet ve adil yargılanma hakkı kapsamında ele almaktadır.

İş yargısındaki dava şartı arabuluculuk, yüksek enflasyon sebebiyle işçiyi zaman baskısı altına sokmakta, bu da arabuluculuk aşamasında sürekli gözetilmesi gereken fiili eşitliği zedelemektedir. Tarafların eşit olmadığını arabuluculuk sürecinde adalete ulaşılamaz.

Yargılama sürelerinin uzunluğu, her türlü alacağı, ama özellikle işçilik alacaklarını eritmektedir. Uzun yargılama sürelerinden elbette borçlu sorumlu değildir ancak bu süreler boyunca borcunu ifa etmemeye devam eden de borçlunun kendisidir. Dolayısıyla bundan doğan zarara mütemerrit borçlu katlanmalıdır.

Mevcut durumda yargılama sonunda karşımıza, haklı ancak mağdur edilmiş alacaklı ile haksız ancak kâra geçmiş ve mutlu borçlu çıkmaktadır. Bu durum yargılamayı anlamsız hale getirmekte, kişilerin adalete inancı ve devlete güveni zarar görmektedir.

Munzam zarara ilişkin alacaklıya ispat kolaylığı sağlamak, yeni davaların doğmasına sebep olmaz. Aksine borçlunun, borcunu ödememekten kâr elde etmesi sebebiyle borcunu ödememesi ve bu sebeple alacak davaları söz konusu olmaktadır. Dava sonunda zararlı çıkacağını bilen borçlular -özellikle işverenler- borçlarını dava açılmasına gerek olmaksızın ödemeyi tercih edeceklerdir.

Özellikle işçilik alacaklarına, diğer adi alacaklarla aynı perspektiften bakılamaz. Çeşitli kanunlarda yer alan işçi alacaklarını koruyucu hükümlerin varlık sebebi budur. Örneğin, icra iflas kanununda işçilik alacaklarının imtiyazlı alacak addedilmesi, işçi ücretinin ancak dörtte birinin takasa veya hacze konu edilebilmesi, işçinin kendi alacağını dahi anılan orandan fazla temlik edememesi, birçok işçilik alacağına mevduata uygulanan en yüksek faiz işletilmesi ve benzeri tüm düzenlemeler, ücretin işçi için yaşamsal olduğu gerçeğinden hareket eder. Dolayısıyla bu çalışmadaki görüşümüz, tüm alacaklar bakımından

⁷⁰ RG: 25.10.2017, 30221.

⁷¹ Çelik, Abdullah: Adil Yargılanma Hakkı Rehberi Anayasa Mahkemesi Yayınları, Bireysel Başvuru El Kitapları Sayı: 3, Ankara 2014, 71.

⁷² Çırak, Ezgi: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulanma Alanı, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 21(Özel), 2019, 1006.

⁷³ TANRIVER, s.431.

benimsenmese de hiç olmazsa işçi alacakları bakımından mutlaka tercih edilmelidir.

Aşkın zararın ispatına ilişkin problemlerin çözümü için bu konuda yasal karine getirilebilir. Bununla birlikte mevcut düzenlemeler çerçevesinde de fiili karineden yararlanarak hakkaniyete aykırı uygulamalara son vermek mümkündür. Enflasyonun temerrüt faizini aşan kısmı ciddi maddi kayba neden oluyorsa, alacaklının aşkın zarar talepleri kabul edilmeli, ispat yükü fiili karinenin varlığı dolayısıyla mevcudun tersine çevrilerek borçluya yüklenmelidir.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: “Güncel İçtihatlar Işığında Munzam Zarar”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XII(2), 2022, s.1069-1099.
- ALTAŞ, Hüseyin: “Munzam Zararda İspat Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50(1), 2001, s.121-130.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- AYRANCI, Hasan: Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- BARLAS, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.
- ÇAĞLAYAN Ramazan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “Yusuf Çelebi c. Turquie” Kararı ve Kısa Bir Değerlendirme”, AÜHFD, V(1-4), 2001, s.623-632.
- ÇELİK, Abdullah: Adil Yargılanma Hakkı Rehberi Anayasa Mahkemesi Yayınları, Bireysel Başvuru El Kitapları Sayı: 3, Ankara 2014.
- ÇIRAK, Ezgi: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Uygulanma Alanı, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21(Özel), 2019, s. 997-1027.
- DUMAN, Özgür: “Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (12), 2018, s.401-462.
- EKMEKÇİ, Ömer/GEMALMAZ, H. Burak/ASLAN, Volkan/YILMAZ, Hilal: Anayasa Mahkemesine Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- FURRER, Andreas/MULLER-CHİN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- GRGİĆ, Aida/MATAGA, Zvonimir/LONGAR, Matija/VILFAN, Ana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları Numara 10, Belçika 2007.
- GÜMÜŞAY, Ramazan: “Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak “Yeniden Yargılama” Kararı ve İcrası”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXII, s.93-143.
- GÜNERGÖK, Özcan: “Paranın Değer Kaybı Bağlamında Aşkın Zarar”, İMHFD, 9(1), 2024, s. 171-210.
- KARTAL, Bilal: “Faizi Aşan Zarar,” Yargıtay Dergisi, 23(4), 1997, s.501-519.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- KESER, Yıldırım: “Aşkın Zararın İspatı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(2), 2020, s.484-495.
- NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: “Güncel Yargı Kararları Bağlamında Aşkın Zarar”, TBB Dergisi, (165), 2023, s.105-135.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022.
- ÖZMEN, Saba E./AKTAŞ, Türkan: “Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulunu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, Maltepe Üniversitesi HFD, 2018/1, s. 39-54.
- STRASBOURG MAHKEMESİ, Vaka-Hukuku Rehberleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Numaralı Protokolünün 1. Maddesi Rehberi, Malvarlığının/Mülkiyetin Korunması, Çev: Burak Gemalmaz, Avrupa Konseyi/İnsan Hakları Mahkemesi, 2019, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_1_TUR, (Erişim: 11.12.2019).
- ŞENYÜZ, Doğan: Borçlar Hukuku, Genel ve Özel Hükümler, 10. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa 2001.
- TANRIVER, Siha: Medeni Usul Hukuku Cilt 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Servet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- YILMAZ, Ejder: Adli Yazı ve Yazışma Usulleri, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- ZEYTİNOĞLU, Erol: “Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 4(8), 2005, s.253-263.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Çağlar ÇOPUROĞLU, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Çağlar ÇOPUROĞLU, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

FELSEFİ ANLATILARIN HUKUK EĞİTİMİNDEKİ YERİ
PLATON'UN MAĞARA ALEGORİSİ ÖRNEĞİPHILOSOPHICAL NARRATIVES IN LEGAL EDUCATION
EXAMPLE OF PLATO'S ALLEGORY OF THE CAVEZeynep İSPİR*  [10.21492/inuhfd.1478019](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1478019) 

Makale Bilgi

Gönderi: 03/05/2024
Kabul : 25/06/2024

Anahtar Kelimeler

Alegori,
Platon,
Mağara Alegorisi,
Anlatı ve Hukuk,
Hukuk Eğitimi.

Article Info

Received: 03/05/2024
Accepted: 25/06/2024

Keywords

Allegory,
Plato,
The Allegory of The
Cave,
Narrative and Law,
Legal Education.

Özet

Felsefi bilgi, sağladığı kavram bilgisi ve bağlantı kurma becerisiyle, hukuk için yol gösterici niteliğe sahiptir. Bu çalışmada, felsefenin rolü açısından, bundan biraz daha fazlasına, bir tür “inşa etme” özelliğine de vurgu yapacağım, zira felsefi bilgi, kişilerin hem kendilerini hem de oluşturdukları kurumları, örneğin hukuku, inşa etmelerine, onları yapılandırıp biçimlendirmelerine ve böylece de bu kurumların amaçlarına uygun eylemde bulunmalarına yardımcı olabileme imkanını bünyesinde barındırıyor. Söz konusu tartışmayı somutlaştırmak üzere anlatı öğelerinden bir tanesi olan alegorinin olanaklarından yararlanmaya çalışacağım. Anlatı öğelerinin hukuk felsefesi alanında kullanımı yeni değildir. Platon’un “mağara alegorisi” bu kullanımın en bilinen örneklerindedir. Platon bu alegoriye özellikle eğitimle ilgisinde yer verir. Bununla birlikte, mağara alegorisini, bilginin doğasıyla ilişki kurarak epistemolojiyle; gerçeklik kavramıyla ilintilendirerek metafizikle; alegorinin mekanı olan mağarayı ve mağaranın dışını bu mekanlarda roller üstlenen özneleri de değerlendirmeye alarak politika kurumlarıyla bağlantılandıran çalışmalar da öne çıkan diğer yorumlama biçimleri olarak belirtilebilir. Bu çalışmada, anlatıların ve özellikle felsefi anlatıların, kamu yaşamında ve dolayısıyla hukukun tartışma alanındaki rolünden hareketle, mağara alegorisinin ne gibi düşünme araçları sunduğu üzerinde duracağım. Çalışmanın temel sorusu, bu alegori türünden felsefi araçların sunduğu düşünme imkanlarının hukuk eğitiminde rol üstlenip üstlenemeyeceğidir.

Abstract

Philosophical knowledge, with its knowledge of concepts and its ability to make connections, has a guiding character for law. In this paper, I will emphasize also a constructive role of philosophy, since philosophical knowledge contains an ability to construct and shape both persons and the institutions –such as law– they create, and thus to act according to the purposes of these institutions. I will try to utilize the possibilities of allegory as an element of narrative to concretize this discussion. The use of narrative elements in the philosophy of law is not new. “The allegory of the cave” is one of the well-known examples of it. Plato uses it especially in relation to education. However, other prominent interpretations link this allegory to epistemology by relating it to knowledge; to metaphysics by relating it to reality; and to the politics by evaluating the inside and outside of the cave and the subjects therein. In this article, I will focus on what kind of thinking tools this allegory offers to public life and thus to the field of legal debates. The main question of the article is whether possibilities of thinking offered by philosophical narratives such as allegory of the cave can play a role in legal education.

EXTENDED SUMMARY

Philosophy, with its knowledge of concepts has a guiding characteristic for law, as it is for many other disciplines. One of the main reasons for this is that philosophical knowledge has the potential to guide individuals to shape and structure both themselves and the institutions they create, such as the law, and thus to act in accordance with the purposes of these institutions. Philosophy, as a field provides conceptual knowledge, also has tools enable one to make connections, and to evaluate and reason based on these connections. In doing so, it creates an environment for open and understandable discussion and opens a space for accountability. For the law, as an institution that deals with the causes and consequences of the decisions and actions that must be taken and implemented in order to live together in the public sphere, such areas of discussion are very important. This article aims to focus on how these possibilities offered by philosophy can be demonstrated through Plato's allegory of the cave as an example of narrative. The main question of the article is whether the potentials ensured by philosophical tools such as this allegory may play a role in legal education.

In this study, I try to illustrate the idea that "philosophical tools, and more specifically philosophical narratives, may serve as a source of knowledge not only for understanding public problems, but also for making and applying the law, that is expected to develop just solutions to them" through the allegory of the cave example. To this end, I will first examine the relationship between narratives and law, and then, drawing on the views of Martha C. Nussbaum, consider the role that philosophical narratives can play in legal education. In the following section, I discuss Plato's allegory of the cave and the possible implications of the examples of connections that can be made based on this narrative for the "legal understanding" that is expected to be developed in legal education.

The use of narratives in philosophy and philosophy of law is not new. In fact, it has been argued that there is a mutual dependence and complementarity between narrative and law. Two important fields of research that exemplify the relationship between law and narrative are the field of law and literature and the narrativity approach, which allows a more comprehensive understanding of law beyond the realm of norms. This article emphasizes the importance of integrating philosophical narratives into legal education to ensure that philosophical thinking is taken together with legal thinking. In this context, in the first part of the article, I draw on Nussbaum's views on the need to include the basic sciences and the arts in educational programs, regardless of discipline. The abilities that Nussbaum deems essential for citizens to cultivate in order to guarantee a civilized, humane democracy are strikingly similar to those that legal education should cultivate. In the context of this study, it can be argued that the contribution of philosophical thinking skills is at the center of the relationship between the two, since the goals that philosophy may guide, such as thinking critically with concepts, being accountable with this conceptual knowledge, and establishing a social order to live together by observing the requirements of responsible and ethical relations, are similar to those put forward by Nussbaum. I will apply to Plato's allegory of the cave, which is one of the well-known examples of philosophical narratives to illustrate this discussion.

Plato uses the allegory of the cave especially in relation to education. However, as Rebecca LeMoine presents an example, there are also studies that link the allegory of the cave to epistemology by relating it to the knowledge; to metaphysics by relating it to the concept of reality; and to the politics by evaluating the cave and outside of the cave, the spaces of the allegory, and the subjects who assume roles in these spaces. So indeed, the purpose of education and what it can accomplish; the nature and types of the knowledge, and the way it is acquired; how people exhibit the characteristics of being a political entity from the moment they come together are the most familiar examples of the interpretive contexts of this allegory. It is possible to evaluate these forms of interpretation also in relation to the legal education, in terms of the basic aims of this education, the characteristics of the normative nature of law, and the relationship between law and politics. The third part of the article specifically focuses on these different modes of interpretation of the allegory of the cave.

Plato's allegory of the cave, in addition to the various contextual analyses mentioned above, sheds light on different kinds of human possibilities and potentialities. If these possibilities can be recognized and developed by the subjects of legal education, they may help to construct the institution of law in line with its purpose. In this context, the final section of the article delves into the implications of this allegory for understanding law as a realm of societal negotiation, for making connections and reasoning in law, for contemplating the possibilities of human beings such as freedom, endeavor and the power of seeing to present the role of these capacities to create just law. In the light of the main question of this article, this last section claims that these possibilities which can be more concretely demonstrated with the guidance of philosophy, need to be incorporated into legal education, and that philosophical narratives such as the allegory of the cave offer functional epistemological tools to achieve this.

I. GİRİŞ

Felsefe insanın sahip olduğu diğer düşünme ve etkinlik alanlarından, dayandığı kaynakları, bilgisel özellikleri ve akıl yürütme biçimiyle ayrılır. Düşünsel bir etkinlik olarak felsefe, nesne edindiği farklı türden şeyler hakkında sorular sorar. Bunu, “örneğin gerçekliğin bütünü üstüne, varlık veya mutlak üstüne (metafizik), neyi bilebileceğimiz üstüne (bilgi teorisi), ne yapmamız gerektiği üstüne (ahlâk), neyi yaşayabileceğimiz (etik, politik, estetik) veya umabileceğimiz (din) üstüne kendimizi sorgulayarak¹” yapar. Bilgi, bilim, özgürlük, toplum, devlet, adalet gibi kavramların ne’liklerine ilişkin sorularla bu kavramların içerikleri, varsa gereklerine ilişkin yanıtlar felsefeye temellendirilmeye çalışılır. Bu araştırma alanı içinde varlık, bilgi ve değer problemleri özellikle dikkati çeker. Bu problemler ve bunlarla ilgili olarak sorulan sorular etrafında ayrıca birer felsefe disiplini oluşur. Felsefe disiplinleri, tartışma konusu edindikleri kavramları (bilgi, bilim, sanat, insan, dil, tarih, etik gibi) enine boyuna incelerler. Kavramlar üzerine belirli bir ele alış tarzıyla düşünmek, eylemlerimizde bu kavramların yerini, anlamlarını ve amaçlarını da düşünmeyi sağlar. Böylece felsefi sorgulama ve akıl yürütmeler her birimizin yaşamında yer edinir. Kavramsal düzey, eylemlerle ve onların değerlendirilmesi aracılığıyla uygulanan somut pratiklerle iyice görünür olur.

Kavram bilgisi sunan bir alan olarak felsefe, aynı zamanda bağlantılar kurma yeteneği kazandıran, kurulan bağlantılarla değerlendirme ve muhakeme yapma imkanı veren araçlara sahiptir. Bu yolla, açık ve anlaşılır biçimde tartışma ortamı yaratır. Ayrıca, gerekçeler sunarak ve temellendirilmiş gerekçeler üzerinden akıl yürütmelerde bulunulmasını sağlayarak, düşüncelerin farklı açılardan görülmesine ve görüşlerin gözden geçirilmesine yardımcı olur. Bu açıdan felsefenin, düşüncelere ilişkin bir tür “hesap verme alanı” açtığını, bunun için de mantıksal argümanlar, akıl yürütmeler gerektiğini söylemek mümkündür. Bu çerçeveden bakıldığında, kamusal alanda beraberce yaşamak için alınması ve uygulanması gereken kararların ve bunlara dayalı eylemlerin böylesi bir akıl yürütmeden kaynaklanması halinde, varsa, felsefe disiplininin sağlayabileceği rehberlik, bir tür inşa etme olarak görülebilir.

“Belirli bir şeyi bilmek mümkün müdür?”, “Belirli bir sorun varlıklar için neden önemlidir?” gibi sorular çerçevesinde akıl yürütmeye bir bağlam veriyor oluşu, felsefenin yaşamlarımızın ve özellikle de kamu yaşamının inşasında rol üstlenmesi bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer özelliğidir. Herhangi bir reçete vermektense çeşitli türden sorulara ve bunlara yönelme nedenlerimize odaklanan felsefi bilgi, toplumsal yaşamda tek durumların kendi sübjektif özellikleriyle sarılı olmamız olgusu karşısında, mümkün olduğunca objektif çözümler üretebilmeye bu sayede olanak tanır.

Filozofların metinlerine bakmak felsefenin hangi sorunlarla uğraştığını görmenin en elverişli yollarındandır. Bu sorunların ilgili metinlerdeki ele alınma biçimleri, bir başka deyişle yöntem sorunları da ayrıca yol gösterici olabilirler. Platon ve Aristoteles’in metinleri özelinde yaptığı bir değerlendirmede İoanna Kuçuradı, bu metinlerin belirli bir biçimde okunmaları halinde sunabilecekleri katkıya ilişkin şunları söylemektedir:

“Aristoteles ve Platon’un metinlerini –çoğu Ortaçağ gözlükleriyle yapılan okumalar temelinde gerçekleştirilen Batı dillerine çevirilerinden değil– orijinallerinden dikkatli bir şekilde okuma, felsefi bilginin çeşitli nesnelere benim ontolojik bakış olarak adlandırdığım bakışın öneminin anlaşılmasına katkıda bulunabilir; dolayısıyla da bugünkü felsefeye ve çeşitli bilimlere bilginin nesnesini ve yüzyıllardır unutulmuş olan, bugünkü bilim teorilerinin de farkında olmadığı bu bilgi nesnelere ontolojik farklarını hatırlatabilir. Günümüzde karşılaşılan ve çağımızın çeşitli sorunlarına yaklaşmayı büyük ölçüde zorlaştıran bir dizi sözde sorun, bu ontolojik farkların bilinmemişinden kaynaklanmaktadır –açıklığa kavuşturulmuş kavram eksikliğinin, insan haklarının korunmasında yarattığı olumsuz sonuçlar gibi².”

Felsefe metinleri kamu yaşamında yapıp etmelerimizi, eylemlerimizi izleme, bunların değerlerini görme, beraberce paylaşılan sorunlar için çözümler bulma konusunda bir düşünme pratiği sunması bakımından da önemli bir iş görürler. Platon’un Devlet isimli diyalogunun “mağara alegorisi” olarak isimlendirilen bölümünde anlatılanlar, bu çalışma çerçevesinde, bağlantılar kurarak görme ve bağlantılar kurarak öğrenme konusu üzerine düşünmeme neden oldu. Böylesi bir görme ve öğrenme yolu, kamu yaşamında özellikle hukukun oluşturulması ve uygulanmasında felsefenin kişiler ve yurttaşlar olarak bizler açısından ne gibi bir rol üstlenebileceği sorusunu yanıtlamaya yardımcı oluyor.

Bu çalışmada yukarıda dile getirilen savdan hareketle, bahsi geçen görme ve öğrenme yolunun hukuk eğitimi açısından nasıl tartışılacağı üzerine yoğunlaşacağım. Bu bağlamda, felsefe bilgisi ve daha özelinde felsefi anlatılar, kamusal sorunların anlaşılmasında olduğu kadar, bunlar için adalete uygun çözümleri geliştirmesi beklenen hukukun oluşturulup uygulanmasında da bilgisel kaynak olarak iş görebilir düşüncesini mağara alegorisi aracılığıyla örneklendirmeye çalışacağım. Bunun için aşağıda öncelikle anlatı-hukuk ilişkisinin, ardından Martha C. Nussbaum’un görüşlerinden yola çıkarak hukuk eğitiminde felsefi anlatıların üstlenebileceği rolün üzerinde duracağım. Ardından gelen bölümde Platon’un mağara alegorisine yer verip, ilgili anlatıdan hareketle kurulabilecek bağlantı örneklerinin hukuk eğitiminde geliştirilmesi beklenen “hukuki kavrayışa” muhtemel etkisini tartışmaya açacağım.

¹ COMTE-SPONVILLE, André: Felsefe Nedir?, İsmet Birkan (çev.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2022, s.21.

² KUÇURADI, İoanna: “Platon ve Aristoteles’i Ortaçağ Gözlüklerini Çıkararak Okumak”, Trans, No:25, <https://www.inst.at/trans/25/platon-ve-aristotelesi/>, (Erişim: 15.4.2024)

II. ANLATI-HUKUK İLİŞKİSİ VE HUKUK EĞİTİMİNDE FELSEFİ ANLATILARA YER VERMEK

A. Anlatı ve Hukuk İlişkisi

En yalın biçimde “bir olayın ya da bir dizi olayın tasviri”³ şeklinde ifade edilebilen anlatılar geniş bir anlam alanına karşılık gelir. Bu alan içinde bir olayın ya da olgunun merkeze alındığı hikayelerden daha fazlası yer alır⁴. Anlatı kavramı böylesi geniş bir şekilde anlaşılırsa, hukukun kendisinin de başlıbaşına bir anlatı olduğunu söylemek mümkündür.

Anlatılar ile hukuk arasındaki bağlantılar üzerinde uzunca bir süredir duruluyor, anlatı ile hukuk arasında karşılıklı bir bağımlılık ve birbirini tamamlama ilişkisi olduğu dile getiriliyor⁵. Farklı türden anlatılar aracılığıyla anlatı ve hukuk ilişkisini ele alıp bunu hukuksal düşünüş içerisinde tartışabilmek üzere üstlendikleri rolü ele aldığımızda, iki önemli alan özellikle dikkati çekiyor. Birinci alan hukuk ve edebiyat çalışmaları alanıdır. Bu alan bir yandan edebiyat eserlerinin sunduğu çeşitli imkanlar aracılığıyla hukuki kurum ve kavramların incelenmesini sağlarken, bir yandan da hukukun kendisini metinsel özellikleri bakımından bir edebiyat eseriymiş gibi inceleyerek çözümleme ve değerlendirme örnekleri sunar.

Hukukun anlatılarla ilişkisi sadece edebiyatla kurulan böylesi bir bağlantıyla sınırlı değildir. Bu bağlamda değinilmesi gerekli olan ikinci bir çalışma alanı ise anlatisallık yaklaşımını hukukla ilgisinde ele alan disiplindir⁶. Hukukun, sunduğu norm alanına hapsedilmeden, daha kuşatıcı biçimde kavranabilmesinde bu çalışma alanının önemli bir yeri bulunur. Büyük oranda yazınsal özellikleri ve dile getirdikleri nedeniyle felsefi, sosyolojik, politik, ekonomik pek çok anlatının merkezinde olan hukuka anlatisallık özelliğini veren bir diğer husus, içerdiği özneler aracılığıyla sunduğu anlatılardır. Gerçekten de özne olmak bakımından hukukun muhatapları oldukça çeşitlidir. Kimi zaman bu özneler farklı hukuki statülere (vatandaş, yabancı, gerçek kişi, tüzel kişi gibi) sahip olmaları sebebiyle belirli bir anlatının öznesi olurlar. Yine çeşitli hukuki kategoriler içerisinde özellikle yargılamaya katılan özneler (tanık, sanık, davalı, davacı, avukat, hakim, savcı, adalet hizmetlerine yardımcı personeller gibi) anlatılarıyla hukuk açısından ayrı bir yargılama anlatisi inşa ederler. Peter Brooks, anlatı-hukuk ilişkisini hukuki süreçler içerisindeki anlatı ve hikayelerle bağlantılı olarak incelerken, bir davadaki süjelerin ifadeleri, tanıklıkları ve beyanlarını kapsayan anlatılarının ve hikayelerinin yanısıra hukuki aktörlerin bu anlatılar karşısındaki tutumlarının da (dile getirilenlerin bir kısmını önemli görüp bir kısmını önemli görmeme gibi) anlatıyı yeniden yapılandırdığının ve hukuki süreci etkilediğinin altını çizer⁷. Pozitif hukukun oluşturucuları olarak kanunkoyucular, bunlara ilişkin literatürü oluşturan bilimsel çalışmaları hazırlayanlar, hukuk eğitimi alanının süjeleri olarak öğrenci ve öğretmenler de kendi anlatılarıyla hukukun anlatisine katılırlar. Bütün bu öznelerin, kişi ve kurumların ve bir bütün olarak hukukun anlatisi, farklı türden hukuki olgu ve kurumların kendine ait özellikleri, ilişkileri ve sundukları bağlamla birlikte hukukun bütününe kavramaya yardımcı olur.

Burada kısaca değinilenler de dahil olmak üzere anlatının pek çok özelliğini dikkate alarak anlatı-hukuk ilişkisi çeşitli bağlantılar üzerinden açıklanabilir. Bunun bir örneğini veren Flora Di Donato üç hususu belirtir. Birincisi, anlatisallık yaklaşımı “hukuki davaların analizi ve yeniden yapılandırılmasına ilişkin bir metod olarak” kullanılabilir. Yazar, ikinci olarak, anlatisallık yaklaşımının “gerek davanın taraflarıyla ilişkide, gerekse davanın ortaya konması aşamasında tarafların anlatıları ile kendi anlatılarını anlamak bakımından hukukçuların eğitiminde bir metod olarak” kullanılabileceğini vurgular. Üçüncü ve son olarak ise anlatisallık yaklaşımı “marjinalize edilen veya bastırılan sesleri hukuki söylem içerisine dahil etme aracı olarak” kullanılabilir⁸.

Anlatı-hukuk ilişkisini yukarıda örnekleri verilen yaklaşım biçimleriyle kurmak mümkündür. Hem hukuk-edebiyat çalışmaları hem de anlatisallık yaklaşımıyla ilgisinde düşünülebilecek ve bu çalışmanın temel problemine ışık tutması bakımından önemli gördüğüm bir diğer husus ise, felsefi düşünüşün hukuki düşünüşle beraber ele alınmasını sağlamak için, hukuk eğitiminde felsefi anlatılara yer verilmesidir. Bu bağlamda, çalışmanın problemini yanıtlamada elverişli bir çerçeve sunması bakımından, Martha C. Nussbaum’un hangi alandan olursa olsun eğitim programlarına, temel bilimlerle sanatın dahil edilmesi

³ ABBOTT, H. Porter: *The Cambridge Introduction to Narrative*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s.57. Abbott, bu satırların devamında, bir anlatıdan söz edilebilmesi için bir olay ya da eylemin varlığının gerektiğini, bunlar olmaksızın elinizde örneğin bir tanımlama, bir açıklama, bir argüman olabileceğini; ancak bir anlatıdan söz edilemeyeceğini ileri sürer.

⁴ MILLER, Binny: “Telling Stories About Cases and Clients: The Ethics of Narrative”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 14(1), 2000, s.1. Miller’in bu belirlemesinde göndermede bulunduğu Jane B. Baron ve Julia Epstein, hikaye ile anlatı arasındaki ayrımı şu şekilde işaret ederler: “... ‘Hikaye’ terimini, zaman içinde gelişen ve başlangıcı, ortası ve sonu, başlangıçta harekete geçirilen sorunu çözmeye (veya çözmeye olasılığını sorgulamaya) yönelik bir olay veya olaylar dizisinin anlatımı anlamında kullanıyoruz... ‘Anlatı’ terimini, hikayelerin anlatılmasını (üretilmesini) ve alınmasını (yeniden algılanmasını) kapsayan daha geniş bir girişimi ifade etmek için kullanıyoruz...” (BARON, Jane B./ EPSTEIN, Julia: “Is Law Narrative?”, *Buffalo Law Review*, 45, 1997, s.147.)

⁵ Bkz. Dİ DONATO, Flora: *The Analysis of Legal Cases-A Narrative Approach*, Routledge, 2020, s.2. Linda H. Edwards kural-anlatı ilişkisinin içiçeliği için şunları söylemektedir: “Kurallar anlatı toprağından doğar ve bu toprağına geri döner, ancak anlatı kuralların istikrarına, rasyonelliğine ve öngörülebilirliğine ihtiyaç duyar. Bu simbiyotik ilişkiyi ne kadar iyi anlarsak, hem hukuk sistemini hem de hukukçuların bu sistem içindeki önemli çalışmalarını o kadar iyi anlarız.” (EDWARDS, Linda H.: “Speaking of Stories and Law”, *Legal Communications and Rhetoric: JALWD*, 13, 2016, s.179.)

⁶ Anlatisallık yaklaşımı ile hukuk ilişkisinin nasıl kurulabileceğine işaret eden ve bu ilişkinin farklı türden örneklerini içeren bir çalışma için bkz. Hukukta Anlatı-Hukukun Anlatisi, Uygur, Gülriz/İspir, Zeynep (ed.), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

⁷ Bu hususa ilişkin detaylı analizi için bkz. BROOKS, Peter: “Narrative Transactions-Does the Law Need a Narratology?”, *Yale Journal of Law & Humanities*, 18(1), 2006, s.1-28.

⁸ Dİ DONATO, s.3.

gereğini merkeze alan görüşlerinden yararlanacağım.

B. Martha C. Nussbaum'un "Sessiz Kriz" İçin Çıkış Yolu Önerisi Çerçevesinde Hukuk Eğitiminde Felsefi Anlatılara Yer Vermek

Nussbaum, Her Şey Çıkar İçin Mi? - Demokrasi Neden İnsanlığa İhtiyaç Duyuyor? başlıklı kitabının önsözünde insan bilimlerinde gördüğü esaslı bir eksikliğin eskilere götürdüğü kaynağını şu şekilde dile getiriyor:

"İnsan bilimleri ilk günden beri tehdit altındadır. Sokrates'in sorgulama yöntemi rahatsız edicidir ve iktidardaki insanlar kendi adlarına düşünebilen bağımsız yurttaşları değil uysal yandaşları yeğler. Dahası, durumların, arzuların ve başkalarının acılarının farkında olan canlı bir hayal gücü yorucu bir edimdir; ahlaki duygusuzluk çok daha kolaydır. Bu yüzden insan bilimlerinin bugün de her zamanki gibi saldırı altında olmasına şaşırılmamalıdır. Sorumlu demokrasi ve uyanık yurttaşlık her zaman zor ve belirsizdir. Ama hem acil hem de kazanılabilir ve insan bilimleri bunu kazanmanın büyük bölümünü oluşturur."

Nussbaum, odağını eğitimin psikolojik temellerine yasladığını belirttiği bu yaklaşımında eleştirel düşünmeyle birlikte, içgörü, kendisinden başkasını da anlama ve farklılıklarla birlikte ortak ve demokratik esaslara dayalı ve küresel yurttaşlığı temele alan bir toplum modeli kurma, özgün ve yaratıcı olma gibi kazanımları öğrenciler açısından eğitimin en temel gerekleri olarak belirtiyor. Esasında Nussbaum'un yürüttüğü tartışmanın temelinde, ekonomik büyümenin her zaman yaşam kalitemizi artıracığı yönündeki görüşün şekillendirdiği bugünün eğitim programlarının bir eleştirisi bulunuyor. Eğitim alanında dünya çapında bir "sessiz kriz" içinde olduğumuzu belirten Nussbaum, demokratik toplumların gençlere öğrettiği şeylerde üzerinde yeterince düşünülmemiş köklü değişiklikler olduğunu; ulusal kazanç peşinde olan ülkeler ve eğitim sistemlerinin demokrasinin ayakta kalması için gereken insansal becerileri pervasızca gözden çıkardığını; insan bilimleri ve sanatın eğitim programlarında yer almasının politika yapımcılar tarafından bir lüks, kurtulması gereken gereksiz şeyler olarak görüldüğünü ileri sürüyor. Düşünür bu durumun sonuçları için yaptığı saptamaları şu şekilde ortaya koyuyor:

"...Bu eğilim sürerse dünyanın her yanındaki ülkeler kısa süre sonra kendi adlarına düşünebilen, geleceği eleştiren ve diğer insanların acılarının ve başarılarının önemini anlayan tam yurttaşlar yerine faydalı makine nesilleri yetiştirecek. Dünya demokrasilerinin geleceği tehlikede... Ashında, bilim ve toplum bilimlerinin insani tarafları diyebileceğimiz –imgelemsel, yaratı tarafı ve özenli eleştirel düşünme tarafı– şey de zemin kaybediyor; çünkü ülkeler kar etmeye uygun yararlı ve yüksek uygulamalı becerileri geliştirerek kısa dönemli kazanç peşinde koşmayı yeğliyor."

Nussbaum, son yıllarda doğru bir şekilde eleştirel düşünme, mantıklı çözümlenme ve hayal etme yetilerinin öğretilmesine odaklandığını belirttiği bilim eğitiminin uygun biçimde yapılması halinde insan bilimleri için de çok önemli olduğunu belirtmekle beraber, temel bilim ve sanat eğitiminin sağlayacağı gelişmiş eleştirel düşünme ve derin düşünme yeteneklerinin, sorunların üstesinden sorumlulukla gelebilme becerisinin ve ötekini deneyimini düşünebilme yetisinin demokratik toplumlar için vazgeçilmez olduğunun altını çiziyor. Bu bakımdan düşünürün "insanların tamamına yaşam, özgürlük ve mutluluk arayışı fırsatları sağlamak isteyen, uygar, insana karşı duyarlı bir demokrasinin sağlanması için yurttaşlarda geliştirilmesini gerekli gördüğü yetenekler" hukuk eğitiminin kazandırması gerekenlerle ortaklık taşıyorlar. Bu çalışma bağlamında bu ikisi arasında kurulacak ilginç merkezinde felsefi düşünme becerisinin sunacağı katkının yer aldığını düşünüyorum; zira kavramlarla eleştirel biçimde düşünme ve bu kavramsal bilgiyle hesap verebilme, sorumlu ve etik ilişkinin gereklerini gözeterek beraberce yaşanacak bir toplumsal düzen kurma gibi felsefenin yol gösterebileceği amaçlar Nussbaum'un ortaya koyduklarıyla benzerlikler gösteriyorlar.

Nussbaum, çalışmasının "Sokrates'in Pedagojisi: Savın Önemi" başlıklı dördüncü bölümünde Sokratesçi sorgulamanın işlevine ve önemine yer veriyor. Düşünür'e göre, Sokrates'in sorgulama yöntemi iyi amaçların güvencesi olmasa da en azından takip edilen amaçların açıkça görülmesini ve önemli sorunların acelecilik ve dikkatsizlik yüzünden gözden kaçırılmamasını güvenceye alır. Sokratesçi sorgulama yönteminin bir diğer işlevi, kişilerin kolay etki altında kalmalarının ve tartışmanın doğası yerine söz söyleyenin statüsünün belirleyici ve baskı kurucu olmasının önüne geçmesidir. Ayrıca bu sorgulama yöntemi karşı tarafa saygı göstererek eşitlerarası bir tartışma ve uzlaşma zemini yaratmanın kapılarını aralarken, bir yandan da insanların fikirlerinin kendi sorumlulukları olarak görüldüğü bir hesap verebilirlik kültürünü de destekler. Temel olarak insanların birarada ve adaletin gerekleri doğrultusunda çatışmasız ve değerler yaratarak yaşayabilme imkanının önünü açması beklenen insansal bir kurum olarak hukukun Sokrates'in düşünme yöntemini içermesi gereğini, Nussbaum'un şu saptaması ışığında değerlendirmek hukukun bugün üstlendiği rol açısından da oldukça önemli görünüyor:

"Sokrates'in düşünme yöntemi her demokraside önemlidir. Ancak etnik kökenleri, kastları ve dinleri farklı insanların varlığıyla baş etmesi gereken toplumlarda özellikle önemlidir. İnsanın kendi düşüncesinin sorumluluğunu alması ve başkalarıyla düşünmeye yönelik karşılıklı saygı içeren bir ortamda fikir alışverişinde bulunması fikri, hem bir ülkenin hem de etnik ve dinsel anlaşmazlıklar nedeniyle giderek daha fazla kutuplaşan bir dünyanın uyumsuzluklarının barışçı çözümü için çok gereklidir."

Yukarıda dile getirilen Sokratesçi düşünme biçiminin ve daha genelinde felsefenin özgün eğitim programlarına ne şekilde dahil edilebileceğini de ayrıca düşünmek gerekiyor. Bunun için Nussbaum öğrencilere yeteneklerini ortaya koyabilecek birer özne olarak yaklaşılması gereğini, "bütün öğrencilere zihinlerinin güçleri gelişen ve sınıf tartışmasına etkin ve yaratıcı katkıları beklenen bireyler olarak davranılmalıdır" sözleriyle vurguluyor. Aynı bölümün devamında eğitimin Sokrates'in değerlerini öğretebilecek şekilde nasıl tasarlanabileceği sorusu da yanıtlanıyor. Bu bağlamda "öğrenciler araştırmayı,

kanıtları değerlendirmeyi, iyi yapılandırılmış savlarla ödevler yapmayı ve kendilerine diğer metinlerde sunulan savları çözümlmeyi öğrenirken eleştirel düşünmenin çeşitli derslere aşılması'nın da altı çiziliyor. Bu yöntemin öğrenciler tarafından öğrenilmesi için, savın yapısına yönelik odaklanılmış dikkat ihtiyacının, üniversitelerde en az iki yarıyıl felsefe dersini zorunlu kılan bir modelle desteklenebileceğini dile getiren Nussbaum, bu çalışmada da üzerinde durulacağı üzere bazı felsefi metinlerin bir başlangıç noktası oluşturacağını, bu açıdan Platon'un diyaloglarının araştırmaya ve etkin düşünmeye yöneltmekte rakipsiz olduğunu ileri sürüyor.

Nussbaum'un da dile getirdikleriyle beraber düşünüldüğünde örgün eğitimin hemen her düzeyinde dolayısıyla üniversite eğitiminde de eğitim alanların mesleki ve kişisel gelişimleri açısından temel bilimler ve sanatın sağladığı imkanların, eğitimin amacının gerçekleşmesi bakımından bir gereklilik olduğunu söylemek mümkündür. Çalışmanın problemi ön planda tutularak, bu başlık altında özellikle felsefenin sunabileceği rehberlikle ilgili örnekler verilmiştir. Bu bakımdan, aşağıda, bir felsefi anlatı örneği olarak mağara alegorisi aracılığıyla, felsefede yürütülen tartışmaların hukuk eğitiminde hangi bağlantılar içinde değerlendirilebileceği üzerinde durulacaktır.

III. PLATON'UN MAĞARA ALEGORİSİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Rebecca LeMoine, Platon'un diyaloglarında ana kahramanın, tartışılan sorunun doğasını daha açık hale getirmek ve muhataplarının zor bir kavramı kavramalarına yardımcı olmak için sıklıkla bir "imge" kullandığına dikkati çeker⁹. Bu imgeler, diyaloglarda, muhatapları ve okuyucuları ele alınan sorunu daha derin bir felsefi düzlemde tartışmaya çekmenin aracı olarak iş görürler¹⁰. Bu imgelere kimi zaman alegorik bir anlatış da eşlik eder. Kuçuradi, hareket noktasını kavramlaştırılmış gerçeklik olarak belirttiği alegorik anlatış, "belli bir kavramın somut şeylerle gösterilmesi" şeklinde tanımlamaktadır¹¹. Platon'un Devlet diyalogunun 7. kitabında Sokrates, bize bu yolla bir hikâyeye anlatır. Aşağıda bir bölümüne yer vereceğim "mağara alegorisi" olarak da bilinen bu hikâyede Sokrates, anlattıkları aracılığıyla, sonradan pek çok bağlamda felsefi tartışmalara neden olan çeşitli insansal durumları gözümüzde canlandırır¹² ve bu sayede ortaya konan farklı yorumlara da kaynaklar sunar.

A. Mağara Alegorisi

Esasında eğitim meselesinin tartışıldığı bu alegoriye göre bir mağarada, boyunlarından, ayaklarından zincirli mahpuslar vardır. Sırtları bir tür paravanla arkalarını göremeyecekleri biçimde kapalıdır. Arkada bir blok üzerinde kuklalar taşıyanlar vardır ve onların arkasında da yüksek bir yerde yanan bir ateş. Tıpkı Karagöz-Hacivat gölge oyunu perdesindeki yansımalar gibi gölgeler yansır mahpusların önündeki mağara duvarına ve onlar da mağara duvarına yansıyan bu gölgeleri izlerler. Aralarında konuşarak gölgesi yansıyan nesnelere, şeylerin ne olduğunu tahmin etmeye çalışırlar. Hatta kendi aralarında sıradaki gölgenin ne olacağına ilişkin yarışmalar yapıp iyi tahminciyi ödüllendirirler, tüm hayatları bu şekilde geçer. Bu kurgusal hikâyede gölgeleri izleyerek etkileşim halinde olanlar, bir topluluğun belirli bir üyesi olan kişilerdir. Bir gün mahpuslardan birisi bir biçimde dışarı çıkar. Bu kısım diyalogda şöyle anlatılır:

"- Şimdi düşün: Bu adamların zincirlerini çözer, bilgisizliklerine son verersen, her şeyi olduğu gibi görürlerse, ne yaparlar? Mahpuslardan birini kurtaralım; zorla ayağa kaldıralım; başını çevirelim, yürütelim onu; gözlerini ışığa kaldırsın. Bütün bu hareketler ona acı verecek. Gölgelerini gördüğü nesnelere gözü kamaşarak bakacak. Ona demin gördüğün şeyler sadece boş gölgelerdi, şimdiyse gerçeğe daha yakınsın, gerçek nesnelere daha çevriksin, daha doğru görüyorsun dersek; önünden geçen her şeyi birer birer ona gösterir, bunların ne olduğunu sorarsak ne der? Şaşırılmaz mı? Demin gördüğü şeyler, ona şimdikilerden daha gerçek gelmez mi?

- Daha gerçek gelir.

- Ya onu aydınlığın ta kendisine bakmaya zorlasak? Gözlerine ağrı girmez mi? Boyuna başını bakabildiği şeylere çevirmez mi? Kendi gördüğü şeyleri, sizin gösterdiklerinizden daha açık, daha seçik bulmaz mı?

- Öyle sanırım.

- Onu zorla alıp götürsek, dik ve sarp yokuştan çıkarıp, dışarıya, gün ışığına sürükleysek, canı yanmaz, karşı koymaz mı bize? Gün ışığında gözleri kamaşıp bizim şimdi gerçek dediğimiz nesnelere hiçbirini göremeyecek hale gelmez mi?

- İlk bir şey göremez herhalde.

- Yukarı dünyayı görmek isterse, buna alışması gerekir. Rahatça görebildiği ilk şeyler gölgeler olacak. Sonra, insanların ve nesnelere sudaki yansılarını, sonra da kendilerini. Daha sonra da, gözlerini yukarı kaldırıp, güneşten önce yıldızları, ayı, gökyüzünü seyredecek.

- Herhalde.

⁹ LEMOINE, Rebecca: Plato's Caves: The Liberating Sting of Cultural Diversity, Oxford University Press, New York, 2020, s.56.

¹⁰ LEMOINE, s.56.

¹¹ KUÇURADI, İoanna: "Simgesel Anlatışa Yaklaşma", Sanata Felsefeyle Bakmak, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2009, s.79. İlgili bölümde, alegorik anlatışla simgesel anlatış arasındaki fark için Kuçuradi şunları söylemektedir: "...alegorik anlatışla simgesel anlatış arasında çok önemli farklar vardır. Alegorik anlatış, belli bir kavramın somut şeylerle gösterilmesidir. En özünü bile, herkesçe bilinen benzetmelere değilse de, herkesçe kabul edilen değerlendirmelere dayanır veya onlara dikkati çekmeyi amaçlar. Alegorik yapıtın, çoğu zaman hicvi-didaktik veya 'estetik' (resimde, heykelde) kaygıları vardır. Simgesel anlatışta ise kavramlar değil, kişi tiplerinin, dolayısıyla insanın yapısında var olan şeyler –sorunlar, değer ilişkileri– somut olaylarla, somut örnekletirilmiş kişilerle, kişilerarası ilişkiler ve davranışlarla verilmek istenmektedir. Simgesel anlatışın hareket noktası gerçeklik, alegorik anlatışınki ise kavramlaştırılmış gerçekliktir..." (KUÇURADI, "Simgesel Anlatışa Yaklaşma", s.79.)

¹² PLATON: Devlet, Eyüboğlu, Sabahattin/Cimcoz, M. Ali (çev.), 9. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005, 514 a, s.183 ve devamı.

- En sonunda da, güneşi; ama artık sularda, ya da başka şeylerdeki yansılarıyla değil, olduğu yerde, olduğu gibi.
- Öyle olsa gerek.
- İşte ancak o zaman anlayabilir ki, mevsimleri, yılları yapan güneştir. Bütün görülen dünyayı güneş düzenler. Mağarada onun ve arkadaşlarının gördükleri her şeyin asıl kaynağı güneştir¹³.”

Alıntıda dile getirildiği üzere, zincirlerinden kurtulan mahpusun önce ışıktan gözleri kamaşır. Mağaradan dışarı çıkıp da yürüdüğü yol boyunca daha önce tecrübe etmediği pek çok şeyi tecrübe eder. O güne dek yürümediği yollardan yürürken mağarada bir kısmının sadece gölgelerini gördüğü farklı nesnelere karşılaşır. Gölgelerin esas kaynağının bu nesnelere olduğunu anlar. Sonra güneşle karşılaşır¹⁴. Işığın ve güneşin de farkına varan bu kişi, nesne ve onun gölgesi dışında bir unsuru da görmüş olur. Kişi çeşitli nesnelere görünüşüne ilişkin birtakım bilgileri öğrenerek, bugün bilimsel bilginin açıkladığı şekliyle yansımanın unsurlarını, nesnenin canlı hali ile yansıması halindeki form farklılığını, üç boyutluluğu vs. görerek, bir biçimde eğitim almış olur¹⁵.

B. Farklı Bağlamlar İçinde Mağara Alegorisi

Mağara alegorisi üzerine yürütülen tartışmalar, bu çalışmada daha önce de belirtildiği üzere, alegoriyi büyük ölçüde eğitimle ilgisinde ele almaktadır. Eğitim felsefesinin temel sorularından birisi olan kimlerin ne şekilde eğitilmesi gerektiği sorusu Platon'un özellikle değerlendirme konusu yaptığı ve tartışmasını toplumun ihtiyaçlarını ve insan yeteneklerinin çeşitlerini analiz ederek başlattığı bir konudur¹⁶. Hatta Nel Noddings, 2., 3., 5. ve 7. kitaplarına atıfla, Devlet'in büyük kısmının eğitim problemleriyle ilgili olduğu saptamasında bulunur¹⁷.

Mağara imgesinin “kısmen Platoncu eğitim, epistemoloji ve metafiziğin bir örneği olsa da, aynı zamanda bir polis veya siyasi topluluktaki yaşamın doğasına, özellikle de siyasetin gerçeklik algılarını etkilemedeki rolüne dair içgörüler aktardığı” da ileri sürülmüştür¹⁸. Mağara alegorisi analiziyle LeMoine, Platon'un dünya görüşünün geleneksel olarak düşünüleninden daha eşitlikçi olduğu; Platon'un hiçbir kültürün homojen olmadığını kabul ettiği ve ayrıca entelektüel özgürleşme için kültürlerarası etkileşim potansiyelini gördüğü gibi sonuçlara ulaşmaktadır. Bu yoruma göre yol gösterici imge olarak mağaralar Platon'un kültürel çeşitlilik hakkındaki düşünceleri ile yabancılar hakkındaki görüşlerini tartışmak için de elverişli bir araçtır¹⁹.

Bu başlık altında, LeMoine'in çizdiği çerçeveden yararlanarak, mağara alegorisinin eğitimle, epistemoloji ve metafizikle, bir de siyasetle ilişkilendirilerek nasıl farklı biçimlerde yorumlandığına ilişkin üç farklı perspektiften örnek vermekle yetineceğim²⁰.

1. Mağara Alegorisini Eğitimle İlişkisinde Değerlendirme

Devlet'in 7. kitabı mağara alegorisiyle açılır ve “insan denen yaratığı eğitimle aydınlanmış ve aydınlanmamış olarak düşün²¹” cümlesiyle başlar. Bu yolla Sokrates, mağarayı insanın bu her iki yönünü kapsayacak biçimde insan doğasına benzetir²² ve alegoriyi ortaya koyduktan sonra da doğrudan eğitimle ilgili aşağıdaki çıkarımda bulunur:

“...Eğitim birçoklarının sandığı şey değildir. Onlara göre eğitim, bilgiden yoksun bir ruha bilgi koymaktır. Kör gözlerle görme gücü vermek gibi...”

- Öyle derler gerçekten.

- Oysa ki, bizim konuşmalarımız da şunu gösteriyor: Her ruhta bir öğrenme gücü ve bu işe yarayan bir örgen vardır. Gözün karanlıktan aydınlığa çevrilmesi için nasıl bütün beden bir deneme lazımsa, bu örgenin de bütün ruhla birlikte geçici şeylere sırtını dönüp varlığa bakabilmesi, varlığın en ışıklı yönüne, ‘iyi’ dediğimiz yönüne çevrilebilmesi gerekir, değil mi?

-Evet.

-Eğitim, ruhun bu gücünü ‘iyi’den yana çevirme ve bunun için en kolay, en şaşmaz yolu bulma sanatıdır. Yoksa ruha görme gücünü vermek değil; çünkü güç, onda kendiliğinden vardır; ama kötü

¹³ PLATON, 515 d-516 c, s.184.

¹⁴ Bu karşılaşma anı ve sonrasında güneşin ne anlam ifade ettiğini tartışan bir örnek şu şekildedir: “Burada güneş felsefi bilgiyi (episteme) simgeler. Eğitimle aydınlanmış kişi, felsefi bilgiye ulaşmış kişidir; ‘varsayımları aşa aşa asıl olana varan’, ‘türlere ayırabilen, aynı türden olanı başka başka, başka olanı da aynı türden görmeyen’, ‘bütünü, bütünlüğü görebilen’ kişidir.” (Bkz. DİNÇER, Kurtuluş: Kısaca Felsefe, Pharmakon Yayınları, Ankara, 2010, s.12.)

¹⁵ Bu sürece ve mağara alegorisinin tamamına ilişkin değerlendirmeleri için bkz. AYGÜN, Ömer: “An Apology in the Cave Light”, in Fagan, Patricia/ Russon, John (ed.), Reexamining Socrates in the Apology, Northwestern University Press, USA, 2009, p.250-270.

¹⁶ NODDINGS, s.2.

¹⁷ Bu belirlemesi ve Platon'un öğrencilerin kapasitelerine göre eğitilmeleri gerektiği yönündeki söyledikleri ile insanların üç kategori altında sınıflandırılarak “devletin ihtiyaçlarını karşılayan ehil yetişkinleri üretmesini” amaçlayan işlevselci eğitim modeli hakkında söylediklerinin eleştirel değerlendirmesini yaptığı kısım için bkz. NODDINGS, s.7-10.

¹⁸ Bkz. LEMOINE, s.57. LeMoine, mağarayı siyasi bir topluluktaki yaşamın temsili olarak görerek, mağaranın tüm siyasi toplulukların iskelet yapısını veya temel durumunu ortaya çıkardığını, ancak diyalogun bir bütün olarak mağaranın daha ince özelliklerinin topluluktan topluluğa farklılık göstereceğini vurguladığını ileri sürer. Bu yoruma göre esasen tek bir mağara yoktur. Farklı mağaralar, farklı gölgeler etrafında yanyana bulunan farklı insan toplulukları ve bunların herbiri birbirinden farklı sosyo-kültürel yapıları vardır. Gerçeklik her birinde farklı biçimlerde sosyal ve aynı zamanda kültürel olarak inşa edilir. Yazar bu anlatı aracılığıyla, Platon'un halklar arası ilişkiler ve kültürler arası etkileşim vizyonuna erişme imkanımız olduğunu belirtmektedir. (Bkz. LEMOINE, s.57.)

¹⁹ Bkz. LEMOINE, s.57.

²⁰ Bu yorumlamaya dayalı olarak yaptığı tasnif için bkz. LEMOINE, s.60-68.

²¹ PLATON, 514 a, s.183.

²² LEMOINE, s.60.

yöne devriktir. Bakılmayacak yana bakmaktadır. Eğitim onu yalnız iyi yana yöneltir²³.”

Burada anlatılanlar ve kurulan bağlantıdan hareketle LeMoine, “Sokrates’in bu hikâyeyi anlatmaktaki temel amacının muhataplarının eğitimin gerçekte neyi içerdiğini anlamalarına yardımcı olmak olduğu” şeklinde bir yorumlama yapılabileceğini; mağaranın cehalet durumunu, mağaradan çıkışın ise aydınlanma sürecini temsil ettiğini; mağara alegorisinde, eğitimin aşamalarıyla bilginin farklı aşamalarının (hayal gücü, güven, düşünce, akletme) örtüştüğünü ve bunlar aracılığıyla diyalogun ardından eğitimin gerçek doğasının ve ideal kentin yöneticilerinin eğitim müfredatının ortaya konduğunun söylenebileceğini dile getirir²⁴. Burada vurgulanması yerinde görünen saptama, mağara imgesinin gerçek eğitimi, kişinin eski yaşam tarzını istemeyeceğini gösteren dönüştürücü bir deneyim olarak sunmasıdır²⁵. Mağara imgesi, yurttaşların eğitim alırken gerçek bilgiye doğru acı verici ve zor bir tırmanışa zorlanmak yerine hoş ama entelektüel açıdan boğucu bir öğrenme biçimine mahkum edildiği bir eğitim sisteminin esaslı bir eleştirisini de içerir²⁶. Yalnızca filozoflar öğrencileri entelektüel özgürleşme arayışına teşvik edebilecektir ki bu durum, yani felsefe yoluyla aydınlanma, mağara dünyasında acı verici, yararsız ve tehlikeli bulunarak reddedilir²⁷.

Mağara alegorisinin eğitimle ilgisini, zincirlerinden kurtulan mahpusun yeniden mağaraya dönüp başkalarının bilgi edinmesini sağlayabilmesiyle ilişkili olarak değerlendiren Mark Debono ise meseleyi pedagojik açıdan bilginin aktarılmasının farklı yolları üzerinden inceler ve şu soruları sorar:

“Mağara sakini başkalarının bilgi edinmesini nasıl sağlayacaktır? Bu görev, bilgiyle ilgili ayrıcalıklı bir konum benimsenerek mi yerine getirilecektir yoksa mağara sakini, arkadaşlığı bilginin öğretilmesinden önce gelen bir değer olarak görmeyi tercih ederek farklı bir rol mü üstlenecektir?²⁸”

Bu yorumlama biçimiyle Debono, eğitimde “katılımcı” bir pedagojik yöntemin önemini ortaya koyar. Buna göre bilginin öğreten tarafından “aktarılan” bir şey olmaktan ziyade öğretmen-öğrenci ilişkisi sayesinde eleştirel bir bakışın kazanılabileceği katılımcı bir süreç olarak ele alınabileceğini ileri sürer²⁹. Bu gönüllü ve karşılıklı etkileşimi içeren eğitim süreci mağaradan çıktıktan sonra tekrar mağaraya dönen mahpusun bilgisini paylaşma arzusuyla ilişkilendirilir. Bilgi sahibi olarak ayrıcalıklı konumda olanın bir hakikati öğrenene aktardığı bir eğitim modeli, uyum içinde, arkadaşlığı ön planda tutan, sadece aktaracaklarını söylemek için değil, başkalarının söyleyeceklerini dinlemek için onlarla birlikte olan katılımcıların öznelere olduğu bir eğitim modeli örneği aracılığıyla eleştirilir³⁰.

2. Mağara Alegorisini Epistemik ve Metafizik Bir Yorum Işığında Değerlendirme

Mağara alegorisinin eğitimle ilişkilendirilme dışında bir diğer ele alınma şekli, bilginin doğası (epistemoloji) ve gerçekliğin kendisi (metafizik) hakkında söylenebileceklere odaklanır³¹. Buna göre mağaranın içindeki ve dışındaki zıt imgeler dolayısıyla hakikatin ne olduğu, bildiklerimizi nasıl bildiğimiz ve bilinebilecek olanın ne olduğu üzerinde durulur; mağara duyulur nesnelerin görünür alemini temsil ederken, mağaranın dışındaki dünya, fikirlerin veya formların anlaşılabilir alanını temsil eder³².

Mağaradan çıkan mahpusun yolculuğu üzerinden doxa ya da fikirden hakikate doğru ilerlemeye geçilirken, mahpus mağarada neyi nasıl gördüğü ile mağara dışında neyi nasıl gördüğünü karşılaştırmak yoluyla bilmenin ne anlama geldiğini gösterir³³. Bu durumu LeMoine şöyle ifade ediyor:

“Tek ışık kaynağı arkasında yanan ateş olduğundan, bir mahpus olarak duvarda sadece gölgeler görürken, mağaradan çıktıktan sonra güneşin doğrudan aydınlatması sayesinde dışarıdaki nesnelere görmeye başlar –bir süre sonra doğrudan görebildiği bir başka nesne. Bunu güneş benzetmesi ve bölünmüş çizgi analogisiyle birleştirdiğimizde, duysal deneyimle edinilen bilginin akletme yoluyla edinilen bilgiden daha aşağı olduğu ve görünür dünyanın bilgisinin akledilir dünyanın bilgisinden daha aşağı olduğu sonucu ortaya çıkar. Formları ve güneşin durumunda İyinin Formunu temsil eden mağaranın dışındaki nesnelere, gerçekten bilmek isteyen birinin gözünü dikmesi gereken şeylerdir. Bu tür bir bilgi ancak akıl yürütme yoluyla ortaya çıkabilir; bu nedenle muhafız sınıfının eğitim programı matematik, geometri ve astronomiden –zihni duysal algının ötesine geçen çalışmalarından– oluşur ve diyalektikle doruğa ulaşır³⁴...”

Mağaranın içindeyken verili bir duruma dayanma ve duyuların sağladığı deneyime güvenerek düşünmenin zorlayıcılığına direnme söz konusudur³⁵; ancak dışarı çıkıldığında başka tür bilme imkanlarına kapı aralayan bilgisel araçlara erişilir. Edward J. Conry ve Caryn L. Beck-Dudley bilgiye ulaşmayla ilgisinde mağara alegorisini değerlendirirken, “Bu alegori, hukukçulara hakikate ilişkin net algılara ulaşmanın çok

²³ PLATON, 518 c-d, s.186.

²⁴ LEMOINE, s.60-61.

²⁵ Bkz. LEMOINE, s.61. Eski yaşamın zincirlerinden kurtulan tutsak tarafından artık arzu edilir bir yaşam olmayacağını ortaya koyan diyalogun ilgili bölümü için bkz. PLATON, 516 c-d, s.184-185.

²⁶ Bkz. LEMOINE, s.61.

²⁷ LeMoine, alegorinin eğitimle ilgisini kurduğu bu yorumuna söz konusu eğitimin siyasetten ayrı düşünülmesi gerektiğini sonucunu da şu sözleriyle ekler: “...Sokrates’in mağara tasavvurundaki amacı yalnızca gerçek eğitimin neye benzediğini ortaya koymak değil, aynı zamanda filozofların yönetimini kurmanın hem zorluklarını hem de iddia edilen faydalarını açıklığa kavuşturmak –yani eğitim hakkında yadsınmaz siyasi çıkarımlar içeren bir mesaj iletme.” (LEMOINE, s.60-61.)

²⁸ DEBONO, Mark: “Lessons on Knowledge Transmission From Plato’s Allegory of the Cave: The Influence of Reason and Companionship on Transmissive and Participatory Pedagogies”, Ethics and Education, 18(2), 2023, s.181.

²⁹ Bkz. DEBONO, s.181-182 ve s.189-192.

³⁰ Bkz. DEBONO, s.192.

³¹ LEMOINE, s.62.

³² LEMOINE, s.62-63.

³³ LEMOINE, s.63.

³⁴ LEMOINE, s.63.

³⁵ LEMOINE, s.64.

zor olduğunu anlatır. Sıkı çalışma, sabır ve yeni hakikat vizyonlarına uyum sağlamak için zaman gerekir³⁶.” şeklinde bir belirlemede bulunurlar.

Mağara alegorisi, nesne ve o nesnenin kavramının bilgisi bağlamında form-idea üzerine tartışmalar gerçekleştirilirken; idealizm-materyalizm ayrımı hakkında fikir yürütülürken; nasıl bildiğimiz, nasıl anlaştığımız, dilin sembollerle ilişkisinde neyi ifade ettiği ortaya konurken; gerçek olan-gerçek olmayan ayrımı ya da bir şeyi gerçekten bilebilir miyiz sorusu etrafında düşünülürken kendisine referans verilen bir kaynağa dönüşmüştür.

3. Mağara Alegorisini Politikayla İlişkisinde Değerlendirme

Mağara alegorisinin bu yorumlanma biçiminde, mağaranın kendisi, içinde farklı rolleri olan bireylerin (mahpuslar, kuklacılar) yer aldığı bir toplumu ve tıpkı şehirler gibi anlaşılabilir bir ortak yaşam alanını sembolize eder. Alegorinin farklı yorumlarına bakıldığında bu iki grup insanın varlığı bile toplumun farklı katmanlarının siyasal yaşamdaki rolleri üzerinden ele alınabilmektedir³⁷. Örneğin hareket serbestisine sahip olmaları ve görülenlerin ne biçimde görülebileceğine etkileri gibi nedenlerle kuklacıların mahpusların durumundan önemli ölçüde sorumlu olduğu şeklinde bir yorum yapılmıştır³⁸. Bu yoruma göre, mahpusların yaşadığı mağarayı, prangaya vurulmuş olmalarından hareketle bir hapisaneye benzetmek, bu mağarayı doğal bedensel arzu ve ihtiyaçların bir temsili olarak görmek, mahpusların kendiliğinden bir hareketsizlikle sadece görmeleri istenen şeyi görebilecekleri bir hayatın içinde olduklarını ve kukla gösterisinin de kendi tarzında bir hapsedme aracı olarak görülebileceğini belirtmek yoluyla bir siyasal ortam tahayyülü gözümüzde canlandırılır³⁹. Kuklacılar kamuoyunu manipüle edenlerdir ve kendileri de mağarada sıkışık kalmışlardır. Onların durumu için LeMoine şunları söylemektedir:

“...Söylenilecek olan kuklacıların bir toplumda yalnızca kamuoyunun yanlışlığının farkında olmakla kalmayıp, aynı zamanda aldatmacanın yaratılmasında aktif olarak rol alan, ancak kendileri de mağarada sıkışık kalmış bireyleri sembolize ettiğidir...Zayıfların neleri görmesine, duymasına ve yapmasına izin verileceğini belirlerler, ancak mağaranın ötesinde bir yaşamı kabul etmezler. Kuklacıları ‘daha güçlü’ olarak yorumlamak, hem mahpusların hem de kuklacıların varlığını kabul ettikleri ve mağaradan hiç çıkmadan kendilerini kuklacı yaptıkları sürece, çeşitli insan gruplarını bu kategoriye dahil etmemize olanak tanır. Böylece, yasa koyucular, şairler ve sofistlerden oluşan bir bireyler yelpazesi hayal edilebilir⁴⁰.”

Mağara içindeki iktidar ilişkileri sadece mahpuslar ve kuklacılar üzerinden yorumlanmaz; mahpusların kendilerinin de bir tür iktidar mücadelesi içinde oldukları, gölgeler üzerine yürütülen tahmin yarışmaları aracılığıyla somutlaştırılır. Bu girişilen rekabet vesilesiyle birbirleri üzerinde güç kazandıkları ileri sürülür. Bu yorumlama biçimi, kuklacıların tüm mahpuslar üzerinde tesis ettiği “gölge devlet” gücüyle kıyaslandığında, mahpuslar arasındaki ilişkinin daha zayıf bir altlık-üstlük ilişkisine karşılık geldiğini belirtse de, mahpuslar açısından olup bitenler bir siyasi topluluğun dinamiklerini yansıtır, ona benzerler⁴¹. Alegoride yer alan ve serbest bırakılan mahpusun tekrar mağaraya dönmek istemesi halinde başına gelebileceklerin tartışıldığı bölüm de⁴² politik bir yorumla ele alınmıştır. Buna göre zihinleri prangaya vurulmuş olan topluluğun üyeleri, serbest bırakılan mahpus tarafından zincirlerinden kurtarılıp yukarı çıkarılmak istenirlerse buna direnecekler, imkanları olsa özgürlüğüne kavuşan mahpusu öldürmek isteyeceklerdir⁴³.

Hannah Arendt’in mağara alegorisi üzerine yazdıklarına bakıldığında da zincirlerinden kurtulmuş mahpus ve siyasal bir birim olarak şehrin (polisin) ilişkisine yaptığı vurgu dikkati çeker⁴⁴. Konuşma ve eylem faaliyetlerinin olmadığı mağaradan çıkan filozof, mağara sakinlerinin dünyasıyla yetinmemiş ve mağaradaki görünür gerçekliğin asıl gerçekliğin bir çarpıtması olduğunu farketmiş, şeylerin ne olduklarının nedenlerini araştırmaya başlamış ve görüşüşler mağarası dışında tek başına şeylerin nedenlerini ve özlerini (ki bunlar fikirlerdir) keşfetmiştir⁴⁵.

Gabriel Zamosc, mağara imgesiyle Platon’un Atina toplumu ve siyasetine ilişkin bir eleştiri getirdiğini şöyle açıklar:

³⁶ CONRY, Edward J./BECK-DUDLEY, Caryn L.: “Meta-Jurisprudence: The Epistemology of Law”, American Business Law Journal, 33(3), 1996, s.386.

³⁷ Bu farklı katmanların kimler olabileceği ve rolleri üzerine eleştirel bir inceleme için bkz. WILBERDING, James: “Prisoners And Puppeteers in The Cave”, in Sedley, David (ed.), Oxford Studies in Ancient Philosophy, Oxford University Press, 2004, s.117-139

³⁸ Bkz. LEMOINE, s.65.

³⁹ Bkz. LEMOINE, s.65-66.

⁴⁰ LEMOINE, s.66.

⁴¹ Bu değerlendirmeleri için bkz. LEMOINE, s.66-67.

⁴² Bkz. PLATON, 517 a-e, s.185-186.

⁴³ Bu bölümün insanların “ruhlarını doğru yöne çevirmeye cüret ettiği için” Sokrates’i idama mahkum eden toplum yapısını eleştiren biçimde okunabileceği yönündeki değerlendirmeleri için bkz. LEMOINE, s.68; ZAMOSC, Gabriel: “The Political Significance of Plato’s Allegory of the Cave”, Ideas y Valores, 66(165), 2017, s.257.

⁴⁴ Bkz. ARENDT, Hannah: “What Was Authority?”, NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy, 1, 1958, s.89-90. Arendt’in diğer eserleriyle karşılaştırmalı analizi için bkz. ABENSOUR, Miguel: “Against the Sovereignty of Philosophy over Politics: Arendt’s Reading of Plato’s Cave Allegory”, Social Research: An International Quarterly, 74(4), 2007, özellikle s.958-965.

⁴⁵ PINKOSKI, Nathan: “The Allegory of the Cave and the Problem of Platonism in Hannah Arendt and Leo Strauss”, Ethics & Politics, 21(3), 2019, s.211.

“Mağara imgesi aracılığıyla Platon, Atina toplumu ve siyasetine yönelik eleştirisini daha da ilerletir. Mağaranın kendisi, şehir için genişletilmiş bir metafordur. Platon, yozlaşmış kültürlerin, özellikle de demokratik eğilimli olanların, felsefi ruh üzerindeki korkunç etkileri hakkında siyasi bir açıklama yapmaktadır. Bu nedenle ideal şehrin ancak hükümetin tamamen yeniden yapılandırılmasıyla hayata geçeceğini iddia eder. Kültürel ortamın karşısına çıkardığı engelleri mucizevi bir şekilde aşmayı başaran ve olması gereken kişi haline gelen felsefi ruh, onu reforme etmek için mağaraya geri dönmelidir... O halde mağara, filozofun şehirle ilgili deneyimine dair siyasi bir alegoridir⁴⁶.”

Bu bölümde yer verilen mağara alegorisinin yaygın yorumlanma biçimlerinden örneklerin her birine eğitimde, dolayısıyla hukuk eğitiminde ilgili bağlamlarda yer vermek mümkündür. Bununla birlikte bu çalışmada Platon’un alegorisinin sunduğu bir imkana özellikle yoğunlaşmayı amaçlıyorum. Bu imkan, “bağlantılar kurarak düşünme”dir. Bu bağlamda aşağıdaki son bölümde mağara alegorisinde özellikle bağlantılar kurarak düşünme, bunlarla kavram bilgisine ulaşma, neden-sonuç ilişkisini görme, gerekçe verme gibi bilimsel araçların örnekleniyor oluşunun altını çiziceğim. Söz konusu bilimsel araçların bugün kamu yaşamında ve hukuk oluşturma ile uygulamada hayati bir rol üstlenebileceği; bu bakımlardan hukuk eğitiminde bağlantılı düşünme becerisi geliştirmek açısından bu alegorinin kullanılması imkanını tartışmaya açacağım. Bağlantılı düşünme becerisine ek olarak, hukuku bir toplumsal müzakere alanı olarak ele almak ile “özgürlük, çaba, görme gücü” gibi çeşitli insan olanaklarını hukuk eğitimi içerisinde tartışabilmek bakımından da mağara alegorisine göndermede bulunulabileceği düşüncesine yine bu son bölümde yer vereceğim.

IV. MAĞARA ALEGORİSİ VE HUKUK EĞİTİMİNDE FELSEFENİN İMKANLARINDAN YARARLANMAK

Yukarıda değinildiği üzere mağara alegorisinde dile getirilenler ile “kamusal yaşamda kişi” arasında çeşitli türden bağlantılar kurmaya yardımcı olan ve dolayısıyla hukuksal düşünme açısından yol gösterici olabilecek hususlardan bir tanesi, bu alegori aracılığıyla bir toplumsal müzakere alanı üzerine düşünmek; diğeri, ilgili alegorinin bağlantılar kurma ve akıl yürütme bakımından söyledikleri; bir başkası, mağara alegorisinin yardımıyla özgürlük ve çaba olanaklarının görünür kılınması; son olarak da hemen her koşulda bir potansiyel olarak insanın “görme” gücü üzerine bu alegorinin düşündürdükleridir.

A. Platon’un Mağarası Aracılığıyla Bir Toplumsal Müzakere Alanı Üzerine Düşünmek

Felsefenin sağladığı kavram ve bağlantı kurma bilgisiyse, düşünceleri değerlendirmek ve bunlardan hareketle yeni düşünceler ortaya koymak mümkün hale gelir. Bunu kişiler olarak kendi kendimize de yapabiliriz; ama insan aynı zamanda bir ilişki varlığıdır. Kendisiyle olduğu kadar karşısındakiyle, başkalarıyla ilişkiler kurar. Diyaloğun ilgili bölümü bağlamında, Ömer Aygün, ilk olarak “An Apology in the Cave Light” başlıklı makalesinde ortaya koyduğu “mağara içindeki” sosyal ilişki vurgusunu⁴⁷, “Platon’un Mağarasına Dönüş” başlıklı bir sunumunda şu şekilde ifade eder:

“...Öyleyse mağaradaki gündelik yaşam demin düşündüğümüzden çok daha ilginç: mahpusların ‘kendi aralarında’ [par’ allêlôn] konuları, övgüleri ve ödülleri var. Bu demektir ki, düşündüğümüzün tersine, mahpus toplumsal bir yaşam sürüyor, sürekli iletişim halinde, öbür mahpuslarla (ve mahpus olmayanlarla [515d2 ve devamı]) ortak bir dil konuşuyor, dolayısıyla ortak bir doğru-yanlış ayrımları var, ortak arzu ve hırsları var, çünkü mağarada güç ilişkileri var ve o güç için rekabet var, üstelik o gücün kaynağı mahpuslardan başka birisi (örneğin kuklacılar vesaire) değil; ortak bir iyi-kötü ayrımları var, yani ortak değerleri var ve hatta bu değerler ve ödüller dışarıdan değil mahpusların kendilerinden kaynaklanıyor (par’ allêlôn, ‘kendi aralarında’)⁴⁸...”

Mağara alegorisindeki tek tek kişilerin yaşamları içerisinde ve gölgeler karşısında yanyana olmalarında, çeşitli konuşmalar yaparak bir biçimde sosyalleşmelerinde olduğu gibi, bizler de parçası olduğumuz grupların, daha geniş çerçevede içinde yer aldığımız toplumun düzenine katılırız. Toplumsal düzeni inşa edip buna katılırken bu düzenin gereklerinde uzlaşmak her zaman doğrudan bir onaylamayla gerçekleşmez. Yanyana yaşamayı mümkün kılacak işbirliği araçlarını, insanca yaşama yollarını ve koşullarını geliştirmek üzere felsefi bilgi toplumsal kararların oluşumunda bir müzakere aracı olarak iş görür. Elbette mağaradaki mahpusları biraraya getiren, iletişime geçiren (alegoriden anlayabildiğimiz kadarıyla) tek başına bir toplum inşa etmek değildir; bununla birlikte yanyana bir yaşam kurma pratiğinin örnekleniyor oluşu, “bugünün dünyasında böylesi bir pratik daha insanca koşullarda yanyana ve beraberce yaşamak için nasıl iş görürdü?” sorusunu akla getiriyor. Bu bağlamda alegoride yer alan ve bir kamusal müzakere ortamını anımsatan yan yana yaşam pratiğinin, Platon’un Devlet’inden yüzyıllar sonra başka düşünürler tarafından farklı bağlamlarda ele alındığını söylemek mümkündür. Bunun bir örneği, Jürgen Habermas’ın kamusal yaşamda müzakere ve tartışmaya yer verdiği yaklaşımında görülebilir⁴⁹. Yasa koyucunun yaptığı faaliyetler karşısında, hukuk öznesinin müzakere ortamına katılarak bu faaliyetin karşılıklı bir parçası olabilmesi gerektiği üzerinde duran Lon L. Fuller’in görüşleri de bu bağlamda değerlendirilebilir⁵⁰.

⁴⁶ZAMOSC, s.261-262.

⁴⁷AYGÜN, “An Apology in the Cave Light”, s.252.

⁴⁸AYGÜN, Ömer: “Platon’un Mağarasına Dönüş”, ODTÜ Pazartesi Konuşmaları, 11 Kasım 2019, https://www.academia.edu/40946772/2019c_Sunum_%C3%96mer_Ayg%C3%BCn_Platonun_Ma%C4%9Faras%C4%B1na_D%C3%B6n%C3%BC%C5%9F_ODT%C3%9C_Pazartesi_Konu%C5%9Fmalar%C4%B1_12_11_2019_, s.3. (Erişim : 15.4.2024.)

⁴⁹Örnek olması açısından bkz. HABERMAS, Jürgen: Söylem Etiği, Seyit Coşkun (çev.), Fol Yayıncılık, Ankara, 2020, s.19-20; HABERMAS, Jürgen: Kamusalın Yeni Bir Yapısal Dönüşümü ve Müzakereci Demokrasi, Tanıl Bora (çev.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2023, özellikle s.9-54 ve s.71-88.

⁵⁰Bir örneği için bakınız FULLER, Lon L.: Hukukun Ahlakı, Engin Arıkan (çev.), Tekin Yayınevi, İstanbul, 2019, s.221-222.

B. Gölge, Nesnelere ve Güneş Arasında Bağlantılar Kuran İnsan Aracılığıyla Akıl Yürütme Becerisi Üzerine Düşünmek

Çeşitli türden özellikleriyle, olanaklarıyla insan üzerine düşünmek felsefenin insanı açıklamada izlediği yollardan birisidir⁵¹. Bu özelliklerden bir tanesi insanın etik eylemde bulunabilme olanağıdır. Bu olanağın hayata geçmesi için bir değerlendirme faaliyetinin gerekli olduğu ve ilgili faaliyetin her aşamasının tutarlı bağlantılar kurma ve bunu bir amaçla ilişkisinde yapma yeteneği gerektirdiğini söylemek gerekir. Mağara alegorisinde de kişiler, mahpusken dahi, çeşitli şeylerle ilgili bağlantılar kurarlar. Mağara duvarına yansıyan gölgeler hakkında, aktarıldığı kadarıyla, doğal bir biçimde tahminlerde bulunurlar ve gölgelere ilişkin tahmin yarışmaları düzenlerler⁵². Zincirinden kurtulup dışarı çıkabilen mahpus, bağlantı kurma konusunda bir adım daha ileri gitmiş, nesnelere, ışık, gölge ve güneş arasında bağlantılar kurmuştur. Aygün, mahpusun bu süreçte yaşamış olabileceklerini değerlendirirken böylesi bir “ilişki kurarak anlama” durumuna dikkatimizi çeker:

“...[Mahpus] daha önce anladığını sandığı bir şeyi anlar: gölgenin *gölge* olduğunu, yani bir gölgenin zorunlu olarak *başka bir şeyin gölgesi* olduğunu, dolayısıyla varolanların ikircikli olabildiğini: hem başlı başına bir karaltı, hem başka bir şeyin gölgesi.

Olaylar arasında yeni bir bağlantı keşfeder: olaylar arasındaki ardışıklık ilişkisinin ötesinde, tartışmalarla karar arasındaki ilişkinin ötesinde, mahpus başka bir nedensellik biçimi keşfeder: gölge-kukla arasındaki fiziksel nedenselliği. Bunun da dışında, edilgin bir biçimde sürüklenmeye indirgenemeyecek kendi eyleminin nedenselliğini⁵³.”

Mağara alegorisinde zincirlerinden kurtulan kişinin (ve hatta zincire bağlı mahpusların) doğal olarak ve sonra birtakım bağlantılı akıl yürütmeler sonucu kurdukları kavramsal ilişkiler aracılığıyla mağarada ve dışarısında görülenleri anlamlandırmaları durumu ile kamu yaşamında karar alma ve kurumlar oluşturma aşamalarındaki bağlantılı akıl yürütme arasında bir bağ kurmak mümkündür. Kamusal karar alma mekanizmalarının tamamında bu türden bir insan olanağına özellikle ihtiyaç duyulur; çünkü örneğin normlar hazırlayıp hukuk oluştururken, yeni toplumsal kurumlar inşa ederken, kaynağını insan eylemlerinden alsada da almasa da, karşılaşılan toplumsal sorunlar karşısında çözümler üretirken bu eylemlerin amacını belirlemek gerekmektedir. Kamuyu etkileyecek eylemlerin amaçlarını gerekçeleriyle ortaya koymak için de nedensellik ve bağlantılı düşünme yollarından yararlanılması beklenir. Gerekçelendirmede aranan bu bağlantılı düşünme yeteneği, hukuk normlarının veya mahkeme kararlarının hazırlanıp uygulanması açısından özellikle önemlidir.

C. Mağaradan Çıkan İnsanın “Özgürlüğü” ve Bir Olanak Olarak “Çaba” Üzerine Düşünmek

Mahpuslardan birisinin dışarı çıktığı anların anlatıldığı bölüm mağara alegorisinin en çarpıcı bölümlerindedir. Bu kişi zincirinden sıyrılıp mağaranın basamaklarından tırmandığı ve sonra dışarıda geçirdiği zamanlar boyunca kendisini, daha önceden yaşamadığı bir tecrübenin içinde bulur. Bu sorgulama, keşfetme ve öğrenme aşamalarının her birinde insanın çabasını okuruz. Belki de ilk defa bu kadar kuvvetli bir ışık kaynağıyla karşılaşan kişi, mağaraya dönmek yerine yola devam eder. Öğrenme ediminin her bir aşamasında şu ya da bu şekilde karşılaşılabilecek güçlüklerle mücadele eder, sebat gösterir. Israrı belirli bilgilere erişmesine imkan sunar. Diyalogda, dışarı çıkan kişinin aydınlıktan mağaranın karanlığına dönüp bu gördüklerini paylaşması halinde olacaklar konusunda pek iyimser bir tablo çizilmez⁵⁴, zincirinden kurtulan mahpus kişi bu durumdan bağımsız olarak, yine de özgürlüğünü kullanmaya çabalar, “bir başkasının hareketiyle sürüklenmek yerine, kendi kendine hareket eder⁵⁵.”

Mahpusun özellikle ışıkla ilk karşılaşmasının ardından yaptığı bir diğer şey çeşitli türden belirsizlikler içeren bu yolculuğu sürdürme iradesi göstermesidir. Bu durum Edgar Morin’in “geleceğin eğitimi için yedi gerekli bilgi”si içinde eğitimin karşılaması gerekenler arasında saydığı “belirsizlikleri göğüslemek” üzerine söylediklerini anımsatıyor⁵⁶. Mağaradan dışarı çıkma anından itibaren, “belirsizlikleri göğüsleyerek” belirli bilgilere erişebilen mahpusun durumu, bilgiye erişme kanallarını açık tutan bir eğitim için felsefeden

⁵¹ İnsanı çeşitli tür özellikleriyle beraber ele alan yaklaşımın iki örneği için Takiyettin Mengüşoğlu’nun felsefi antropolojisine ve Martha Nussbaum’un yapabilirlikler yaklaşımına bakmak mümkündür.

⁵² Bkz. PLATON, 516 d, s.185. Alegoride bahsi geçen bu tahminler önceki günlerdeki kuklaların yansımalarının anımsanması ve bağlantılı anımsanması yoluyla yapılıyor gibi görünüyor. Bu konuda, anımsamalar ve bağlantılı anımsamalar üzerine daha detaylı bir açıklamayı mağara alegorisinde değil ama bu iki kavram arasında bir ayrım yapan ve bağlantılı anımsamanın insana özgü bir şey olduğunu ortaya koyan Aristoteles’te buluyoruz. Şöyle söylüyor Aristoteles: “Anımsamak, bağlantılı anımsamaktan yalnızca zaman bakımından ayrılmaz, şu bakımdan da ayrılır: pek çok öteki hayvan anımsamadan pay alırken, bildiğimiz hayvanların hiçbirisi –insan hariç– bağlantılı anımsamadan pay almaz. Bunun nedeni şu: bağlantılı anımsama bir tür çıkarımdır. Nitekim bağlantılı anımsayan kişi, daha önce gördüğüne, işittiğine ya da bu türden bir şeye maruz kaldığına ilişkin bir çıkarım yapar ve bu, bir tür soruşturmadır. Bu ise yalnızca, kendilerinde emine boyuna düşünme olanağı da bulunanlar için söz konusudur. Nitekim emine boyuna düşünme, bir çıkarımdır.” (ARİSTOTELES: Anımsama ve Bağlantılı Anımsama Üzerine, Basut, Lale Levin/ Babür, Saffet (çev.), BilgeSu Yayıncılık, Ankara, 2022, s.12. Alıntıda koyu harfler bana aittir.)

⁵³ AYGÜN, “Platon’un Mağarasına Dönüş”, s.12.

⁵⁴ Mahpus mağaraya geri döndüğünde muhtemelen olabilecekler hakkında eserden bir örnek şu şekildedir: “...Daha gözleri karanlıklara alışmadan, ki kolay kolay da alışamaz, yeniden bu karanlıklar içinde düşünmek, zincirlerinden hiç kurtulmamış mahpuslarla gördükleri üzerinde tartışmak zorunda kalsa, herkes gülmez mi ona? Yukarıya, boşu boşuna çıkmış, üstelik de gözlerini bozup dönmüş demezler mi? Bu adam onları çözmeye, yukarıya götürmeye kalkışınca, ellerinden gelse, öldürmezler mi onu?” PLATON, 517 a, s.185.

⁵⁵ AYGÜN, “Platon’un Mağarasına Dönüş”, s.11.

⁵⁶ Morin bu bölümde şunu ifade ediyor: “Yeni bir bilinç su yüzüne çıkmaya başladı: Her yandan belirsizliklerle karşılaşan insan dünyası yeni bir serüvene sürüklendi. Belirsizliği göğüslemeyi öğrenmek gerekir. İşte bu nedenle eğitim, bilgiye bağlı belirsizlikleri tanımalıdır...” (MORIN, Edgar: Geleceğin Eğitimi İçin Gerekli Yedi Bilgi, Hüsnü Dilli (çev.), 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s.57.)

yararlanılabileceğini gösteren bir örnek. Böylesi bir eğitimin amaçları ve koşullarını oluşturacak bilgileri ortaya koymak da felsefenin bugün hukuk eğitimine sunabileceği araçların en önemlilerinden birisi olarak görünüyor.

D. Mağaranın İçinde ve Dışında Var Olan Bir Potansiyel Olarak “Görme Gücü” Üzerine Düşünmek

Mağara alegorisinin bize gösterdiği bir diğer şey, kişilerin görme gücüne sahip bir potansiyelleri oluşudur. Felsefe eğitiminin ve burada örneği verilen anlatıların hukuk eğitimine dahil edilmesi bu potansiyelin ortaya konmasında yol gösterici olabilir. Burada sözü edilen görme farklı biçimlerde ele alınabilir. Örneğin kamusal yaşamın belirli değerlerle ilişki kurularak yaşanmasından örnekler göstermesi açısından mağara alegorisinden yararlanılabilir. Böylesi bir bağlantıyı görme ile iyi isteme arasında kuran Valerie V. Peterson, mağara alegorisindeki aydınlanmanın yalnızca güneşi gördüğü için kendini mutlu saymak olmadığını, aynı zamanda karanlığa yeniden girmenin neden olduğu körlüğe rağmen mağaraya dönmek anlamına gelse bile iyiyi yapmak, sahip oldukları vizyonu diğerleriyle paylaşmak demek olduğunu dile getirir⁵⁷. Hukuk eğitimi özelinde ele aldığımızda adalet, eşitlik, özgürlük gibi hukukla ilgili temel değerlerin insan için anlamının “görülmesi”, adaletsizliğin ve adaletsizliğin aşılması için gereken adımların neler olabileceğinin “görülmesi⁵⁸” bu bağlamda düşünülebilir.

Felsefenin gelişmesine katkıda bulunduğu “görme gücü”nü, yukarıda üzerinde durulan bağlantı kurma becerisi ve kişi özgürlüğüyle beraber değerlendirmek bu çalışmanın sorusu bakımından daha faydalı görünüyor; zira bu üç imkan tek tek bireylere ve toplumun üyesi olarak yurttaşlara, en çok da hukuku oluşturan ve uygulayanlara kendileriyle ve yaptıklarıyla ilişkileri hakkında düşünme fırsatı sunar. Bu yaptıklarımızın içinde değerli eylemlerimizle amaçlarını gerçekleştirmek üzere meslekler oluşturup bunlarla kamu yaşamına katılmak; devlet gibi kamusal örgütlenmeler oluşturmak; insan hakları, eşitlik, özgürlük gibi kavramları temel alan bir hukuku yapılandırmak da vardır. Bu kurumların aksayan yanlarının görülmesi ve yeniden yapılandırılmaları için de belirli bir görme gücüne ihtiyaç duyulur.

V. SONUÇ

Kendi kendimize ya da gerçekten görmeyi gösterebilen rehberler eşliğinde düşünme olanağı sunmak ve bunları hayata geçirme yeteneği kazandırmak felsefenin sağladığı en önemli olanaklardır. Değerlendirmeler yapmak, kamusal olanları da içeren kararlar almak, bu kararların ve sonuçlarının değerini fark etmek, türleri arasındaki farkları görmek, belirli bir amaca yönelmelerini sağlayabilmek esasında felsefi bilginin yardımıyla olmaktadır. Toplumsal yaşamı kuranın tek tek kişiler olduğu düşünüldüğünde, çeşitli türden erdemleri kamusal yaşamda hayata geçirebilmek de, bunu tesadüfi biçimde yapmıyorsak yine felsefi bilgi gerektirir. İnsansal bir etkinlik olarak felsefi akıl yürütmenin, mesleği, konumu ve tüm diğer özellikleri bakımından farklılaşan yanlarıyla herkesin yapabileceği, hatta yapmadan duramayacağı bir şey olduğunu göstermek bakımından Platon’un mağara alegorisi işlevsel bir örnektir.

Yukarıda dile getirilen kazanımların hukuk normlarının oluşturulması, uygulanması ve bir bütün olarak hukuk kurumunun amacının tartışılması çerçevesinde hukuk eğitimine dahil edilebilmesi bakımından mağara alegorisi türünden felsefi anlatılardan yararlanılabilir. Bu çalışmada yer verilen bağlamlar dikkate alındığında, öncelikle farklı türden bilgilerin edinilmesinin, politikanın amacının, genel olarak eğitim faaliyetinin sağladıklarının hukukla ilişkisini göstermede söz konusu alegori bir araç olarak kullanılabilir. Kişiden gelen bağlantılı düşünme becerisi ile “özgürlük, çaba, görme gücü” gibi çeşitli insan olanaklarının örneklerinin görülmesi ve hukukun bir toplumsal müzakere alanı olarak tartışılması bakımından da bu anlatıya başvurulabilir. Dolayısıyla bu alegorideki özneler, nesnelere ve mekanlar üzerine yürütülecek tartışmaları hukuk eğitimine –özellikle hukuk felsefesi eğitime– dahil etmek, hem hukuk fakültelerinde eğitim verenler hem de hukuk fakültesi öğrencileri açısından yol gösterici bir araç olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- ABBOTT, H. Porter: The Cambridge Introduction to Narrative, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- ABENSOUR, Miguel: “Against the Sovereignty of Philosophy over Politics: Arendt’s Reading of Plato’s Cave Allegory”, *Social Research: An International Quarterly*, 74(4), 2007, s.955-982.
- ARENDT, Hannah: “What Was Authority?”, *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy*, 1, 1958, s.81-112.
- ARİSTOTELES: Anımsama ve Bağlantılı Anımsama Üzerine, Basut, Lale Levin/ Babür, Saffet (çev.), BilgeSu Yayıncılık, Ankara, 2022.
- AYGÜN, Ömer: “An Apology in the Cave Light”, in Fagan, Patricia/ Russon, John (ed.), *Reexamining Socrates in the Apology*, Northwestern University Press, USA, 2009, s.250-270.
- AYGÜN, Ömer: “Platon’un Mağarasına Dönüş”, ODTÜ Pazartesi Konuşmaları, 11 Kasım 2019, https://www.academia.edu/40946772/2019c_Sunum_%C3%96mer_Ayg%C3%BCn_Platonun_Ma%C4%9Faras%C4%B1na_D%C3%B6n%C5%9F_ODT%C3%9C_Pazartesi_Konu%C5%9Fmalar%C4%B1_12_11_2019_, (Erişim : 15.4.2024.)
- BARON, Jane B./EPSTEIN, Julia: “Is Law Narrative?”, *Buffalo Law Review*, 45, 1997, s.141-187.
- BROOKS, Peter: “Narrative Transactions-Does the Law Need a Narratology?”, *Yale Journal of Law & Humanities*, 18(1), 2006, s.1-28.
- COMTE-SPONVILLE, André: Felsefe Nedir?, İsmet Birkan (çev.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2022.

⁵⁷ PETERSON, Valerie V.: “Plato’s Allegory of the Cave: Literacy and ‘The Good’”, *Review of Communication*, 17(4), 2017, s.274.

⁵⁸ Özellikle adaletsizliği böyle bir perspektifle görmenin önemine ilişkin yaptığı belirlemeler için bkz. UYGUR, Gülriz: *Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları*, Ankara, 2013, özellikle s.85-140.

- CONRY, Edward J./BECK-DUDLEY, Caryn L.: “Meta-Jurisprudence: The Epistemology of Law”, American Business Law Journal, 33(3), 1996, s.373-450.
- DEBONO, Mark: “Lessons on Knowledge Transmission From Plato’s Allegory of the Cave: The Influence of Reason and Companionship on Transmissive and Participatory Pedagogies”, Ethics and Education, 18(2), 2023, s.181-194.
- Dİ DONATO, Flora: The Analysis of Legal Cases-A Narrative Approach, Routledge, 2020.
- DİNÇER, Kurtuluş: Kısaca Felsefe, Pharmakon Yayınları, Ankara, 2010.
- EDWARDS, Linda H.: “Speaking of Stories and Law”, Legal Communications and Rhetoric: JALWD, 13, 2016, s.157-179.
- FULLER, Lon L.: Hukukun Ahlakı, Engin Arıkan (çev.), Tekin Yayınevi, İstanbul, 2019.
- HABERMAS, Jürgen: Söylem Etiği, Seyit Coşkun (çev.), Fol Yayıncılık, Ankara, 2020.
- HABERMAS, Jürgen: Kamusalığın Yeni Bir Yapısal Dönüşümü ve Müzakereci Demokrasi, Tanıl Bora (çev.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2023.
- KUÇURADİ, İoanna: Sanata Felsefeyle Bakmak, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2009.
- KUÇURADİ, İoanna: “Platon ve Aristoteles’i Ortaçağ Gözlüklerini Çıkararak Okumak”, Trans, No:25, <https://www.inst.at/trans/25/platon-ve-aristotelesi/>, (Erişim: 15.4.2024)
- LEMOINE, Rebecca: Plato's Caves: The Liberating Sting of Cultural Diversity, Oxford University Press, New York, 2020.
- MILLER, Binny: “Telling Stories About Cases and Clients: The Ethics of Narrative”, Georgetown Journal of Legal Ethics, 14(1), 2000, s.1-54.
- MORIN, Edgar: Geleceğin Eğitimi İçin Gerekli Yedi Bilgi, Hüsnü Dilli (çev.), 4. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.
- NODDINGS, Nel: Eğitim Felsefesi, Raşit Çelik (çev.), Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2020.
- NUSSBAUM, Martha C.: Her Şey Çıkar İçin Mi?-Demokrasi Neden İnsanlığa İhtiyaç Duyuyor?, İremSağlamer (çev.), Sander Yayınları, İstanbul, 2022.
- PETERSON, Valerie V.: “Plato’s Allegory of the Cave: Literacy and ‘The Good’”, Review of Communication, 17(4), 2017, s.273-287.
- PINKOSKI, Nathan: “The Allegory of the Cave and the Problem of Platonism in Hannah Arendt and Leo Strauss”, Ethics & Politics, 21(3), 2019, s.201-228.
- PLATON: Devlet, Eyüboğlu, Sabahattin/Cimcoz, M. Ali (çev.), 9. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2005.
- UYGUR, Gülriz: Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.
- UYGUR, Gülriz/İSPİR, Zeynep (ed.), Hukukta Anlatı-Hukukun Anlatısı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- WILBERDING, James: “Prisoners And Puppeteers in The Cave”, in Sedley, David (ed.), Oxford Studies in Ancient Philosophy, Oxford University Press, 2004, s.117-139.
- ZAMOSC, Gabriel: “The Political Significance of Plato’s Allegory of the Cave”, Ideas y Valores, 66(165), 2017, s.237-265.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Zeynep İSPİR, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Zeynep İSPİR, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

ORTAK VASIYETNAMENİN GEÇERLİLİĞİ

VALIDITY OF A JOINT WILL

Yasemin DURAK*  

Makale Bilgi

Gönderi: 25/03/2024
Kabul : 25/06/2024

Anahtar Kelimeler

*Ortak Vasiyetname,
Müşterek Vasiyetname,
Birlikte Vasiyetname,
Karşılıklı Vasiyetname,
Birbirine Bağlı
Vasiyetname.*

Article Info

Received: 25/03/2024
Accepted: 25/06/2024

Keywords

*Joint Will,
Joint Testament,
Joint Will,
Mutual Will,
Interdependent Will.*

Özet

10.21492/inuhfd.1458389 

Ortak vasiyetname Alman Medeni Kanunu'nda yer alan, Türk-İsviçre Hukuku bakımından ise geçerliliği hem doktrinde hem de yargıda tartışılan bir konu olmuştur. Avusturya Medeni Kanunu'nda da ortak vasiyetname düzenleme bulmuştur. Bu vasiyetname türünde birden fazla kişi aynı veya farklı belgelerde ölüme bağlı tasarruflarını açıklayabilecekleri gibi vasiyetname düzenleyenler karşılıklı olarak da birbirleri lehine tasarruflarda bulunabilir ya da vasiyetnamelerden birinin geçerliliği diğerinin geçerliliğine bağlanabilir. Ortak vasiyetname; birlikte vasiyetname, karşılıklı vasiyetname ve birbirine bağlı vasiyetname olarak üçe ayrılmaktadır. Gerek Alman Hukukunda gerekse Avusturya Hukukunda sadece eşler ortak vasiyetname yapabileceklerdir. Alman Medeni Kanunu'nda yer bulan bu vasiyetname türünün Türk Hukuku bakımından da geçerliliği ele alınmalıdır. Öğretide ortak vasiyetname türlerinden karşılıklı ve birbirine bağlı vasiyetnamenin geçerliliği kabul edilirken, birlikte vasiyetname geçerli kabul edilmemektedir. Ayrıca ortak vasiyetnamenin geçerliliği tespit edilirken tahvil yoluyla ayakta tutulup tutulamayacağı noktasında da farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu hususta birlikte vasiyetname, tahvil yoluyla, vasiyetnameyi yapanlardan biri için geçerli olarak kabul edilebilmektedir. Ortak vasiyetnameye İsviçre Medeni Kanunu Tasarısı'nda yer verilmiş, ancak daha sonra Tasarı'dan çıkarılmıştır.

Abstract

Joint wills are regulated in the German Civil Code, and their validity in terms of Turkish-Swiss Law has been a subject of debate both in the doctrine and in the judiciary. The Austrian Civil Code also regulates joint wills. In this type of will, more than one person may declare their testamentary dispositions in the same or different documents, or the testators may make mutual dispositions in favor of each other, or the validity of one of the wills may depend on the validity of the other. Joint wills are divided into three as joint wills, mutual wills, and interdependent wills. In both German and Austrian law, only spouses can make joint wills. The validity of this type of will, which is included in the German Civil Code, should also be addressed in terms of Turkish Law. While the doctrine accepts the validity of mutual and interdependent wills among the types of joint wills, joint wills are not accepted as valid. In addition, while determining the validity of a joint will, different opinions have been put forward as to whether it can be kept alive through a bond. In this regard, a joint will may be recognized as valid for one of the testators through a testamentary bond. Joint wills were included in the Draft Swiss Civil Code, but were later removed from the Draft Code.

EXTENDED SUMMARY

Joint wills are issued in order to secure the financial interests of the spouses, especially their common children. Under German law, only spouses can make a joint will.

A joint will is a testamentary disposition in which more than one heir jointly declares their last wishes in order to unilaterally dispose of their assets.

In a joint will, more than one heir declares their last wishes at the same time and in the same document. In this type of will, it is important to make dispositions within the same document. It is possible to make different testamentary dispositions within the same document. In a joint will, the testators do not make dispositions to each other, but to third parties. Under German law, spouses usually make a will to their children. In this type of testament, the wills of more than one person are summarized in a document only in appearance and are not consciously linked. This form, which is rare in practice, is not a joint will within the meaning of § 2265 et seq. BGB. For this reason, a joint will is also referred to as a "community of wills".

In a mutual will, the testators make testamentary dispositions in favor of each other. According to one opinion, there is no common will here. In this case, while the will of the first deceased person will have consequences, the will of the other person will not have consequences. Consequently, there is no addressee to execute the will of the spouse who died in the second place. Here, the wills must be included in the same document. Otherwise, there will be no need to express it as a joint will. Because the spouses may appoint each other as testator separately.

Each spouse appoints the other as the preliminary heir, the third person as the subsequent heir, and the substitute heir in case the other dies before or at the same time. In this case, this arrangement is called a "separation solution" since the third person receives the estate partly as the heir of the first deceased spouse and partly as the full heir of the longest-lived spouse. Here, each spouse appoints the other as the sole heir and the third as the substitute heir in case the other dies before or at the same time. Thus, the third party becomes the owner of the estate upon the death of the long-lived spouse. The term "Berliner Testament" has become popular for this method.

In the case of interdependent wills, the validity of one of the wills depends on the validity of the other. Consequently, the invalidity of one of the wills will render the other will invalid. According to one opinion, interdependent wills cannot be considered as joint wills.

A will can be made both mutually and interdependently. At this point, a mixed will can be mentioned. For example, spouses may make testamentary dispositions to each other with the same document and the validity of one of them may depend on the other.

Interdependent wills can be revoked or changed by one of the spouses at any time after the death of the other spouse without the consent of the other spouse.

If the spouses agree, they can revoke interdependent dispositions in the same way as a joint will. Here, a unilateral will issued by the other spouse is not sufficient. The revocation of interdependent dispositions will give the spouses freedom of disposition again. According to § 2272 BGB, a joint will can only be revoked jointly by both spouses in accordance with § 2256 BGB.

According to the view that a joint will is not valid, joint testamentary dispositions can only be made in the form of an inheritance contract, which is a bilateral legal transaction.

Different opinions have been put forward on the validity of joint testamentary dispositions according to their types. According to one opinion, joint testamentary dispositions are invalid, while interdependent and mutual testamentary dispositions are valid.

According to another opinion, joint wills in a single document are invalid since they are not regulated by law. According to another opinion, the testamentary dispositions issued with the same document, especially the dispositions made by spouses to each other, are invalid. As stated above, it is accepted that such a legal transaction will only be valid if it is made with an inheritance agreement. This view has been criticized and it has been emphasized that when such an inheritance contract is valid, joint wills should also be valid.

According to an idea put forward in terms of the type of invalidity, joint wills are subject to the sanction of revocability. The reason for revocability is the violation of the form (Art. 557/I b. 4 of the TCC). Therefore, according to this opinion, the will will be valid as long as it is not revoked. In order to revoke an invalid will, it will be necessary to file an annulment lawsuit.

According to a second opinion defending the invalidity of a joint will, the sanction of absolute nullity is in question here. The view of absolute nullity has been defended because the legislator has not stipulated any provision for joint wills issued in a single text. In this case, there is no need to file a lawsuit. The joint will shall be null and void automatically.

There is a tendency to accept mutual wills and interdependent wills as valid, provided that the formal requirements stipulated in the Law are complied with. This is because there is no obstacle to make a conditional will.

According to another opinion, in cases where the joint will is included in the same paper, if the conditions for two separate wills are met, the dispositions may be considered valid as two independent wills even if they are dependent on each other. Thus, the will of the disposer will be recognized as superior. According to another opinion, joint wills are possible and may be executed by any two or more persons.

Another issue that needs to be addressed is the institution of bonds. A bond is a legal transaction that is invalid, provided that it meets the conditions of another valid legal transaction, and is kept alive by taking into consideration the will of the parties. While there are those who consider bonds possible in joint wills, it is also stated that bonds are not possible, especially in interconnected joint wills.

I. GİRİŞ

Ortak vasiyetnameler Türk-İsviçre Hukukunda yer almamakla birlikte Alman Hukukunda var olan bir kavramdır. Ortak vasiyetname Alman Medeni Kanunu'nun § 2265 – § 2272 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Hukukunda da bu vasiyetname türünün geçerli olup olmadığı hususunda tartışmalar yapılmıştır.

Bu özel vasiyetname biçimi özellikle ortak çocukların mali çıkarlarını güvence altına almak ve tereke planlamasına olanak tanımak amacıyla düzenlenmektedir¹. Alman Hukukuna göre sadece eşlerin ortak vasiyetname yapması söz konusudur. Haliyle ortak vasiyetname, geçerli bir evlilik içinde düzenlenmesi halinde mümkündür². Ayrıca kayıtlı birliktelikteki kişilere de (LPartG. § 10 Abs. 4 S. 1) ortak vasiyetname yetkisi verilmiştir³. Sonraki bir evlilik, evli olmayan kişilerin yapmış olduğu ortak vasiyetnamenin geçersizliğini ortadan kaldıramaz. Buna karşılık, boşanma, ortak vasiyetnamenin geçerliliğini yitirdiği anlamına gelmez. § 2268 f.1, madde 2077 ile bağlantılı olarak, ortak bir vasiyetnamenin boşanma halinde genellikle bütünüyle geçersiz hale geleceğini öngörmektedir. Ancak, 2268. maddenin 2. fıkrasına göre, bu durum yalnızca vasiyet eden kişinin başka bir iradesi varsayılmadığı sürece geçerlidir⁴.

Ortak vasiyetname; el yazılı vasiyetname, resmi vasiyetname ve acil durum vasiyetnamesi (sözlü vasiyetname) olarak düzenlenebilir⁵.

Vasiyetname metninin sadece bir eş tarafından elle yazılması yeterlidir. Ancak bir eş önce kendi vasiyetnamesini yazıp imzaladıktan sonra diğer eşin vasiyetnamesini de yazacaktır⁶.

El yazısı ile ortak vasiyetname olması durumunda metne yapılan eklemeler de en az bir eş tarafından yazılmalı ve her ikisi tarafından imzalanmalıdır⁷.

II. ORTAK VASIYETNEMENİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Birden fazla mirasbırakanın, malvarlıkları üzerinde tek taraflı olarak tasarrufta bulunmak amacıyla birlikte son arzularını açıkladıkları ölüme bağlı tasarruf ortak vasiyetname olarak ifade edilmektedir⁸. Her ne kadar tanımda birden fazla mirasbırakandan söz etse de Alman hukukuna göre sadece eşler ortak vasiyetname yapabilir. Ayrıca fiili birliktelikteki kişiler de bu vasiyetname türünden yararlanabilir (LPartG, §§ 2266 ff)⁹.

Ortak bir vasiyetname her iki eşin ölüme bağlı tasarruflarını içermelidir¹⁰. Ayrıca birden fazla mirasbırakanın karşılıklı olarak veya üçüncü bir kişiyi vasiyet alacaklısı veya mirasçı olarak tayin ettikleri bir vasiyetname de mümkün olabilmektedir.

Ortak vasiyetnamenin tanımı, 5 Ekim 1961 tarihli Vasiyetnamelerin Şekline Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi¹¹ (Haager Testamentsformübenienkommen/ TestÜbk) 4. maddesine dayanmaktadır: Maddeye göre “Bu sözleşme iki veya daha çok kişinin tek bir belgeyle yaptıkları vasiyet tasarruflarının şekillerinde de uygulanır¹².”

Avrupa Miras Antlaşması'na (Europäische Erbrechtsverordnung EU-ErbVO) göre miras sözleşmesinin tanımı ise, 1989 tarihli Miras Hukukuna İlişkin Lahey Sözleşmesi'nin (ErbÜbk) 8. maddesine

¹ HAU, Wolfgang/POSECK, Roman/LITZENBURGER, Wolfgang: BeckOK Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Edition, C.H.BECK, München 2022, BGB § 2265, Rn.1.

² HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2265, Rn.16.

³ FRANK, Rainer/HELMS, Tobias: Erbrecht, 7. Auflage, C.H.BECK, München 2018, § Gemeinschaftliches Testament, Rn.5.

⁴ FRANK/HELMS, § Gemeinschaftliches Testament, Rn.6.

⁵ FRANK/HELMS, § Gemeinschaftliches Testament, Rn.7.

⁶ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2267, Rn.4.

⁷ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2267, Rn.9.

⁸ DURAL, Mustafa/ÖZ Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt 4 Miras Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s.52; DURAL, Mustafa: “İsviçre Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 3(4), 1969, s.165; YILMAZ, Süleyman: Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku, 2.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s.182; KOCA YUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s.129; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2010, s.213; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.178; ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.162; AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1989, s.80; ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.540; EREN, Fikret/YÜCER-AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s.134; ERGÜNE, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.24-26; ÖZÜGÜR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanunu'ndan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.827; RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: Vasiyetname, Miras Sözleşmesi, Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali ve Tenkis Davası (2021), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.38; RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: Vasiyetname ve Miras Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar (2023), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.46; TEKDOĞAN, Aydın: Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.103; GÜNAY, Erhan: Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları (2015), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s.265; GÜNAY, Erhan: Soru ve Cevaplarla Miras El Kitabı (2023), 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.168; ATLI, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.29; ÇİFTÇİ, Hasan: Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.30; KIRAC, Onur: Vasiyetnamenin Yürürlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021, s.19; AĞCA-TOPLANDI, Pınar: Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s.8; AYDIN, Sema: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sözlü Vasiyetname, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2016, s.10, dn.42.

⁹ RÖMERMANN, Volker: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 5. Auflage, C.H.BECK, München 2023, Rn.140.

¹⁰ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2265, Rn.8.

¹¹ Das Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht.

¹² LEIPOLD, Dieter: “Das Europäische Erbrecht (EuErbVO) und das deutsche gemeinschaftliche Testament”, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnahfolge, (3), 2014, s.142.

dayanmaktadır. Bu hükme göre miras sözleşmesi, yazılı veya karşılıklı yazılı olarak yapılan veya karşılıklı vasiyetnameler neticesinde oluşan ve tarafların bir ya da birden fazla kişinin gelecekteki mal ya da mallar üzerindeki haklarını kuran, değiştiren veya sona erdiren, ivazlı ya da ivazsız sözleşmelerdir (Art. 3/1 b). Yapılan bu tanımın hem miras sözleşmesini hem de Alman Miras Hukuku kapsamındaki ortak vasiyetnameyi kapsadığı anlaşılmaktadır¹³. Burada kabul edilen görüşe göre, Alman Hukukuna göre ortak vasiyetnameler, bir veya daha fazla belgede yer alıp almadığına bakılmaksızın, miras sözleşmesinin kapsamına girer¹⁴.

Ortak vasiyetnameyi hukuki nitelik olarak, vasiyetname ile miras sözleşmesi arasında yer alan bir kavram olarak değerlendiren görüş bulunmaktadır¹⁵. Diğer bir fikre göre iki veya daha fazla kişinin birlikte vasiyetname yapmaları ve bu tek vasiyetnamede karşılıklı olarak birbirleri hakkında ölüme bağlı tasarrufla bulunmaları ortak vasiyetnamedir. Ancak bu durumun Türk hukukuna göre geçerli olmadığı ifade edilmiştir¹⁶.

BGB § 2265'e göre ortak bir vasiyetname sadece eşler tarafından düzenlenebilir. BGB § 2266 ise sözlü ortak vasiyetnameyi düzenlemiştir. Hükme göre §§ 2249 ve 2250'de¹⁷ öngörülen şartlar eşlerden sadece birinde var olduğunda ortak bir vasiyetname, §§ 2249, 2250'ye göre düzenlenebilir.

BGB § 2267 ise el yazılı ortak vasiyetnameyi düzenlemiştir¹⁸. Hükme göre madde 2247¹⁹ uyarınca ortak bir vasiyetname düzenlemek için eşlerden birinin vasiyetnameyi burada öngörülen şekilde düzenlemesi ve diğer eşin ortak beyanı kendi eliyle imzalaması yeterlidir. İmzayı atan eş, imzasını attığı zamanı (gün, ay ve yıl) ve yeri belirtmelidir. Görüldüğü üzere burada Türk hukukundan farklı olarak düzenleme yerinden de söz edilmiştir.

Avusturya Medeni Kanunu'nda da ortak vasiyetname (wechselseitige Testamente) düzenlenmiştir. ABGB § 1248'e göre eşlerin birbirlerini veya başka kişileri vasiyetnamede mirasçı olarak atamaları mümkündür. Böyle bir vasiyetname de geri alınabilir; ancak bir tarafın geri alması diğer tarafın da geri almasını gerektirmez.

Ortak vasiyetnamede önemli olan malvarlığı üzerinde birden fazla miras bırakanın birlikte tasarrufla bulunma iradesidir. Ortak vasiyetname üç şekilde ortaya çıkabilir:

III. ÇEŞİTLERİ

A. Birlikte Vasiyetname(gleichzeitiges gemeinschaftliches Testament)

Birlikte vasiyetnamede birden fazla mirasbırakan aynı anda ve aynı belge içinde son arzularını açıklamaktadırlar²⁰. Bu vasiyetname türünde aynı belge içinde tasarrufla bulunmak önemlidir. Aynı belge içinde farklı ölüme bağlı tasarruflarda bulunulması ise mümkündür. Birlikte vasiyetname türünde vasiyet eden kişiler birbirlerine tasarrufla bulunmayıp, üçüncü kişilere tasarrufla bulunmaktadırlar. Alman hukukuna göre eşler genellikle çocuklarına vasiyette bulunmaktadırlar.

Bu vasiyetname türünde, birden fazla kişinin vasiyetleri, sadece görünüşte bir belgede özetlenmiştir ve bilinçli olarak ilişkilendirilmemiştir. Pratikte ender görülen bu şekil, §§ BGB § 2265 vd. anlamında ortak bir irade değildir. Bu nedenle birlikte vasiyetname, "vasiyet topluluğu" olarak da adlandırılmıştır.²¹

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre

“Mahkemece, iptal konusu vasiyetnamenin, birlikte vasiyetname niteliğinde olduğu belirtilerek yasa da öngörülen şartlara uygun olmadığından, geçerli sayılamayacağı kararı verilmişse de, mirasbırakan ve sağ eşinin, iki şahit huzurunda, noterde düzenleme şeklinde hazırlanan tek bir vasiyetname ile mirasçılıktan çıkarma işlemi yapmış olmalarında da usule aykırılık yoktur. Zira mirasbırakan ve eşi tarafından imzalanan vasiyetnamede, birbirine bağlı veya iç içe geçmiş tasarruflar bulunmayıp eşlerin, birlikte, tek bir vasiyetname ile yalnızca çıkarmaya ilişkin iradelerini açıklama durumları söz konusu olduğundan, davaya konu vasiyetnamenin ortak vasiyetname gibi değerlendirilmek suretiyle geçersiz kabul edilmesi isabetli olmamıştır.”²²

B. Karşılıklı Vasiyetname(gegenseitiges gemeinschaftliches Testament)

Karşılıklı vasiyetnamede vasiyetname düzenleyenler birbirleri lehine ölüme bağlı tasarruflarda bulunurlar²³. Bu durumda ilk ölen kişinin vasiyetnamesi sonuç doğururken, diğer kişinin vasiyetnamesi sonuç doğurmayacaktır²⁴. Haliyle ikinci sırada ölen eşin vasiyetnamesinin ifa edileceği bir muhatap

¹³ LEIPOLD, s.143.

¹⁴ LEIPOLD, s.143.

¹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.129.

¹⁶ İMRE/ERMAN, s.213.

¹⁷ BGB §§ 2249 ve 2250 sözlü vasiyetnameyi düzenlemektedir.

¹⁸ Geçerliliği noktasında bkz. SÜß/ HASS, Erbrecht in Europa, zerb Verlag, Baden/ Basel 2004, s.98, N.63.

¹⁹ BGB § § 2247 el yazılı vasiyetnameyi düzenlemektedir.

²⁰ DURAL, s.166; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.130; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.178; ÇABRİ, s.541; KÖPRÜLÜ, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s.124, dn.4; KOYUNCU, Ferhat: Sözlü Vasiyetname, Ankara 2022, Seçkin Yayıncılık, s.23; ŞENER, Esat: “Noterlerin Düzenlediği Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler Üzerine Düşünceler”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, (22), 1979, s.12; İNCE-AKMAN, Nurten: Vasiyetname Yapma Özgürlüğünün Sınırları, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023, s.267.

²¹ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2265, Rn.13.

²² Yargıtay 7.HD., 28.02.2022, E.2022/813, K.2022/1486.

²³ DURAL, s.166; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.130; OLGAC, Furkan: Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.46; ÖZÜĞÜR, s.828; KOYUNCU, s.23; ŞENER, s.12; İNCE-AKMAN, s.267.

²⁴ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2265, Rn.14.

kalmamıştır.

Burada vasiyetnamelerin aynı belge içinde yer alması gerekmektedir. Aksi takdirde ortak vasiyetname olarak ifade edilmesine gerek kalmayacaktır. Zira eşler ayrı ayrı birbirlerini vasiyetçi olarak atayabilir.

Alman Medeni Kanunu § 2269'a göre eşlerin, birbirlerini mirasçı olarak atadıkları ortak bir vasiyetnamede, sağ kalanın ölümünden sonra her iki tarafın terekesinin üçüncü bir şahsa geçmesine karar vermişlerse, bu durumda şüphe halinde, üçüncü kişinin, son ölen eşin mirasçısı olarak tüm tereke için atanmış olduğu kabul edilir (f.1). Eşler böyle bir vasiyetnamede, hayatta kalan kişinin ölümünden sonra yerine getirilmesi gereken bir vasiyetname düzenlemişlerse, şüphe durumunda, vasiyetin, lehine mal kazandırılan kişiye ancak hayatta kalan kişinin ölümüyle geçeceği varsayılır (f.2).

Eşlerden her biri diğerini ön mirasçı, üçüncü kişiyi sonraki mirasçı ve diğerinin tasarruftan önce veya aynı anda ölmesi halinde yedek mirasçı olarak tayin eder. Bu durumda üçüncü kişi, terekeyi kısmen ilk ölen eşin mirasçısı, kısmen de en uzun ömürlü olanın tam mirasçısı olarak aldığından bu düzenlemeye "ayrılık çözümü" adı verilmiştir²⁵.

Burada, eşlerden her biri, diğerinin tasarruftan önce veya aynı zamanda ölmesi durumunda, diğerini tek tam mirasçı, üçüncüyü ise yedek mirasçı olarak atar. Böylece üçüncü şahıs, uzun ömürlü olan eşin ölümüyle birlikte terekeye sahip olur. "Berliner Ahit" terimi bu yöntem için yaygınlaşmıştır²⁶.

C. Birbirine Bağlı Vasiyetname (gegenseitig abhängiges Testament/wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament)

Birbirine bağlı vasiyetnamede vasiyetnamelerden birinin geçerliliği diğerinin geçerliliğine bağlıdır²⁷. Haliyle vasiyetnamelerden birinin geçersizliği diğerini de geçersiz kılacaktır. Bir fikre göre birbirine bağlı vasiyetname ortak vasiyetname olarak değerlendirilemez²⁸.

Bir vasiyetname hem karşılıklı hem de birbirine bağlı olarak da yapılabilir. Bu noktada karma bir vasiyetnameden söz edilebilir. Örneğin eşler aynı belge ile birbirlerine ölüme bağlı tasarrufta bulunup bunlardan birinin geçerliliği diğerine bağlı tutulabilir.

Birbirine bağlı vasiyetname Alman Medeni Kanunu'nun § 2270. maddesinde yer almaktadır. Hükme göre eşler, ortak bir vasiyetnamede, birinin tasarrufu olmadan diğerinin tasarrufunun da yapılmayacağını kabul etmişlerse, bir tasarrufun hükümsüzlüğü veya geri alınması, diğerinin de geçersizliğine yol açar²⁹ (f.1).

Eşler karşılıklı olarak birbirine mal kazandırmış veya eşlerden biri diğerine bir mal kazandırmış ise, lehine mal kazandırılanın hayatta kaldığında, diğer eşle akraba olan veya ona bir biçimde yakın olan bir kişinin lehine bir tasarrufta bulunmuş ise şüphe halinde tasarruflar arasında böyle bir ilişki olduğu varsayılır³⁰ (f.2).

Birinci fıkra, mirasçıların atanması, vasiyetler, mükellefiyetler ve uygulanacak miras hukukunun seçimi dışındaki tasarruflara uygulanmaz³¹ (f.3).

Geri alınması ise § 2271. madde de yer almaktadır.

§ 2270'de tanımlanmış olan ilişkide diğer eşin tasarrufu geri alması, eşlerin hayatta olduğu süre içinde 2296. maddenin miras sözleşmesinden dönmeye ilişkin hükümlerine göre gerçekleşir. Bir eş, diğer eşin yaşamı süresince yaptığı tasarrufu, ölümü üzerine yeni bir tasarrufta bulunmak suretiyle tek taraflı olarak geri alamaz (f.1).

Geri alma hakkı diğer eşin ölümü ile sona erer; ancak, hak sahibi kendisine düşeni reddederse, sağ kalan eş tasarrufu geri alabilir. Tasarrufun kabul edilmesinden sonra, hayatta kalan eş, 2294 ve 2336. maddeye göre geri alma hakkına sahiptir (f.2). Bu hükme göre geri alma hakkı genellikle diğer eşin ölümüyle birlikte sona erer. Bu, ortak vasiyetnamelerin özelliğidir: sağ kalan eş, daha iyi bir kavrayışa veya daha sonraki bir tarihte değişen yaşam koşullarına rağmen artık düzeltmeyebileceği bir tasarrufla on yıllar boyunca bağlı kalabilir³².

Eşlerin veya eşlerden birinin saklı pay sahibi bir alt soyuna mal bırakılmış ise bu durumda 289 (2) maddesi hükmü aynı şekilde uygulanır (f.3).

Geri alma beyanı ise şekle tabidir. Bu beyanın noterler aracılığıyla olması gerekir³³.

Bu tür tasarruflar, diğer eşin rızası olmaksızın, eşin ölümünden sonra herhangi bir zamanda eşlerden biri tarafından iptal edilebilir, istenildiğinde değiştirilebilir³⁴. Ancak bir eş tek taraflı olarak, diğer eşin katılımı olmaksızın, karşılıklı tasarruflarını iptal etmek, değiştirmek veya başka bir şekilde geri almak isterse,

²⁵ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2269, Rn.2; AYKAN-KURT, Banu: Yabancı Unsurlu Vasiyetnamelere Uygulanacak Hukuk ve Türkiye'deki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.128.

²⁶ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2269, Rn.2; RÖMERMANN, Rn.141; FRANK/HELMS, § Gemeinschaftliches Testament, Rn.1.

²⁷ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2265, Rn.15; SÜB/HASS, s.98, N.64; DURAL, s.166; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022, s.241; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.179; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.130; ÇABRİ, s.541; OLGAÇ, s.47; KOYUNCU, s.23; İNCE-AKMAN, s.269.

²⁸ İMRE/ERMAN, s.213, dn.42.

²⁹ SCHMUCKER, Andrea: "Die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten in der Rechtsprechung des BayObLG", Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, (6), 2001, s.528; RÖMERMANN, Rn.140.

³⁰ SCHMUCKER, s.531.

³¹ SCHMUCKER, s.527.

³² FRANK/HELMS, § Gemeinschaftliches Testament, Rn.1.

³³ BASTY, Gregor: „Bindungswirkung bei Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament“, Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, (2), 2000, s.79; RÖMERMANN, Rn.144.

³⁴ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2271, Rn.5.

bunu ancak ortak vasiyetnamede 2296. madde ile bağlantılı olarak 2271. madde 1. fıkra 1. cümle koşulları altında yapabilir³⁵.

Eşler anlaşılırsa, ortak vasiyetname ile aynı şekilde karşılıklı tasarrufları geri alabilirler. Burada diğer eş tarafından düzenlenen tek taraflı vasiyetname yeterli değildir³⁶. Karşılıklı tasarrufların geri alınması eşlere yeniden tasarruf özgürlüğü verecektir³⁷. BGB § 2272'ye göre, ortak bir vasiyetname BGB § 2256 uyarınca sadece her iki eş tarafından birlikte geri alınabilir. Bu vasiyetname türünde bir eşin tasarrufunun hükümsüzlüğü her zaman diğer eşin tasarrufunun geçersizliği sonucunu doğurur³⁸.

Münih Yüksek Bölge Mahkemesinin vermiş olduğu bir karara konu olan olaya göre merhum, daha önce ölmüş olan eşiyile birlikte, birbirini tek mirasçı olarak ve iki oğlunu da son ölenin mirasçıları olarak eşit paylara atadığı bir Berlin vasiyetnamesi düzenlemiştir. Karısının ölümünden sonra, koca kayıtlı bir hemcins birlikteliği akdetmiş ve daha sonra noter tasdikli bir senetle, zorunlu paya hak kazanan bir kişi geçmiş olduğu için nihai varisin atanmasına itiraz etmiştir. Bununla birlikte, karara bağlanan davanın özelliği, vasiyet edenin daha önce ölmüş olan eşiyile birlikte, her iki eşin de nihai bir varis tayini yapmadan birbirlerini yalnızca tek mirasçı olarak atadığı ortak bir vasiyetname düzenlemiş olmasıdır³⁹. Mahkeme, sonraki vasiyetnamenin, kocanın daha önce beyan edilen tek varis olarak atanmasının zımnî bir şekilde iptalini içerdiğini öne sürerek, itiraz edilen düzenlemeden on yıl önce düzenlenen ortak vasiyetnamenin geçersiz olduğunu ifade etmiştir. Çünkü tek mirasçı olarak atanma artık koşulsuz değil, yalnızca iki çocuğun daha sonra nihai mirasçı olarak atanmasına tabidir⁴⁰. Ancak bu durum eleştirilmiştir. Zira mahkeme, BGB § 2270 (1) uyarınca nihai mirasçıların atanmasına itiraz edilmesinin, aynı vasiyetnamede şart koşulan, ancak - muhtemelen ayrıca beyan edilmiş - daha önceki bir ölüme bağlı tasarruf düzenlemesinin iptalini ifade eder. Çünkü § 2258 BGB'ye göre daha sonra çelişen bir vasiyetname ile iptal kanun gereği gerçekleşirken, § 2254 BGB'ye göre iptal, bağımsız bir beyan gerektirir⁴¹.

IV. ORTAK VASİYETNEMENİN GEÇERLİLİĞİ

Ortak vasiyetname Alman Hukukunda yer alan bir ölüme bağlı tasarruftur. Türk-İsviçre Hukukunda ise ortak vasiyetname düzenlenmemiştir. Türk Hukukunda bu üç ortak vasiyetnamenin geçerliliği noktasında farklı görüşler ileri sürülmüştür.

A. Ortak Vasiyetnamenin Geçerli Olmadığı Görüşü

Türk Hukukunda ortak vasiyetnamenin geçerli olmadığını savunan fikre göre⁴² ortak ölüme bağlı tasarruflar ancak iki taraflı bir hukuki işlem olan miras sözleşmesi şeklinde yapılabilir⁴³. Vasiyetname, tek taraflı bir hukuki işlemdir ve bu işlemde tek taraflı olarak dönebilmek mümkündür. Vasiyetnamelerin bu özelliğinin korunabilmesi için ortak vasiyetname yapılabilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁴⁴.

Ortak vasiyetnamenin çeşitlerine göre de geçersizliği noktasında farklı fikirler ileri sürülmüştür. Bir fikre göre ortak vasiyetnamelerden birlikte vasiyetname geçersiz; birbirine bağlı ve karşılıklı vasiyetnameyi ise geçerli kabul edilmiştir⁴⁵. Burada birbirine bağlı ve karşılıklı vasiyetname Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen şekil şartlarını taşıyor ise geçerli olacaktır⁴⁶.

Başka bir görüşe göre tek bir belgede yer alan ortak vasiyetnameler kanunda düzenlenmediği için geçersizdir⁴⁷. Bir diğer görüşe göre de aynı belge ile düzenlenen ölüme bağlı tasarrufların özellikle eşlerin birbirlerine yaptıkları tasarruflar geçersizdir⁴⁸. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu tarz bir hukuki işlemin ancak miras sözleşmesi ile yapılması halinde geçerli olacağı kabul edilmektedir⁴⁹. Bu görüş eleştirilmiş, böyle bir miras sözleşmesi geçerli olduğunda ortak vasiyetnamelerin de geçerli olması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁰.

Bir Yargıtay kararına göre:

³⁵ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2271, Rn.7.

³⁶ HAU/POSECK/LITZENBURGER, BGB § 2271, Rn.6.

³⁷ KEIM, Christopher: "Wiederaufleben früherer letztwilliger Verfügungen durch Selbstanfechtung beim gemeinschaftlichen Testament", Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, (3), 2018, s.211.

³⁸ FRANK/HELMS, § Gemeinschaftliches Testament, Rn.16.

³⁹ OLG München 24.07.2017, KEIM, s.211.

⁴⁰ OLG München 24.07.2017, KEIM, s.212.

⁴¹ Bu karar eleştirilmiştir. Zira Münih Yüksek Bölge Mahkemesinin, çocukların nihai mirasçı atanmasının eklenmesinin, kocanın tek mirasçı olarak koşulsuz atanmasını iptal ettiği yönündeki argümanı, iki miras davasının bağımsızlığını ve karşılıklı ilişkisinin doğasını yanlış değerlendirmektedir. Karıdan sonraki miras için, nihai miras, başlangıçta yalnızca, eğer koca ondan önce ölürse, çocukların kocanın mirasçıları olması gerektiği anlamına gelir. Bu nedenle, bir yedek mirasçı tayin edilmesi, vasiyet edenin varisin birincil atanmasını iptal etme iradesinin bir göstergesi değildir. Bkz. KEIM, s.212.

⁴² İMRE/ERMAN, s.173, 213; OĞUZMAN, Kemal: Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s.95; SEROZAN/ENGİN, s.241; YILMAZ, s.182.

⁴³ İMRE/ERMAN, s.213; SEROZAN/ENGİN, s.60.

⁴⁴ GÖNEN, Doruk: El Yazılı Vasiyetname, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s.21.

⁴⁵ KOCAYUSUFPAAŞAOĞLU, s.131; OLGAC, s.48, 52. Benzer bir görüşe göre de ortak vasiyetnameden kastedilen birlikte vasiyetnamedir ve burada tek taraflı irade beyanı olmadığı için geçerliliği kabul edilemez. Bkz. AYİTER/KILIÇOĞLU, s.80.

⁴⁶ YENER-KESKİN, Cansu: "Yabancılık Unsuru İçeren Vasiyetnamelerin Şekline Uygulanacak Hukuk", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(3), 2022, s.1107.

⁴⁷ DURAL, s.173; HELVACI, İlhan: Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.523.

⁴⁸ SEROZAN/ENGİN, s.241; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.178.

⁴⁹ İMRE/ERMAN, s.213.

⁵⁰ HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.108, N.56.

"Birden fazla mirasbırakanın ölümlerinden sonra hüküm ifade etmek üzere, mamelekleri üzerinde tek taraflı olarak tasarrufta bulunmak gayesiyle, birlikte arzularını açıklamalarına ortak vasiyetname denir. Başka bir anlatımla, aynı işlemle yapılan birbiriyle iç içe geçmiş ve biri diğerine bağımlı vasiyetnameler ortak vasiyetname sayılır, bu vasiyetnameler geçersiz olup, iptali gerekir."⁵¹

Karardan anlaşılacağı üzere Yargıtay birbirine bağlı vasiyetnameleri geçersiz kabul etmiştir. Geçersizliğin türü ise iptal olarak vurgulanmıştır.

Ortak vasiyetnamenin geçersizliğinin türü noktasında ise iptal edilebilirlik ve kesin hükümsüzlük görüşleri ileri sürülmüştür:

1. İptal Edilebilirlik Görüşü

Ortak vasiyetnamenin geçersizliği konusunda ileri sürülen bir fikre göre iptal edilebilirlik söz konusudur.⁵² İptal ölüme bağlı tasarruflarda "asıl" geçersizlik türüdür. Buradaki iptal edilebilirliğin sebebini şekle aykırılık oluşturmaktadır (TMK. m.557/I b. 4). Haliyle bu fikri savunan görüşe göre iptal edilmediği sürece bu vasiyetname geçerli olacaktır. Geçersiz bir vasiyetnameyi iptal edebilmek için ise iptal davası açmak gerekecektir.⁵³

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda geçersizliğin türünün iptal edilebilirlik olduğunu belirtmiştir.

"Somut olayda, muris S. Ç. ile dava tarihi itibarıyla halen sağ olan kardeşi H. Ç., el yazısı vasiyetnameyi birlikte imzalamışlardır. Bu durumda hukukumuzda göre ortak vasiyetnamenin geçerli olup-olmadığı, murisin işlemlerinin ortak vasiyetname niteliğinde bulunup-bulunmadığı ihtilafın çözümünde önem kazanmaktadır.....Başka bir ifade ile aynı işlemle yapılan birbiriyle iç içe geçmiş ve biri diğerine bağımlı vasiyetnameler ortak vasiyetname sayılır. Bu hali ile birisi bakımından şekil şartı tamam olmakla beraber diğeri yönünden şekil şartı eksik kalan vasiyetnameleri geçerli saymak mümkün değildir. Gerek doktrin de ve gerekse de Yargısal kararlar incelendiğinde genel olarak ortak vasiyetnamenin değil ama Medeni Kanun'daki şekil şartlarından birine (resmî-el yazısı-sözlü vasiyet) uyularak yapılmamış olanların geçersiz olduğu sonucuna varılabilir ki bu da birlikte yapılan vasiyet olacaktır. Örneğin, bir el yazısı vasiyetnameyi vasiyetçilerden biri, her iki mirasbırakanın arzularını açıklayacak şekilde yapmış ve sonra her ikisi de imzalamış iseler veya vasiyetçiler, birlikte noter önünde son arzularını açıklamış ve noter de her iki iradeyi kapsayacak şekilde bir tek belge düzenlemiş ise o zaman vasiyetname kanundaki şartlara uygun olarak yapılmadığı için geçersiz olacaktır. Bu geçersizliğin müeyyidesi ise butlan değil iptal kabiliyetidir. Zira ortada şekil şartlarını ihlal etmiş olsa dahi, şeklen bir vasiyetname vardır."⁵⁴

Yargıtay'ın bu kararından anlaşılacağı üzere ortada bir vasiyetname vardır; ancak şekle aykırılık söz konusu olduğu için iptal edilmesi gerekir. Ayrıca bu kararda iki kardeş ortak vasiyetname yapmıştır. Haliyle geçersiz de olsa Alman Hukukundan bu yönüyle ayrılmıştır.

Noterlerin ise ortak vasiyetname düzenleyemeyeceği ifade edilmiştir.⁵⁵ Haliyle ortak vasiyetname yapmak için ya el yazılı ya da sözlü vasiyetname yolu söz konusu olacaktır. Buna rağmen yapılırsa geçersiz olduğunu kabul etmek gerekecektir.

2. Kesin Hükümsüzlük Görüşü

Ortak vasiyetnamenin geçersizliğini savunan ikinci bir görüşe göre ise burada kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusudur. Zira tek bir metin içinde düzenlenen birlikte vasiyetname için kanun koyucu hiçbir hüküm öngörmediği için kesin hükümsüzlük⁵⁶ görüşü savunulmuştur. Bu durumda dava açmaya gerek yoktur. Ortak vasiyetname kendiliğinden hükümsüz olacaktır.

BGB § 2268 evliliğin butlanı veya sona ermesinin ortak vasiyetname üzerindeki etkisini düzenlemiştir. Hükme göre ortak vasiyetname, § 2077'de⁵⁷ belirtilen durumlarda geçersizdir (f.1). Evlilik, eşlerden birinin ölümünden önce sona ererse veya 2077. maddenin 1. fıkrasının 2. veya 3. cümlesindeki haller gerçekleşmişse, tasarruflar, bu durumda da yapıldıkları varsayılabilir ölçüde geçerli kalır (f.2).

Yunan kanunlarına göre de ortak vasiyetname yapılması mümkün değildir. grZGB Art. 1717'ye göre

⁵¹ Yargıtay 2.HD., 02.10.2000, E.11615, K.2000/11521.

⁵² DURAL, s.170; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.351; İMRE/ERMAN, s.214; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.179; ERGÜNE, s.298, dn.783; OLGAC, s.53; EREN/YÜCER-AKTÜRK, s.131; MEMİŞ, Yusuf: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.826; GÜNAY, 2015, s.266; GÜNAY, 2023, s.169; TÜRK, Burak: Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Geçersizlik Halleri, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2020, s.126; ÖZTÜRK, Mehmet: Resmi Vasiyetname, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2019, s.138; ŞENER, s.14.

⁵³ AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.179, 182; YILMAZ, s.176.

⁵⁴ Yargıtay 3.HD., 17.02.2014, E.2013/18224, K.2014/2251.

⁵⁵ MEMİŞ, s.834. Burada ayrıca noterin sorumluluğu da söz konusu olacaktır.

⁵⁶ ESCHER, Arnold: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Miras Hukuku, Çeviren: Sabri Şakir Ansay, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1949, s.86; ULU, Şükrü Erdoğan: Vasiyet Akdi Tatbikatı, Adalet Dergisi, (3), 1955, s.222; TEKDOĞAN, s.103; GÜNERİ, Cemal: Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.25; ERCOŞKUN-ŞENOL, H. Kübra: Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2011, s.45.

⁵⁷ § 2077 evliliğin iptalinin ya da sona ermesinin vasiyetnameye olan etkisini düzenlemektedir. Hükme göre; (1) Vasiyetnameyi düzenleyen kişinin eşi için yaptığı bir ölüme bağlı tasarruf, evlilik, vasiyetnameyi düzenleyen ölümünden önce sona ermişse geçersiz olur. Vasiyetnameyi düzenleyen ölümü sırasında boşanma koşulları yerine getirilmişse ve vasiyetnameyi düzenleyen boşanma için başvurmuşsa veya buna rıza göstermişse, bu evliliğin feshine eşdeğerdir. Aynı durum, vasiyetnameyi düzenleyen ölümü sırasında evliliğin feshi için başvurma hakkına sahip olması ve başvuruda bulunması halinde de geçerlidir. (2) Vasiyetnameyi düzenleyen nişanlı için yaptığı bir ölüme bağlı tasarruf, nişanlılığın vasiyetnameyi düzenleyen ölümünden önce sona ermesi halinde geçersiz olur. (3) Vasiyetnameyi düzenleyen böyle bir durumda da tasarrufta bulunacağı varsayılabiliriyorsa, tasarruf geçersiz değildir.

birkaç kişi aynı belge ile vasiyetname düzenleyemez. Üçüncü kişiler lehine ortak vasiyetnamede, birden çok vasiyetname düzenleyenin karşılıklı olarak birbirini mirasçı olarak tayin ettiği ortak vasiyetnameler geçersizdir⁵⁸.

B. Ortak Vasiyetnamenin Geçerli Olduğu Görüş

Karşılıklı vasiyetname ve birbirine bağlı vasiyetnamede Kanun'da öngörülen şekil şartlarına riayet edilmek şartıyla geçerli kabul edilme eğilimi söz konusudur. Zira şarta bağlı vasiyetname yapılmasına bir engel bulunmamaktadır⁵⁹.

Bir fikre göre de ortak vasiyetnamenin aynı kâğıtta yer aldığı hallerde iki ayrı vasiyetnamenin şartları gerçekleşmiş ise tasarruflar birbirlerine bağlı olsa bile iki bağımsız vasiyetname olarak geçerli sayılabilir⁶⁰. Böylelikle tasarrufta bulunanın iradesine üstünlük tanınmış olacaktır. Bir başka görüşe göre de ortak vasiyetnameler mümkündür ve herhangi iki veya daha fazla kişi tarafından düzenlenebilir⁶¹. Yargıtay ise çok eski tarihli bir kararında karşılıklı vasiyetnameyi geçerli olarak kabul etmiştir⁶².

Almanya'da Alman Hukukuna göre düzenlenmiş bir ortak vasiyetname Milletlerarası Özel Hukuk prensibi gereği Türkiye'de de geçerli olacaktır⁶³. Ancak mirasbırakan Türk ve Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında ise Türk Hukuku uygulanacaktır. Bu durum Avrupa Miras Antlaşması'nda da ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karara göre de,

“Dava vasiyetnamenin iptali istemidir.... Davalının itirazı nedeniyle vasiyetnamenin tercümesi yeniden yaptırılmıştır. Buna göre muris ... ile davalı ... birbirlerini karşılıklı olarak mirasçı nasbetmişlerdir. Bu vasiyetname ortak vasiyetname niteliklidir. Nihai mirasçı olarak ...'ü belirlemişlerdir. Vasiyetname (yurt dışında) yapıldığı için 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 20. maddesindeki 4 nolu bendindeki atf gereğince uygulanacak olan aynı kanunun 7. maddesi uyarınca geçerli sayılması gerekir. Çünkü vasiyetname ... Kanunlarına aykırı değildir. Şekil sorunu yoktur. Bu vasiyetname hukuka ve ahlaka aykırılık teşkil etmez. Temyiz sürecinde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 20. maddesi; “Miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanır. Mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir... Mirasbırakan, Türk vatandaşdır. ... ortak vasiyetname bu hali ile mirasbırakanın millî hukuku olan Türk Hukukuna uygun şekilde yapılmamış olduğundan geçersiz olup iptali gerekir. Mahkemece, mirasbırakanın millî hukukuna uygun olmayan vasiyetnamenin iptaline karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirme ile istemin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”⁶⁴

Ortak vasiyetnamelerde taraflardan birinin iradesi sakatlanmış ise diğer vasiyetnameyi ayakta tutmak tercih edilmektedir⁶⁵.

V. ORTAK VASIYETNAMEDE TAHVİL

Ele alınması gereken bir diğer konu ise tahvil müessesidir. Tahvil geçersiz bir hukuki işlemin ayakta tutulabilmesi için geçerli bir başka hukuki işlemin şartlarını taşıması kaydıyla geçerli olan başka hukuki işlem olarak ayakta tutulmasıdır⁶⁶. Ancak burada dikkat edilmesi gereken tarafların bu tahvili istemeleri gerekir. Haliyle iradenin olmadığı bir durumda tahvili kabul etmek mümkün değildir.

A. Tahvili Kabul Eden Görüş

Birlikte vasiyetnamenin şekle aykırılıktan dolayı iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak tahvil müessesini işletmenin mümkün olduğu hallerde ölüme bağlı tasarruflar ayakta tutulabilmektedir. Ancak bunun için ölüme bağlı tasarruflar arasında bir bağımlılık söz konusu olmamalıdır⁶⁷.

Ortak vasiyetnamelerin yorumunda her iki eşin iradesinin de değerlendirilmesi gerekir⁶⁸. Zira karşılıklı bağıllık ve eşlerden birini ölümü halinde diğerinin vasiyetnameden dönme imkânı söz konusu

⁵⁸ LEIPOLD, s.142.

⁵⁹ DURAL/ÖZ, s.54; SEROZAN/ENGİN, s.241; DURAL, s.172; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.132; ERGÜNE, s.26; ANTALYA/SAĞLAM, s.162-163; Ayrıca bkz. KOYUNCU, s.27; GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.421; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.179; OLGAC, s.50; ÇİFTÇİ, s.32; ERÇOŞKUN-ŞENOL, s.45; TÜRK, s.126. Ortak vasiyetnamenin olması gereken hukuk bakımından kabul edilmesinin isabetli olacağı yönünde bkz. İNCE-AKMAN, s.278.

⁶⁰ SEROZAN/ENGİN, s.241; İMRE/ERMAN, s.213, dn.42.

⁶¹ BURANDT, Wolfgang/ROJAHN, Dieter/SCHÜTZ-GÄRDÉN, Bettina: Erbrecht, 3. Auflage, C.H.BECK, München 2019, N.73.

⁶² Yargıtay 2.HD., 27.02.1955, E.6030, K.5945.

⁶³ HELVACI, s.525-526; KOYUNCU, s.27. Bu konu hakkında ayrıca bkz. AYKAN-KURT, s.144 vd; BARAN-ÇELİK, Neşe: Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.166. Geniş bilgi için bkz. YENER-KESKİN, s.1106 vd.

⁶⁴ Yargıtay 3.HD., 17.12.2012, E.2012/15904, K.2012/25905.

⁶⁵ SCHÖMMER, Hans Peter/KESER, Nebi, Internationales Erbrecht, C.H.BECK, München 2004, N.84.

⁶⁶ Geniş bilgi için bkz. ESENER, Turhan: “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1-4), 1959, s.234 vd; HAVUTÇU, Ayşe: “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1-4), 1987, s.643 vd; KAŞAK, Fahri Erdem: “Ölüme Bağlı Tasarrufların Tahvili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71(3), 2022, s.971 vd.

⁶⁷ SEROZAN/ENGİN, s.241; DURAL, s.171; GENÇCAN, s.422.

⁶⁸ STAGL, Jakob Fortunant, Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2005, s.97, 98; SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut/LIMPERG Bettina/MUSIELAK, Hans-Joachim: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, C.H.BECK, München 2022, BGB 2269, Rn.17.

olmayacaktır⁶⁹.

Bir görüşe göre birlikte vasiyetname şekil bakımından olması gereken şartları taşıyor ise tahvil yoluyla kişinin kendi vasiyetnamesi olarak değerlendirilebilir⁷⁰.

Bir başka görüşe göre resmi şekilde yapılmış ortak vasiyetnameler, şekil şartları gerçekleşmiş ise, miras sözleşmesi olarak geçerli sayılabilir⁷¹. Ancak diğer bir görüşe göre de taraflarda miras sözleşmesi yapma iradesi yoksa tahvil burada kabul edilmemelidir. Zira vasiyetname tek taraflı olarak geri alınabilirken aynı imkân miras sözleşmesinde yer almayacaktır⁷².

Eşlerden birinin kaleme aldığı fakat her iki eşin de imzaladığı ortak vasiyetname ise kaleme alan eş bakımından tahvil yoluyla ayakta tutulurken diğer eş bakımından ise geçersiz olacaktır⁷³.

Başka bir kararda da Yargıtay noterde yapılan karşılıklı vasiyetnameyi miras sözleşmesi olarak değerlendirip ayakta tutmuştur⁷⁴.

B. Tahvili Kabul Etmeyen Görüş

Doktrindeki bir diğer görüş ise tahvil müessesini kabul etmemektedir⁷⁵. Bu görüşü destekleyen bir fikre göre vasiyetnameden tek taraflı olarak dönülmesinin mümkün olduğu hallerde tarafların miras sözleşmesi iradesi yoksa tahvil kabul edilmemelidir⁷⁶. Özellikle birbirine bağlı vasiyetnamelerde tahvil yoluyla bu vasiyetnamelerin ayakta tutulması söz konusu olmayacaktır.

Ortak vasiyetname yerine tartışmalara son vermek için miras sözleşmesinin yapılması tavsiye edilmektedir⁷⁷. Burada “miras sözleşmesi” ile “vasiyetname” arasındaki durum “sorunlu melez varlık” olarak değerlendirilmiştir⁷⁸. Sonuç itibarıyla birlikte vasiyetnamede de tahvilin mümkün görülmemiştir.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ortak vasiyetname Türk Hukukunda düzenlenmemekle birlikte geçerli olup olmadığı hususunda tartışmalar yapılmıştır. Bu vasiyetname türünün geçersizliğini ileri sürenler, ortak tasarrufların miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Oysa ortak vasiyetname için karşılıklı bir irade beyanına gerek bulunmamaktadır. Ancak tasarrufta bulunan kişinin iradesine üstünlük tanınması (favor testamenti) ilkesinden hareketle geçersizliğin kabul edildiği hallerde şartları taşımak kaydıyla tahvil yoluyla miras sözleşmesi olarak kabul edilebilir. Bunun için ise ortak vasiyetnamenin resmi vasiyetname koşullarına uygun yapılması gerekmektedir. Haliyle el yazılı ya da sözlü vasiyetname yoluyla yapılmış bir ortak vasiyetname geçersiz olduğu takdirde tahvil yoluyla ayakta tutulması mümkün görünmemektedir. Ortak

⁶⁹ ERGENE, s.25.

⁷⁰ DURAL, s.172; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.132; SEROZAN/ENGİN, s.241; ERGÜNE, s.261-262; GÜNERİ, s.27; ÖZTÜRK, s.139. Her bir vasiyetnamenin ayrı ayrı değerlendirildiğinde birlikte ve karşılıklı vasiyetnamenin geçerli olabileceği yönünde bkz. KAŞAK, s.1006. Ayrıca bkz. BAYGIN, Cem: Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Yorum, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1-2), 2000, s.585.

⁷¹ BAYGIN, s.585.

⁷² İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 300.

⁷³ DURAL, s.171; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.131; KANETİ, s.199; BAYGIN, s.585.

⁷⁴ “Davacıların murisi ile eşinin tek bir resmi senetle tüm mal varlıklarını davalılara vasiyet ettikleri bu vasiyetnamenin hem şekil eksikliği hem de ortak vasiyetname niteliğinde bulunduğu iddiası ile iptali istenmiştir.

Birden fazla miras bırakanın ölümlerinden sonra hüküm ifade etmek üzere, mamelekleri üzerinde tek taraflı olarak tasarrufta bulunmak gayesiyle, birlikte arzularını açıklamalarına ortak vasiyetname denir. Ortak vasiyetnamelerin, bu niteliği alabilmeleri için önemli olan, vasiyetnamelerin bir tek işlemde birleşmeleri olmayıp birden fazla şahsın mamelekleri üzerinde birlikte tasarrufta bulunma müşterek iradelerin varlığıdır... Daha başka bir ifade ile aynı işlemle yapılan birbiriyle iç içe geçmiş ve biri diğerine bağımlı vasiyetnameler ortak vasiyetname sayılır. Bu hali ile birisi bakımından şekil şartı tamam olmakla beraber diğeri yönünde şekil şartı eksik kalan vasiyetnameleri geçerli saymak mümkün değildir. Vasiyetçilerden birisi tarafından el yazısı ile düzenlenen ve fakat diğeri tarafından da imzalanan vasiyetnameyi bu cümleden saymak mümkündür.

Miras sözleşmesi ve sair kurumlar çerçevesinde yorumlanmak mümkün oldukça murisin son arzularını ayakta tutmak gerekir. Senedin vasiyetname şeklinde adlandırılması önem taşımaz. Böyle olunca, resmi şekilde yapılmış olan ortak tasarrufta tarafların açıkladıkları işlemler birbirine bağımlı ise olayın miras mukavelesi olarak nitelendirilmesi, taraflardan biri diğerine bazı mükellefiyetler yüklemiş veya bazı ikame şartları konmuşsa her iki irade açıklamasının geçerli kabulü son arzularına uygun düşen bir yorum tarzı olur. Ortak işlemin miras mukavelesi niteliğinde kabulü halinde ancak tek taraflı fesih haklarının saklı tutulması, mirastan iskat sebeplerinin ortaya çıkması, karşı edimin yerine getirilmemesi, ehliyetsizlik veya bir irade sakatlığı, şekil eksikliği sebeplerine bağlı olarak ve kural olarak da akit tarafça feshedilebileceği gözden uzak tutulmamalıdır Taraflardan birinin ölümünden sonra diğerinin şartları oluşmadan tek taraflı feshi hüküm ifade etmez.” Bkz. Yargıtay 2.HD., 02.03.1990, E.1989/9067, K.1990/2434.

Yargıtay’ın başka bir kararına göre “....Dava, vasiyetnamenin iptali istemine ilişkindir. Genel olarak ortak vasiyetnamenin değil ama Medeni Kanundaki şekil şartlarından birine uyularak yapılmamış olanların geçersiz olduğu sonucuna varılabilir ki bu da birlikte yapılan vasiyet olacaktır. Örneğin, bir el yazısı vasiyetnameyi vasiyetçilerden biri, her iki mirasbırakanın arzularını açıklayacak şekilde yapmış ve sonra her ikisi de imzalamış iseler veya vasiyetçiler, birlikte noter önünde son arzularını açıklamış ve noter de her iki iradeyi kapsayacak şekilde bir tek belge düzenlemiş ise o zaman vasiyetname davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanlış nitelendirme ve hatalı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Bkz. Yargıtay 3.HD., 16.01.2019, E.2017/12298, K.2019/146.

⁷⁵ ATLI, s.31; ŞENER, s.13.

⁷⁶ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.300; MAZLUM, İsmet: Ölümüne Bağlı Tasarrufların Yorumu, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2012, s.127.

⁷⁷ LEIPOLD, s.144.

⁷⁸ EICKELBERG, Jan: Die Anforderungen an den Widerruf beim gemeinschaftlichen Testament, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2019, Heft 10, s.558.

vasiyetname türlerinden birlikte vasiyetnamenin geçersiz diğer iki vasiyetname türünün ise geçerliliği noktasında öğretide hâkim görüş mevcuttur.

Birlikte vasiyetnamede birden fazla mirasbırakan aynı anda ve aynı belge içinde son arzularını açıkladıkları için Türk Hukuku bakımından böyle bir vasiyetnamenin yapılması ve ayakta tutulması mümkün değildir. Zira vasiyetname yapma koşulları bakımından özellikle el yazılı vasiyetname sıkı şekil kurallarına bağlıdır. Taraflardan birinin, her iki kişinin iradesini yansıtacak şekilde bir vasiyetnameyi kaleme alması ve her iki tarafın bu vasiyetnameyi imzalaması Türk Hukuku bakımından söz konusu olamaz. Geçersizliğin türü ise iptaldir. İptal ölüme bağlı tasarruflarda etkili olan “asıl” geçersizlik türüdür. Ortada şeklen de olsa bir vasiyetname vardır. Bu sebeple birlikte vasiyetname şekil eksikliğinden dolayı iptal edilebilir. Haliyle iptal edilmezse geçerli bir vasiyetname olarak varlığını sürdürecektir. Tahvil müessesini ise burada işletmek mümkün olabilir. Örneğin A ve B'nin birlikte vasiyetnamesini A baştan sona kendisi yazmış ise A için tahvil yoluyla geçerli bir el yazılı vasiyetname olarak kabul edilebilir.

Karşılıklı vasiyetnamede ise kişiler karşılıklı olarak birbirlerine ölüme bağlı bir tasarrufta bulunmaktadırlar. Kanaatimizce burada hukuka aykırılık söz konusu olmadığı için Türk Hukuku bakımından da karşılıklı vasiyetnamenin geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Alman Hukukunda eşler bu vasiyetname yoluna sıklıkla başvurmaktadır. Bu vasiyetname türünde ölüme bağlı tasarrufu yapanlar aynı anda ölecek olurlarsa tasarrufu ifa edecek kişi kalmayacağı için mirasbırakanın terekesi kendi mirasçılara geçecektir.

Birbirine bağlı vasiyetnamede, vasiyetnamelerden birinin geçerliliği diğerinin geçerliliğine bağlıdır. Haliyle burada şarta bağlı vasiyetname bulunmaktadır. Türk Hukuku bakımından da şarta bağlı vasiyetname yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Birbirine bağlı vasiyetname ile karşılıklı vasiyetname bir arada yapılabilir. Karma nitelikteki bu vasiyetname türü de geçerli kabul edilmelidir. Öğretide ise birbirine bağlı vasiyetnameyi ortak vasiyetname olarak kabul etmeyen görüş bulunmaktadır. İki tasarrufun arasındaki bağdan dolayı bu vasiyetname türü ortak vasiyetname olarak kabul edilebilir.

Alman Hukukundan yola çıkılacak olursa karşılıklı ve birbirine bağlı vasiyetnamede dikkat edilmesi gereken husus, bu vasiyetnameyi yapanların eşler olması gerektiğidir. Zira bu vasiyetnameyi düzenlemekteki amaç eşlerin, çocuklarının menfaatlerini korumak istemeleridir. Bu sebeple Türk Hukukunda da bu vasiyetname türlerini geçerli kabul ederken her ne kadar tanımlarda net bir şekilde ifade edilmese de tarafların eşler olması aranmalıdır. Ayrıca tartışmalara son vermek adına Türk Medeni Kanunu'nda karşılıklı ve birbirine bağlı vasiyetnameye yer verilebilir.

KAYNAKÇA

- AĞCA-TOPLANDI, Pınar: Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008.
- ANTALYA, O. Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku Cilt III, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ATLI, Banu: Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- AYDIN, Sema: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Kapsamında Sözlü Vasiyetname, Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2016.
- AYKAN-KURT, Banu: Yabancı Unsurlu Vasiyetnamelere Uygulanacak Hukuk ve Türkiye'deki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1989.
- BARAN-ÇELİK, Neşe: Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- BASTY, Gregor: “Bindungswirkung bei Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament”, Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, (2), 2000, s.73-79.
- BAYGIN, Cem: “Ölüme Bağlı Tasarruflarda Yorum”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1-2), 2000, s.567-594.
- HAU, Wolfgang/POSECK, Roman: BeckOK Bürgerliches Gesetzbuch, 61 Edition, C.H.BECK, München 2022.
- BURANDT, Wolfgang/ROJAHN, Dieter: Erbrecht, 3. Auflage, C.H.BECK, München 2019.
- ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574) Cilt I, Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- ÇİFTÇİ, Hasan: Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- DURAL, Mustafa: “İsviçre Türk Hukukunda Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 3(4), 1969, s.165-173.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt 4 Miras Hukuku, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- EICKELBERG, Jan: “Die Anforderungen an den Widerruf beim gemeinschaftlichen Testament”, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, 2019, Heft 10, s.557-564.
- ERCOŞKUN-ŞENOL, H. Kübra: Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Özellikle Bu Tasarruflardaki Koşullar ve Yüklemeler, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2011.
- EREN, Fikret/YÜCER-AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: Vasiyetnamenin Yorumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- ESCHER, Arnold: İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Miras Hukuku, Çeviren: Sabri Şakir Ansay, Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara 1949.
- ESENER, Turhan: “Hukuki Muamelelerde Tahvil”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1-4), 1959, s.234-259.
- FRANK, Rainer/HELMS, Tobias: Erbrecht, 7. Auflage, C.H.BECK, München 2018.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- GÖNEN, Doruk: El Yazılı Vasiyetname, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
- GÜNAY, Erhan: Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- GÜNAY, Erhan: Soru ve Cevaplarla Miras El Kitabı, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.

- GÜNERİ, Cemal: Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- HAVUTÇU, Ayşe: “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3(1-4), 1987, s.643-681.
- HELVACI, İlhan: Borçlar Hukuku, Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Hukuki Mütalaalar (2000-2010), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2010.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- İNCE-AKMAN, Nurten: Vasiyetname Yapma Özgürlüğünün Sınırları, Filiz Kitabevi, İstanbul 2023.
- KAŞAK, Fahri Erdem: “Ölümüne Bağlı Tasarrufların Tahvili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71(3), 2022, s.971-1015.
- KEIM, Christopher: “Wiederaufleben früherer letztwilliger Verfügungen durch Selbstanfechtung beim gemeinschaftlichen Testament”, Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, (3), 2018, s.211-214.
- KIRAC, Onur: Vasiyetnamenin Yürürlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- KOYUNCU, Ferhat: Sözlü Vasiyetname, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- KÖPRÜLÜ, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.
- LEIPOLD, Dieter: “Das Europäische Erbrecht (EuErbVO) und das deutsche gemeinschaftliche Testament”, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge, (3), 2014, s.139-144.
- MAZLUM, İsmet: “Ölümüne Bağlı Tasarrufların Yorumu”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(2), 2012, s.109-133.
- MEMİŞ, Yusuf: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut/LIMPERG Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, C.H.BECK, München 2022.
- OĞUZMAN, Kemal: Miras Hukuku, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- OLGAÇ, Furkan: Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Koruma Önlemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ÖZTÜRK, Mehmet: Resmi Vasiyetname, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019.
- ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanunu’ndan Önce ve Sonra Miras Hukuku Cilt I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- RÖRMERMANN, Volker, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 5. Auflage, C.H.BECK, München 2023.
- RUHİ, Ahmet Cemal/ RUHİ, Canan: Vasiyetname, Miras Sözleşmesi, Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali ve Tenkis Davası, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: Vasiyetname ve Miras Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- SCHMUCKER, Andrea: “Die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten in der Rechtsprechung des BayObLG“, Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, (6), 2001, s. 526-536.
- SCHÖMMER, Hans Peter/KESEN, Nebi: Internationales Erbrecht, C.H.BECK, München 2004.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- STAGL, Jakob Fortunant: Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten, 2. Auflage, Manz Verlag, Wien 2005.
- SÜB/HASS: Erbrecht in Europa, zerb Verlag, Baden/ Basel 2004.
- ŞENER, Esat: “Noterlerin Düzenlediği Ortak (Müşterek) Vasiyetnameler Üzerine Düşünceler,” Türkiye Noterler Birliği Dergisi, (22), 1979, s.11-14.
- TEKDOĞAN, Aydın: Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- TÜRK, Burak: Resmi Vasiyetnamenin Düzenlenmesi ve Geçersizlik Halleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- ULU, Şükrü Erdoğan: “Vasiyet Akdi Tatbikati”, Adalet Dergisi, (3), 1955, s.218-226.
- YENER-KESKİN, Cansu: “Yabancılaşma İçeren Vasiyetnamelerin Şekline Uygulanacak Hukuk”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(3), 2022, s.1079-1113.
- YILMAZ, Süleyman: Medeni Hukuk Cilt IV Miras Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Yasemin DURAK, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Yasemin DURAK, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author doesn't need any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

FIRSATÇI DAVRANIŞLARA KONU OLAN UYARLAMA KAYITLARININ
GEÇERLİLİĞİ*

OPPURTUNISTIC BEHAVIOR IN ADJUSTMENT CLAUSES

Hale ŞAHİN**  

Makale Bilgi

Gönderi: 03/03/2024
Kabul : 28/06/2024

Anahtar Kelimeler

Uyarılama Kayıtları,
Fırsatçı Davranış,
Hakimin Sözleşmeye
Müdahalesi.

Article Info

Received: 03/03/2024
Accepted: 28/06/2024

Keywords

Adjustment Clauses,
Opportunistic
Behavior,
Judicial Intervention.

Özet

ID.21492/inuhfd.1446581 

Taraflar, sözleşmenin içeriğini sözleşmeyle elde etmek istedikleri menfaatleri dikkate alarak belirlemektedir. Fakat, tarafların sözleşmenin içeriğine ilişkin bütün koşulları sözleşmenin müzakeresi sırasında göz önünde bulundurmaları hukuk düzeni tarafından onlardan beklenmemektedir. Çünkü sözleşmenin müzakeresi esnasında, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak durum değişikliklerinin taraflarca öngörülmesi çoğunlukla mümkün değildir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği taraflar hem öngörülebilir hem de öngörülemeyen durum değişikliklerinin borç ilişkisine etkisini sözleşmede düzenleyebilir. Sözleşmenin kurulması sırasında sağlanan menfaatler dengesinin gelecekteki durum değişiklikleri sonucu bozulmasını ve sözleşmenin uyarlanması ihtiyacını doğurmasını önlemek amacıyla tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları sözleşme hükümleri uyarılama kayıtları olarak adlandırılmaktadır. Bu tür kayıtlar, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun olarak düzenlenmelidir. Bununla birlikte, uyarılama kayıtları sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun olarak kaleme alınsa dahi taraflardan biri tarafından karşı taraf aleyhine fırsatçı davranış oluşturacak şekilde kullanılabilir. Uyarılama kayıtlarının fırsatçı davranışlara konu olduğu hallerde, hâkim tarafından sözleşmeye müdahale edilmesi gerekir. Çalışmamızda öncelikle uyarılama kayıtları ve fırsatçı davranış kavramları açıklanmıştır. Daha sonra, uyarılama kayıtlarının fırsatçı davranış oluşturacak şekilde kullanımına yönelik çeşitli örnekler verilmiş ve bu tür kayıtların hukuki geçerliliği üzerinde durulmuştur.

Abstract

The parties stipulate contract terms according to their interests. However, the parties cannot foresee all the future developments related to this contract in contract negotiation. For example, the change of circumstances may force the parties to adapt the contract to maintain the equilibrium of the contract. The freedom of contract allows the parties to allocate the risk distribution in the contract. Hence, the cautious contract parties may agree on adjustment clauses to prevent the alteration of the equilibrium of the contract due to the change of circumstances. The parties set forth these clauses according to the limits of freedom of contract. However, one of the parties may use such a clause as an act of opportunistic behavior against the other. In cases where adjustment clauses are subject to opportunistic behavior, judicial intervention may become inevitable. This study first introduces adjustment clauses and opportunistic behavior, then gives examples of adjustment clauses subject to opportunistic behavior, and finally examines the legal validity of such clauses.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Bu çalışma Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan "Uyarılama Kayıtları" başlıklı doktora tezinden ve aynı isimli kitaptan türetilmiştir. This study is derived from the doctoral thesis titled "Adaptation Clauses" prepared within the scope of the Private Law Doctorate Program at Ankara University Social Sciences Institute, as well as from the book of the same name.

** Dr., Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atf Şekli | **Cite As:** ŞAHİN, Hale, "Fırsatçı Davranışlara Konu Olan Uyarılama Kayıtlarının Geçerliliği", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.238-252. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The parties conclude a contract for a *causa*. They determine the contract terms according to this *causa*. However, due to the change of circumstances, the performance of the obligation of one of the parties may become more onerous than expected. In this case, the parties may agree on the adaptation of the contract or claim judicial intervention. As an alternative, under freedom of contract, the parties can agree on adjustment clauses before the occurrence of such changes.

Adjustment clauses are the contractual terms the parties stipulate for the adaptation or review of the contract to allocate the risk of change of circumstances before these changes occur. Adjustment clauses should comply with the limits of freedom of contract. However, in contracts where the bargaining power is unequal, the stronger party may use the adjustment clauses following the limits of freedom of contract to the detriment of the weaker party in a way that constitutes opportunistic behavior. Such cases usually emerge in practice where the merchant chooses opportunistic behavior instead of collaborating with the other party if this provides him more profit. This study introduces adjustment clauses and opportunistic behavior, gives examples of adjustment clauses subject to opportunistic behavior, and examines the legal validity of such clauses.

Turkish doctrine and practice usually divide adjustment clauses into positive and negative adjustment clauses. However, this division does not ensure the examination of the characteristics and validity of adjustment clauses: According to their formulation, positive adjustment clauses can be deemed as negative adjustment clauses and *vice versa*. Hence, this study classifies adjustment clauses according to the adaptation method parties stipulate in these clauses. This classification contains automatic adjustment clauses, unilateral adjustment clauses, and renegotiation clauses.

Automatic adjustment clauses are contract provisions in which the parties agree on the adaptation of the contract automatically when the change of circumstances parties set forth occurs. A contract provision stating that “*if there is an increase in customs duty before delivery, the surplus charges will be added to the agreed price*” is an example of such a clause. The parties may also formulate these clauses as mathematical formulas. The main feature of automatic clauses is that any change of circumstances specified in them leads to the adaptation of the contract by itself. Therefore, these clauses are delaying conditions.

Unilateral adjustment clauses are adjustment clauses where one of the parties has the right to determine the scope of the adaptation. An adjustment clause giving the contractor the right to adapt the contract on their own if the steel prices rise is an example of such a clause. In unilateral adjustment clauses, the party who holds the right to adapt the contract should act according to good faith, as these clauses are formative rights that result in the adaptation of the contract.

Renegotiation clauses are contract terms under which the parties exclusively undertake to renegotiate the contract or to reach an agreement as a result of such renegotiation when the change of circumstances set out in the contract occurs. The parties who undertake the obligation to renegotiate exclusively are not under the obligation to agree on the adaptation of the contract. The obligation to renegotiate is an ancillary duty unless the parties agree otherwise. Thus, if a party breaches the obligation to renegotiate, the other party is only entitled to claim damages because of this situation. If the parties considered the renegotiation obligation as a performance obligation, the breach of this obligation is a default.

According to the characteristics of the case, the use of adjustment clauses following the limits of freedom of contract may result in *ex-post* opportunistic behavior: This happens when the stronger party uses adjustment clauses contrary to the purpose of their stipulation. For example, in the renegotiation clauses that comprise the obligation of adaptation, if there is a lock-in effect because of the transaction costs, the stronger parties constrain the weaker party to accept their proposal for the adaptation of the contract is a hold-up problem and hence an opportunistic behavior. In this case, the opportunistic behavior in adjustment clauses results in an unfair advantage. Unless the weaker party asks for the elimination of the disproportion between the performances, the sanction of unfair advantage is cancellation.

Prohibition of the abuse of rights may cause opportunistic behavior in adjustment clauses. For instance, automatic adjustment clauses inherently comprise the foreseen change of circumstances. If the change of circumstances occurs is unexpected and therefore can be considered unforeseen, claiming the adaptation of the contract according to the automated adjustment clauses is contrary to the aim of such clauses and thus results in the prohibition of the abuse of right. Another example of opportunistic behavior related to the prohibition of the abuse of rights exists in unilateral adjustment clauses. In unilateral adjustment clauses, the party holding the right to adapt the contract should act accordingly in good faith. In other words, the usage of the right of adaptation contradicting the purpose of such a clause is considered an abuse of rights. In the case of an abuse of rights, after considering the characteristics of the case, the judge should rule prohibition of the abuse of rights as an exception since the judge cannot change the risk distribution in the contract by their intervention. The sanction of the prohibition of the abuse of rights differs from case to case. In short, the sanction of this prohibition is not allowing the person who abuses their rights to obtain benefits. In cases where this prohibition stems from adjustment clauses, the judge can rule that the contract will be valid with the previous content or adapt the contract themselves.

Adjustment clauses can be incorporated into the standard form contracts. In this case, these clauses are subject to the judicial control of standard form contracts. However, this is only crucial for automatic adjustment clauses and unilateral adjustment clauses but not for renegotiation clauses, as renegotiation clauses do not comply with the aim of rationalization of standard form contracts.

As part of the validity control, a globally accepted automatic adjustment clause can be regarded as an unexpected clause if it is an unusual term to the character of a contract, and thus the customer cannot reasonably expect this term unless accepting it expressly. An automatic adjustment clause regarded as an unexpected clause constitutes an opportunistic behavior. Hence, pursuant to the Code of Obligation Art.21/II, such a clause shall not be a part of the individual contract.

After passing the test of validity control, the automatic adjustment clause will be subject to interpretation control. At this stage, this clause shall be interpreted according to the principle of *contra preferentem* as the *ultima ratio*. Automatic adjustment clauses passing the interpretation control are under judicial review for content control as they are ancillary terms. According to the content control, a provision of a standard form contract is null and void if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of the customer. For this reason, the adjustment clause should be drafted in a way that results in the adaptation of the contract for and against the customer.

The code contains a special provision for the validity of a unilateral adaptation clause that invalidates this clause without seeking any ground. But this strict rule may cause market failures. Therefore, the sanction in this provision should be understood as a simple or modified partial nullity. Nevertheless, *de lege feranda* is the abolishment of this provision.

I. GİRİŞ

Taraflar, belirli bir amaca ulaşmak amacıyla sözleşme kurmaktadır¹. Alacaklı ve borçlu, sözleşmenin içeriğini sözleşmeyle elde etmek istedikleri menfaatleri dikkate alarak belirlemektedir. Bununla birlikte, sözleşme müzakereleri sırasında taraflar, sözleşmenin içeriğine ilişkin bütün koşullar hakkında bilgi sahibi değildir. Özellikle sözleşmenin yapılmasından sonraki gelişmeler, tarafların bilgisi ve kontrolü dışındadır².

Sözleşme özgürlüğüne göre taraflar, sözleşmenin kurulması anında sağlanan menfaatler dengesinin durum değişiklikleri sebebiyle ileride bozulabileceğini ve sözleşmenin uyarlanmasına sebebiyet vereceğini dikkate alarak bu tür sözleşme risklerinin dağılımını sözleşmede düzenleyebilir. Tarafların bu amaçla kararlaştırdıkları sözleşme hükümleri, uyarlama kayıtlarıdır³.

Uyarlama kayıtları, sözleşmenin yapılması sırasında veya kurulmasından sonra fakat durum değişikliklerinin ortaya çıkmasından önce tarafların sözleşmenin içeriğini durum değişikliklerine uyarlamak amacıyla kararlaştırdıkları sözleşme hükümleridir⁴. Uyarlama kayıtları, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına

¹ EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.221; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Schulthess, Zürich 2020, s.48; KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Allgemeiner Teil), 4. Auflage, Stämpfli, Bern 2017, s.40; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.192; SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, 6. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2015, s.337; SUNGURBEY, İsmet: Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul Akgün Yayınları, İstanbul 1957, s.3; FLUME, Werner: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (Rechtsgeschäft), Band II, 4. Auflage, Springer, Berlin 1992, s.171; SİRMEN, Lâle: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992, s.1; EHMANN, Horst: "Zur Causa-Lehre", Juristen Zeitung, 58(14), 2003, s.702; CANBOLAT, Ferhat: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması (Amacın Gerçekleşmesi), Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.64; CANBOLAT, Ferhat: "Hukuki İşlemlerde 'Amaç'" (Amaç), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), 2012, s.63.

² KOLLER, Ingo: Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen: Eine Untersuchung zur Rechtsfortbildung auf dem Gebiet der materiellen Leistungerschwerung, Zweckstörung sowie Schadenersatzhaftung bei Sach- und Dienstleistungen (Risikozurechnung), Beck, München 1979, s.1; BISCHOFF, Jacques: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus: Risikozurechnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen, Schulthess, Zürich 1983, s.16; SULZER, Stefan: Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Schulthess, Zürich 2002, s.123; KURT, L. Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.27 vd.; ŞAHİN, Hale: Uyarlama Kayıtları, Yetkin Yayınları, Ankara 2024, s.23.

³ Uyarlama kayıtları tanımı için bkz. KRAMER, Ernst A./SCHMIDLIN, Bruno: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18 OR, Berner Kommentar, Band VI/1/1, Stämpfli, Bern 1986, s.IV/116; EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.2586; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s.331; BERGER, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht (Schuldrecht), 3. Auflage, Stämpfli, Bern 2018, s.399; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 16. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2018, s.566; EREN, s.556; ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.305; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.890; HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2019, s.100; GÜRİSOY, Kemal Tahir: Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1950, s.157; BILDA, Klaus: Anpassungsklauseln in Verträgen, Gleitklauseln, Preisvorbehalte und ähnliche Sicherungsmittel, 2. Auflage, Erich Schmidt, Berlin 1973, s.23 vd.; BISCHOFF, s.95 vd.; BAUR, Jürgen F.: Vertragliche Anpassungsregelungen: dargestellt am Beispiel langfristiger Energielieferungsverträge, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH Heidelberg, Heidelberg 1983, s.46; HORN, Norbert: Vertragsbindung unter veränderten Umständen - Zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen in langfristigen Verträgen" (Vertragsbindung), Neue Juristische Wochenschrift (München), 38, 1985, s.1118 vd.; BURKHARDT, Martin: Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts: Vertragsgestaltung, Schiedsgerichtspraxis und Praxis des Bundesgerichts, Haupt, Bern 1997, s.29 vd.; FENYVES, Attila: Der Einfluß geänderter Verhältnisse auf Langzeitverträge, Manz, Wien 1997, s.102 vd.; KAPLAN, İbrahim: Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi: Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uyarlanması, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.116 vd.; SULZER, s.135 vd.; KAMANABROU, Sudabeh: Vertragliche Anpassungsklauseln, Beck, München 2004, s.1 vd.; HAU, Wolfgang: Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen 2003, s.333 vd.; ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s.124 vd.; BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması: BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü, 4. Bası, İstanbul 2020, s.302; ALTOP, Atilla: Aşırı İfa Güçlüğü'nü Düzenleyen TBK. m.138 Hükmü ile İlgili Bazı Tartışmalı Hususlara İlişkin Bir Değerlendirme", in Oktay Özdemir, Saibe/Arkan Serim, Azra/Altıp, Atilla (ed.), Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan, Filiz Yayınları, İstanbul 2020, s.43-65, TBK. m.138, s.47; TOPUZ, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.165; KRAMER, Ernst A.: Die "Krise" des liberalen Vertragsdenkends (Krise), Wilhelm Fink Verlag, München 1974, s.275; BUFF, Felix: Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht, Schulthess, Zürich 2016, s.5 vd.; İNAL, Tamer H.: "Sözleşmelerde Aşırı İfa Güçlüğü ve Uyarlama (6098/TBK m.138)", in Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku Cilt I, Ankara 2017, s.421; ENZ, Benjamin V.: Clausula rebus sic stantibus – insbesondere im Spiegel der Rechtsprechung, Schulthess, Zürich 2018, s.52 vd.; PROBST, Thomas: "Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Switzerland – The Control of Standard Contracts Terms: The Swiss Approach", in Atamer, Yeşim M./Pichonnaz (ed.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Springer, Cham 2020, s.668; ACAR ÜNAL, Özlem: "Covid-19 Virüsünün Sözleşmelere Etkisinin TBK md. 138 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", in Çalışkan, Yusuf/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Erol, Ömer Faruk/ Yakacak, Gülnihal Ahter/Kafalı, Ömer Faruk (ed.), Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, İbni Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020, s.308 vd.; TİLE, Latif: Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.150; KAHRAMAN, Zafer: Beklenmedik Haller ve Hukuki Sonuçları, Vedat Yayınları, İstanbul 2023, s.175; ŞAHİN, s.25 vd.

⁴ JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter/HARTMANN, Stephan: Art.18 OR - Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2014, s.210 vd.; KRAMER/SCHMIDLIN, s.IV/116; EREN/DÖNMEZ, C.III, s.2586; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s.331; BERGER, Schuldrecht, s.399; OĞUZMAN/ÖZ, s.566; EREN, s.556; ANTALYA, s.305; GÜMÜŞ, s.890; HUGUENIN, s.100; GÜRİSOY, s.157; BILDA, s.23 vd.; BISCHOFF, s.95 vd.; BAUR, s.46; HORN, Vertragsbindung, s.1118 vd.; BURKHARDT, s.29 vd.; FENYVES, s.102 vd.; KAPLAN, s.116 vd.; SULZER, s.135 vd.; KAMANABROU, s.1 vd.; HAU, s.333 vd.; ARAT, s.124 vd.; BAYSAL, s.302;

uygun olarak düzenlenmelidir. Bununla birlikte, tarafların müzakere güçlerinin birbirinden farklı olduğu sözleşmelerde, güçlü taraf sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun biçimde kaleme alınan uyarlama kayıtlarını zayıf taraf aleyhine, aralarındaki güven ilişkisine aykırı biçimde kullanabilir⁵. Hukukun ekonomik analizi yaklaşımında, bu tür hareketlerin ekonomik sebepleri de dikkate alınmakta ve bunlar fırsatçı davranış şemsiye kavramı altında incelenmektedir. Nitekim uygulamada uyarlama kayıtlarının kararlaştırıldığı sözleşmelerde, tacirin kendisine daha yüksek kâr sağladığı takdirde karşı tarafla iş birliği içerisinde hareket etmek yerine fırsatçı davranışta bulunmayı seçtiği gözlemlenmektedir⁶.

Uyarlama kayıtlarına göre sözleşmenin uyarlanmasının fırsatçı davranış oluşturduğu hâllerde, sözleşme adaleti taraflardan birinin fırsatçı davranışı sebebiyle bozulmaktadır⁷. Böyle durumlarda, menfaatler dengesinin yeniden sağlanması için hâkim tarafından sözleşmeye müdahale edilmesi gerekir. Fırsatçı davranışlar sebebiyle hâkimin sözleşmeye müdahale ettiği bu hâllerde, bu davranışların altında yatan ekonomik sebeplerinin mahiyetine göre farklı hukuki kurumların uygulama alanı bulması mümkündür. Çalışmamızda fırsatçı davranış şemsiye kavramı altında bu tür davranışların hukuki sonuçlarının incelenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda, aşağıda öncelikle uyarlama kayıtları ve fırsatçı davranış hakkında bilgi verilmiştir. Daha sonra, fırsatçı davranışlara konu olan uyarlama kayıtları ve bu kayıtların geçerliliği üzerinde durulmuştur.

II. UYARLAMA KAYITLARININ TANIMI, UNSURLARI VE TÜRLERİ

Sözleşmenin kurulduğu an ile ifa anının farklı olduğu sözleşmelerde, sözleşmenin uyarlanması ihtiyacını doğuran bir durum değişikliğinin ortaya çıkmasına ilişkin sözleşme riski mevcuttur⁸. Sözleşmenin yapılması sırasında öngörülemeyen fiyat dalgalanmaları veya ek vergiler sebebiyle satıcının borçlandığı edimin ifasının onun açısından aşırı ölçüde külfetli hâle gelmesi sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğuran sözleşme riskine örnek olarak verilebilir⁹. Bu tür sözleşme riskiyle karşılaşan taraflar, sözleşmenin uyarlanıp uyarlanmaması veya uyarlamanın içeriği konusunda farklı iradelere sahip olmakta ve sözleşmenin uyarlanması üzerinde anlaşamamaktadır. Böyle bir durumda taraflar, aralarındaki uyumsuzluğun çözümü için hâkime başvurmaktadır [6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.138].

Sözleşme özgürlüğüne göre taraflar, önemli durum değişikliklerinin ortaya çıkması tehlikesine karşı bunun gerçekleşmesinden önce (*ex ante*) uyarlama kayıtları üzerinde anlaşarak tedbir alabilir. Uyarlama kayıtları, özellikle sürekli ve uzun süreli sözleşmeler bakımından önem taşımaktadır. Zira, bu tür borç ilişkilerinde sözleşmeden doğan borcun ifası belli bir zamana yayıldığı için önemli durum değişikliklerinin meydana gelme ihtimali diğer sözleşmelere göre daha fazladır¹⁰. Taraflar açısından büyük bir kişisel önem taşıyan sözleşmeler (örneğin kira sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, sigorta sözleşmeleri) bakımından da önemli durum değişikliklerine dikkat edilmelidir¹¹. Çünkü bu tür sözleşmelerde edimlerin ekonomik boyutu veya taraflar arasındaki güven ilişkisinin yoğunluğu gereği, bu sözleşmelerin devamı taraflar açısından özel bir önem taşımaktadır¹². Böyle sözleşmelerde, taraflar, önemli durum değişikliklerine rağmen sözleşmeyi ayakta tutmak için uyarlama kayıtlarına yer vermektedir.

Uyarlama kayıtlarının temel özelliği hem uyarlama olgusunun hem de uyarlamanın hukuki sonucunun bu kayıtlarda öngörülmüş olmasıdır¹³. Bu durumda, uyarlama kayıtları genel olarak iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar, uyarlama olgusu ve uyarlamanın hukuki sonucudur¹⁴. Uyarlama olgusu, uyarlama kayıtlarında uyarlamaya sebep olan durum değişikliklerinin düzenlendiği kısım¹⁵. Taraflar, bu tür durum değişikliklerini genel ve soyut veya özel ve somut biçimde kaleme almaktadır¹⁶. Genel biçimde

ALTOP, s.47; TOPUZ, s.165; KRAMER, Kriese, s.275; BUFF, s.5 vd.; İNAL, s.421; ENZ, s.52 vd.; PROBST, s.668; ACAR ÜNAL, s.308 vd.; TİLE, s.150; KAHRAMAN, s.175; ŞAHİN, s.89.

⁵ Benzer yönde bkz. BUFF, s.61 vd. Bu konuda ayrıca bkz. ŞAHİN, s.213 vd.

⁶ SCHÄFER, Hans-Berd/OTT, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer, Berlin 2012, s.577; BUFF, s.61.

⁷ BUFF, s.61.

⁸ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s.208; KOLLER, Risikozurechnung, s.1; BISCHOFF, s.16 vd.; SULZER, s.123 vd.; BAYSAL, s.294; KURT, s.27; BUFF, s.36; KAHRAMAN, s.175.

⁹ SCHWENZER, INGEBORG/MUÑOZ, EDGARDO: “Duty to Renegotiate and Contract Adaptation in Case of Hardship”, Uniform Law Review, 24(1), 2019, s.149.

¹⁰ FENYVES, s.5 vd.; BURKHARDT, s.7; KAMANABROU, s.1; MONN, Valentin: Die Verhandlungsabrede: Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Schulthess, Zürich 2010, s.194 vd.

¹¹ BUFF, s.51.

¹² WURMNEST, Wolfgang: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, Beck, München 2022, BGB § 307, N.106; FENYVES, s.6; MONN, s.196.

¹³ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s.211 vd.; HORN, Norbert: “Die Anpassung langfristiger Verträge in Internationalen Wirtschaftsverkehr. Vertragsklauseln und Schiedspraxis” (Die Anpassung), in Kötz, Hein/ Freiherr Marschall von Bieberstein, Wolfgang (ed.), Die Anpassung langfristiger Verträge: Vertragsklauseln und Schiedspraxis, Alfred Metzner, Frankfurt am Main 1984, s.9 vd.; HORN, Vertragsbindung, s.1118; TOPUZ, s.166; BUFF, s.6.

¹⁴ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s.219; FENYVES, s.117; BILDA, s.23 vd.; BISCHOFF, s.97; FUHRER, Stephan: “Aufpassen beim Anpassen – Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Änderung von Versicherungsverträgen”, in Honsell, Heinrich/Portmann, Wolfgang/Roger, Zäch/Zobl, Dieter (ed.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Schulthess, Zürich 2003, s.412; KONARSKI, Hubert: “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice”, International Business Law Journal, (4), 2003, s.420; MONN, s.33; BUFF, s.97; MITROVIC, Milivoje: Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Dike, Zürich 2022, s.27.

¹⁵ BILDA, s.24; BISCHOFF, s.97; FUHRER, s.88; SCHUMACHER, Rainer: Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis, Schulthess, Zürich 2004, s.396; MONN, s.33; BUFF, s.87. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s.110 vd.

¹⁶ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s.207; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s.332; BILDA, s.24; BISCHOFF, s.97 vd.; MONN, s.33; BUFF, s.91.

kararlaştırılan uyarlama kayıtlarına “öngörülemez olaylar”, “beklenmeyen durum değişiklikleri”, “değişen koşullar” gibi ifadeler örnek olarak verilebilir¹⁷. Bu tür uyarlama kayıtlarında taraflar genel ve soyut biçimde düzenledikleri durum değişikliklerine sözleşmenin uyarlanması sonucunu bağlamaktadır¹⁸. Uyarlama kayıtlarının özel ve somut biçimde kaleme alınması, tarafların sözleşmede öngördükleri değişikliklerle sınırlı olarak sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesini öngördükleri anlamına gelmektedir¹⁹. Özel ve somut nitelikteki uyarlama kaydına münhasıran maliyet unsurundaki bir değişikliğe sözleşmenin uyarlanması sonucunun bağlandığı “teslimattan önce gümrük vergisinde artış olduğu takdirde bu artış taraflarca kararlaştırılan sözleşme bedeline eklenir” şeklindeki bir hüküm örnek olarak verilebilir.

Uyarlama kayıtlarının diğer unsuru, uyarlamanın hukuki sonucudur. Uyarlama kayıtlarının olgu unsurunda aranan şartlar kümülatif olarak gerçekleştiğinde, uyarlamanın hukuki sonucu ortaya çıkmaktadır. Uyarlamanın hukuki sonuç unsurunda, sözleşmede öngörülen durum değişikliğinin borç ilişkisine etkisi, bir başka deyişle bu durum değişikliği meydana geldiğinde sözleşmenin içeriğinde yapılacak değişiklik düzenlenmektedir²⁰. Taraflar, uyarlamanın yöntemini hukuki sonuç unsurunda kararlaştırmaktadır. Uyarlama yöntemi, uyarlama olgusunun gerçekleşmesinden sonra sözleşmenin değişen durumlara uyarlanmasında izlenecek yoldur. Taraflardan hangisinin sözleşmeyi uyarlama hakkına sahip olduğu, uyarlamanın içeriği ve kapsamının hangi kısıtlara göre belirleneceği uyarlama yöntemini oluşturmaktadır²¹.

Sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, uyarlama kayıtları çok farklı şekillerde kaleme alınabilir. Türk öğretisi ve uygulamasında uyarlama kayıtları, olumlu ve olumsuz uyarlama kayıtları olarak ikili bir ayrımata tabi tutulmaktadır. Olumlu uyarlama kayıtları, sözleşmenin yapılması sırasındaki koşulların değişmesi hâlinde borç ilişkisinin bu koşullara uyarlanmasının öngörüldüğü sözleşme hükümleridir²². Olumsuz uyarlama kayıtları ise sözleşmenin yapıldığı andaki koşullar değişse dahi borç ilişkisinin bu koşullara uyarlanmadan sürdürüleceğinin kararlaştırıldığı sözleşme hükümleridir²³. Taraflar, bu tür uyarlama kayıtlarında durum değişikliği gerçekleşse bile borç ilişkisini daha önce kararlaştırdıkları şekilde ifa edeceklerini taahhüt etmektedir²⁴. Sözleşmede kararlaştırılan belirli durum değişikliklerinin sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurduğu bütün olumlu uyarlama kayıtları, sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurmayan durum değişiklikleri bakımından olumsuz uyarlama kaydı niteliği taşımaktadır²⁵. Bu sebeple, olumlu ve olumsuz uyarlama kayıtları ayrımı, bu kayıtların hukuki geçerliliğini değerlendirmek için elverişsizdir²⁶.

Uyarlama kayıtları, bu kayıtlarda öngörülen durum değişikliğinin gerçekleşmesinden sonra sözleşmenin uyarlanmasında izlenecek yöntemin kaleme alınış biçimine göre üç başlık altında incelenebilir. Bu ayrım, uyarlama kayıtlarının hukuki niteliğini ve hukuki geçerliliğini tespit etmek bakımından önem taşımaktadır. Buna göre uyarlama kayıtları, otomatik (kendiliğinden) uyarlama kayıtları, tek taraflı uyarlama kayıtları ve yeniden müzakere kayıtları olarak üçe ayrılmaktadır²⁷.

Otomatik uyarlama kayıtları, sözleşmede düzenlenen öngörülebilir durum değişikliği ortaya çıktığında tarafların yeni bir irade açıklamasında bulunmalarına gerek olmaksızın sözleşmenin uyarlanmasının öngörüldüğü uyarlama kayıtlarıdır²⁸. Bu tür kayıtlara “teslimattan önce gümrük vergisinde

¹⁷ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s.211 vd.; BILDA, s.24 vd., 72; BISCHOFF, s.98; BURKHARDT, s.51 vd.; SULZER, s.137; KAPLAN, s.119; TOPUZ, s.170 vd.; MONN, s.33; BUFF, s.92. Bu konuda ayrıca bkz. ŞAHİN, s.111 vd.

¹⁸ Genel ve soyut biçimdeki uyarlama kayıtlarının geçerli olmaları için belirlilik ilkesine uygun şekilde düzenlenmeleri gerekir. Bu konuda bkz. RUSCH, Arnold F./HUGUENIN, Claire: "Unilateral Amendment Rights in General Terms and Conditions - The Trojan Horse in the Contract", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2008, s.46; HUGUENIN, Claire/MAISSEN, Eva: "Bedingungsänderungsklauseln", in Fuhrer, Stephan/Weber, Stephan(ed.), Allgemeine Versicherungsbedingungen: Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Schulthess, Zürich 2011, s.102 vd.; BUFF, s.189; MITROVIC, s.51.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.302; WEBER, Rolf H.: Die Erfüllung der Obligation, Art.68-96 OR, Berner Kommentar, Band VI/1/4, 2. Auflage, Stämpfli, Bern 2005, s.463; BILDA, s.39; BURKHARDT, s.35; SHRANER, Marius: Die Erfüllung der Obligationen, Art.68-96 OR, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2000, s.116; LÜBKE-DETRING, Cord: Preisklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, Duncker & Humblot, Berlin 1989, s.25; KAMANABROU, s.19 vd.; LETTL, Tobias: "Die Anpassung von Verträgen des Privatrecht: 3. Teil. Der Tatbestand vertraglicher Anpassungsregelungen" (3. Teil), Juristische Schulung, (4), 2001, s.350; ARAT, s.127; GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich/THÜSING, Gregor: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Beck, München 2013, N.72; BUFF, s.108 vd.

²⁰ BILDA, s.24; BISCHOFF, s.98; JICKELI, Joachim: Der langfristige Vertrag, Nomos, Baden-Baden 1996, s.270; BUFF, s.88. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s.133 vd.

²¹ BISCHOFF, s.98; JICKELI, s.270; FENYVES, s.117; LETTL, Tobias: "Die Anpassung von Verträgen des Privatrecht: 4. Teil. Die Rechtsfolgen vertraglicher Anpassungsregelungen" (4. Teil), Juristische Schulung, (5), 2001, s.456; FUHRER, s.412; BUFF, s.88; ŞAHİN, s.137.

²² JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s.210; KRAMER/SCHMIDLIN, s.IV/116; EREN/DÖNMEZ, s.2586 vd.; EREN, s.556; FENYVES, s.103; KAPLAN, s.116; ARAT, s.140; ALTOP, s.47; TOPUZ, s.166; MONN, s.32; İNCE, Nurten: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht, Duncker & Humblot, Berlin 2014, s.369; ENZ, s.52 vd.; ACAR ÜNAL, s.308; TİLE, s.151.

²³ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s.214; KRAMER/SCHMIDLIN, s.IV/117; EREN/DÖNMEZ, C.III, s.2587; EREN, s.556; FENYVES, s.103; KAPLAN, s.120; ARAT, s.147; ALTOP, s.47; TOPUZ, s.166; MONN, s.32; İNCE, s.370; ENZ, s.60; ACAR ÜNAL, s.310; TİLE, s.151.

²⁴ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, s.214; ARAT, s.147; MONN, s.32; İNCE, s.370.

²⁵ BUFF, s.122 vd.

²⁶ Aynı yönde bkz. BUFF, s.122 vd. Bu konuda ayrıca bkz. ŞAHİN, s.147.

²⁷ Aynı yönde bkz. HORN, Vertragsbindung, s.1119; FENYVES, s.109; KAMANABROU, s.17; BUFF, s.126; ŞAHİN, s.150.

²⁸ BILDA, s.46 vd.; BISCHOFF, s.99; LÜBKE-DETRING, s.21; BURKHARDT, s.33; LETTL, 4. Teil, s.460; KAMANABROU, s.17 vd.; BUFF, s.117; ŞAHİN, s.150.

artış olduğu takdirde bu artış taraflarca kararlaştırılan sözleşme bedeline eklenecektir” şeklindeki sözleşme hükmü örnek olarak verilebilir. Otomatik uyarlama kayıtları matematiksel formüllerle de kaleme alınabilir.²⁹ Otomatik uyarlama kayıtlarında öngörülen durum değişikliğinin gerçekleşmesi, tarafların herhangi bir irade açıklamasında bulunmalarına gerek olmaksızın sözleşmenin içeriğinin bu kayıtlarda kararlaştırıldığı biçimde değişmesi sonucunu doğurmaktadır³⁰. Bu anlamda, otomatik uyarlama kayıtları geciktirici koşul niteliği taşımaktadır³¹.

Tek taraflı uyarlama kayıtları, sözleşmede düzenlenen durum değişikliği ortaya çıktığında taraflardan birinin sözleşmenin içeriğinde yapılacak değişikliği belirleme hakkını haiz olduğu uyarlama kayıtlarıdır³². Bu tür uyarlama kayıtlarına “sözleşmenin yapıldığı tarihte geçerli olan çelik fiyatları arttığı takdirde yüklenici sözleşmeyi tek taraflı olarak uyarlama hakkına sahiptir” şeklindeki bir sözleşme hükmü örnek olarak gösterilebilir.

Tek taraflı uyarlama kayıtlarında, uyarlama hakkına sahip taraf uyarlama olgusu gerçekleştiğinde sözleşmenin içeriğinde yapılacak değişikliği dürüstlük kuralına uygun olarak kendisi belirlemektedir³³. Bu anlamda, tek taraflı uyarlama kayıtları yenilik doğuran hak niteliği taşımaktadır³⁴. Bu sebeple, bu kayıtlara göre sözleşmede yapılan değişiklik karşı tarafın hâkimiyet alanına vardığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaktadır³⁵.

Yeniden müzakere kayıtları, sözleşmede düzenlenen durum değişiklikleri meydana geldiği takdirde tarafların münhasıran sözleşmenin içeriğini yeniden müzakere etmeyi veya bu müzakere sonucunda bir anlaşmaya varma taahhüdü altına girdikleri sözleşme hükümleridir³⁶. Münhasıran müzakere yükümlülüğünü üstlenen taraflar, sözleşmeyi uyarlama konusunda anlaşmaya varma borcu altına girmemektedir. Onlar, sadece sözleşmede düzenledikleri durum değişikliği meydana geldiğinde bunun borç ilişkisine etkisini müzakere etmek için bir araya gelmeyi taahhüt etmektedir³⁷. Müzakere yükümlülüğü, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça bir yan yükümlülüktür³⁸. Bu sebeple, taraflardan biri müzakere yükümlülüğünü kusurlu bir şekilde ihlal ettiği takdirde karşı taraf kural olarak sadece sözleşmenin müspet ihlali sebebiyle tazminat talep etme hakkına sahiptir³⁹. Müzakere yükümlülüğünün yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırıldığı yeniden müzakere kayıtlarında ise bu yükümlülüğe aykırı davranan taraf temerrüde düşmüş olur⁴⁰.

Yeniden müzakere kayıtları kural olarak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kararlaştırılmaktadır. Bu sebeple, taraflardan biri yeniden müzakere kayıtlarından doğan müzakere yükümlülüğünün ifasında temerrüde düştüğünde, karşı taraf ona müzakere borcunu ifa etmesi için uygun bir süre vermelidir (TBK m.123). Bu durumda, sözleşmenin müzakere edilmesini isteyen taraf, müzakere borcunun zamanında ifa edilmemesi sebebiyle karşı taraftan gecikme tazminatı da talep edebilir (TBK m.119).

Müzakere yükümlülüğünde temerrüde düşen tarafın davranışlarından onun bu borcunu yerine getirmeyeceği anlaşılıyorsa ek süre verilmesine ihtiyaç yoktur (TBK m.124/I). Sözleşmeyi müzakere yükümlülüğünü ifa etmeyen taraf, ek sürenin geçmesine rağmen bu borcunu ifa etmemiş veya somut olayın şartlarına göre ek süre verilmesine ihtiyaç yoksa karşı taraf, TBK m.125’ten doğan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Bu çerçevede, müspet zararın veya sözleşmeyi feshederek menfi zararın giderilmesi isteyebilir. Karşı taraf, seçimlik haklarını kullanmak yerine, somut olayın özelliklerine göre hâkimden TBK m.138 uyarınca sözleşmenin uyarlanmasını da talep edebilir. Taraflar, sözleşmede müzakere yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde uygulama alanı bulacak ikincil bir hukuki çare olarak cezai şartı veya haklı sebeple sözleşmeyi fesih hakkını öngörmüşse bu hukuki çarelere başvurulması da mümkündür⁴¹.

Uyarlama yükümlülüğünün kararlaştırıldığı yeniden müzakere kayıtlarında, sözleşmenin uyarlanması konusunda anlaşamayan taraflar, doğrudan bu yükümlülük uyarınca sözleşmenin hâkim tarafından uyarlanmasını isteyebilir⁴². Çünkü uyarlama yükümlülüğünün öngörüldüğü yeniden müzakere kayıtlarında, taraflar durum değişikliği ortaya çıktığında sözleşmeyi müzakere ederek uyarlama konusunda

²⁹ Matematiksel formülle kaleme alınmış otomatik uyarlama kaydı örneği için bkz. LÜBKE-DETRING, s.22 vd.

³⁰ HORN, *Vertragsbindung*, s.1120; NELLE, Andreas: *Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, Beck, München 1993, s.3; BAUR, s.46; BISCHOFF, s.99; FENYVES, s.109; BUFF, s.127 vd.; ARAT, s.144.

³¹ BILDA, s.46; LETTL, 4. Teil, s.460; BUFF, s.131.

³² BILDA, s.58; FENYVES, s.109 vd.; LETTL, 4. Teil, s.460; KAMANABROU, s.24; RUSCH/HUGUENIN, s.41; BUFF, s.136.

³³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s.33; EREN, s.104.

³⁴ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s.332; WIEDEMANN, Rainer M.: *Preisänderungsvorbehalt: Einseitige Preisänderung zwischen Bestimmtheitsgrundsatz und Verfahrensschutz*, Dissertation, Augsburg 1990, s.14; RUSCH/HUGUENIN, s.48; BUFF, s.139; MITROVIC, s.39.

³⁵ BUFF, s.172.

³⁶ KRAMER, Ernst A.: *Inhalt des Vertrages*, Art.19-22 OR (Berner Kommentar), Berner Kommentar, Band VI/1/2/1a, Stämpfli, Bern 1991, s.42; SCHWENZER, Ingeborg/FOUNTOLAKIS, Christiana: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, Stämpfli, Bern 2020, s.203; FECHT, Gabriele: *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung d. bundesdeutschen Rechts und der Un-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung* 146, VVF, München 1988, s.107. Benzer yönde bkz. GAUCH, Peter: *Der Werkvertrag*, 6. Auflage, Schulthess, Zürich 2019, s.537; MONN, s.135, 534.

³⁷ HORN, Norbert: “Neuverhandlungspflicht” (Neuverhandlungspflicht), *Archiv für die civilistische Praxis*, 181(4), 1981, s.257; MARTINEK, Michael: “Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandsaufnahme, Kritik ... und Ablehnung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 198(4), 1998, s.338 vd.; KAMANABROU, s.32; BUFF, s.160.

³⁸ MONN, s.212; MARTINEK, s.342; LETTL, 4. Teil, s.457.

³⁹ MARTINEK, s.341; LETTL, 4. Teil, s.457.

⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s.197 vd.

⁴¹ NELLE, s.307 vd.; MONN, s.213,574; BUFF, s.168. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s.178 vd.

⁴² MARTINEK, s.341; LETTL, 4. Teil, s.457; MONN, s.212.

anlaşmaya varma borcu altına girmektedir⁴³.

III. FIRSATÇI DAVRANIŞLARA KONU OLAN UYARLAMA KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Uyarlama kayıtları, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun olarak düzenlenmelidir. Bununla birlikte, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun olarak kaleme alınan uyarlama kayıtları dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak kullanılabilir. Hukukun ekonomik analizi yaklaşımında bu durum fırsatçı davranış kavramıyla açıklanmaktadır. Fırsatçı davranış, bir kimsenin bir başkasının güvenini kazandıktan sonra onunla aralarındaki iş birliğine aykırı şekilde davranarak bu güveni kırması, kurnazlık ve hile yoluyla kendi lehine çıkar sağlamasıdır⁴⁴. Taraflardan birinin karşı taraftan bir bilgiyi veya davranışı gizlemesi ya da onun karşı tarafın içinde bulunduğu durumdan yararlanması fırsatçı davranışa örnek olarak gösterebilir⁴⁵.

Fırsatçı davranışlar, sözleşmenin kurulması aşamasında (*ex-ante*) meydana gelebilir. Taraflardan birinin karşı tarafa sözleşme içeriğine ilişkin bir konu hakkında yanlış bilgi vermesi, bu tür fırsatçı davranışlara örnek olarak verilebilir. Bu tür davranışlardan doğan sorumluluk, somut olayın özelliklerine göre irade sakatlıkları veya *culpa in contrahendo* sorumluluk gibi hukuk kurallarıyla çözülmektedir⁴⁶. Fırsatçı davranışlar, sözleşmenin kurulmasından sonraki dönemde (*ex-post*) de ortaya çıkabilir⁴⁷. Sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada fırsatçı davranışta bulunan taraf, karşı tarafla aralarındaki sözleşmeye uygun hareket etmekle birlikte, bu sözleşmedeki hükümleri onun aleyhine olarak kendi lehine kazanç sağlayacak şekilde kullanmaktadır⁴⁸. Bu tür fırsatçı davranışlar, daha çok sürekli veya uzun süreli sözleşme ilişkilerinde görülmektedir. Zira, bu tür sözleşmelerde taraflar edimlerini farklı zamanlarda ifa etmektedir. Böyle sözleşmelerde, güçlü taraf bu sözleşmeden doğan aynı anda ifa yükümlülüğü olmamasından faydalanarak karşı tarafla iş birliği içerisinde hareket etmek yerine fırsatçı davranışta bulunarak kendisine daha yüksek kâr sağlamaktadır⁴⁹.

B. Uyarlama Kayıtlarına Dayanarak Fırsatçı Davranışlara Konu Olma Genel Olarak

Uyarlama kayıtlarının taraflardan biri tarafından bu kayıtların taraflarca kararlaştırılmasındaki amaca aykırı olarak kullanılması, somut olayın özelliklerine göre fırsatçı davranış oluşturmaktadır. Bu duruma, özellikle uzun süreli borç ilişkisi niteliği taşıyan eksik sözleşmelerde rastlanmaktadır⁵⁰. Hukukun ekonomik yaklaşımına göre eksik sözleşmeler, bir sözleşmeye uygulanacak kuralların tamamının taraflarca düzenlenmediği sözleşmelerdir⁵¹. Bu anlamda, eksik sözleşmeler tam sözleşmelerin tersini oluşturmaktadır. Eksik sözleşmelerde, işlem maliyetlerinin yüksekliği sebebiyle önemli durum değişiklikleri ve bunların sözleşmeye etkisi taraflarca sözleşmede düzenlenmemektedir⁵². Uyarlama kayıtları kaleme alınış biçimleri itibarıyla sözleşmenin içeriğindeki değişikliklerin kapsamını genişlettikleri ölçüde bu kayıtların eksik sözleşme niteliği artmaktadır. Nitekim bundan dolayı, genel ve soyut biçimde düzenlenen uyarlama kayıtlarının fırsatçı davranışlara konu olma ihtimali yüksektir⁵³. Özellikle genel ve soyut nitelikte düzenlenen tek taraflı uyarlama kayıtlarında, uyarlama hakkına sahip tarafın fırsatçı davranışta bulunarak sözleşmeyi kendi lehine hukuki sonuç doğuracak biçimde uyarlama tehlikesi vardır⁵⁴. Bu tür uyarlama kayıtlarına “ekonomik koşullarda önemli bir değişiklik olduğu takdirde satıcı fiyatı arttırabilir” şeklindeki bir sözleşme hükmü örnek olarak gösterilebilir.

Uyarlama kayıtlarında fırsatçı davranışlar, kilitleme etkisiyle bağlantılı olarak bekletme sorununun varlığı sebebiyle ortaya çıkabilmektedir⁵⁵. Kilitleme etkisi, taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdirmesinin kendisi açısından doğurduğu yüksek işlem maliyetleri sebebiyle onun bu sözleşmeyi sona erdirmek yerine bununla bağlı kalmayı tercih etmek zorunda olmasıdır⁵⁶. Taraflardan biri, aynı sözleşmeyi yapacak başka bir kimseyi kolaylıkla bulamayacağı için bu sözleşmeye devam etmeye mecbur kalmışsa kilitleme etkisi söz

⁴³ NELLE, s.65; FENYVES, s.112; BUFF, s.158.

⁴⁴ WILLIAMSON, Oliver E.: Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, Collier Macmillan, London 1975, s.26; FORNASIER, Matteo: Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht: Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Duncker & Humblot, Berlin 2013, s.48; BUFF, s.61.

⁴⁵ SCHÄFER, Hans-Berd/OTT, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer, Berlin 2012, s.80 vd.; SANLI, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yapıtlarının Ekonomik Analizi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s.26.

⁴⁶ SCHÄFER/OTT, s.80, 567; SANLI, s.30.

⁴⁷ SCHÄFER/OTT, s.80.

⁴⁸ MURIS, Timothy J.: “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts”, Minnesota Law Review, 65, 1981, s.521.

⁴⁹ Genel olarak fırsatçı davranışlar bakımından aynı yönde bkz. SANLI, s.25. Ayrıca bkz. SANLI, s.30.

⁵⁰ NELLE; s.103; FORNASIER, s.49; BUFF, s.62.

⁵¹ FORNASIER, s.49; BUFF, s.62.

⁵² FORNASIER, s.49.

⁵³ BUFF, s.61.

⁵⁴ Tek taraflı uyarlama kayıtlarının uyarlama hakkı sahip tarafta fırsatçı davranış oluşturacak şekilde kullanılması tehlikesi sebebiyle öğretilerde bu tür kayıtlar “sözleşmenin Truva atı” olarak adlandırılmaktadır. RUSCH/HUGUENIN, s.41.

⁵⁵ KEIN, Benjamin/CRAWFORD, Robert G./ALCHIAN, Armen A.: “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process”, Journal of Law and Economics, 21(2), 1978, s.301 vd.

⁵⁶ EWERTHART, Christian/SCHMITZ, Patrick W.: “Der Lock in Effekt und das Hold up Problem”, s.1-10; Munich Personal RePEc Archive Paper No. 6944, https://mpra.ub.uni-muenchen.de/6944/1/MPRA_paper_6944.pdf, (Erişim: 4.03.2024).

konusudur⁵⁷. Taraflardan birinin yapmış olduğu işleme özel yatırımlardan dolayı sözleşmeyi sürdürmek zorunda kalması uyarılama kayıtlarında görülen kilitleme etkisine örnektir⁵⁸.

İşleme özel yatırımlar, alacaklı veya borçlu tarafından yapılan ve taraflar arasındaki iş birliğinin sona ermesiyle ekonomik değerini tamamen kaybeden veya önemli ölçüde değersiz hâle gelen yatırımlardır⁵⁹. Bu tür yatırımlar ile tarafların yapmış olduğu sözleşmenin konusu arasında sıkı bağlantı vardır. Çünkü yatırımı yapan taraf, bu yatırımdan beklediği kârı münhasıran sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi hâlinde elde edebilmektedir⁶⁰. Bir fast-food restoranını franchise alanın, franchise verenin işletmesine ait edim paketini kullanmak için yaptığı giderler sonucu ona bağımlı hâle gelmesi, işleme özel yatırımların mevcut olduğu sözleşmelerdeki kilitleme etkisine örnek olarak gösterilebilir⁶¹.

Kilitleme etkisinin mevcut olduğu sözleşmelerde, bundan etkilenmeyen taraf fırsatçı davranışta bulunarak karşı tarafı kendi istediği sözleşme koşullarını kabul etmeye mecbur bırakmaktadır. Bu tür sözleşmelerde, karşı taraf, işleme özel yatırımlar yapmış olduğu için kilitleme etkisinden etkilenmeyen tarafın önerdiği koşulları kabul etmek zorunda kalmaktadır. Bu durum, öğretilerde bekletme sorunu olarak nitelendirilmektedir⁶². Belirli bir marka asansörün çalışmasının bu asansörün bakımının sadece marka tarafından yetkilendirilen servisler tarafından yapılmasına bağlı olması kilitleme etkisinin bulunduğu sözleşmelerdeki bekletme sorununa örnek olarak gösterilebilir.

Uygulamada genel ve soyut biçimde düzenlenen uyarılama kayıtlarının bekletme sorunu yaratmak amacıyla kullanıldığına rastlanmaktadır. Taraflar arasında uyarılama olgusunun şartlarının mevcudiyetine ilişkin bilgi asimetrisinin bulunduğu sözleşmelerde de güçlü taraf, uyarılama kaydı aracılığıyla sözleşmenin içeriğini kendine menfaat sağlamak amacıyla değiştirerek fırsatçı davranışta bulunabilmektedir⁶³. IT danışmanlığı hizmeti veren bir şirketin bu hizmeti alan şirketle arasındaki sözleşmede kararlaştırıldığı bir uyarılama kaydında, hizmeti alan şirketin bilgi eksikliğinden yararlanarak uyarılama talebinde bulunması buna örnek olarak verilebilir. Keza, tekel konumundaki bir sözleşme tarafının bu durumdan yararlanarak karşı tarafı kendi lehine sonuç doğuracak şekilde kaleme alınan uyarılama kaydını kabul etmeye mecbur bırakıp bu kayda dayanarak sözleşmeyi uyarlaması fırsatçı davranış sayılır. Tekel konumundaki sözleşme tarafı tarafından referans aralıklarındaki değişiklik sonucu zayıf tarafın borcunun beş kat artırılmasının öngörüldüğü bir otomatik uyarılama kaydı bu tür fırsatçı davranışlara örnek olarak gösterilebilir⁶⁴.

IV. FIRSATÇI DAVRANIŞLARA KONU OLAN UYARILAMA KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ

A. Genel Olarak

Uyarılama kayıtları, belirlilik ilkesine ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır. Buna rağmen, taraflarca kararlaştırılmış uyarılama kayıtları geçersiz olabilir. Zira, belirlilik ilkesine ve sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun biçimde düzenlenen uyarılama kayıtlarına göre sözleşmenin uyarlanması somut olayın özelliklerine göre fırsatçı davranış oluşturabilir. Fırsatçı davranışlara konu olan uyarılama kayıtları hâkim tarafından içerik denetimine tâbi tutulur⁶⁵. Böyle hâllerde, hâkim öncelikle uyarılama kayıtlarının sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygunluğunu değerlendirir⁶⁶. Zira, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına aykırı uyarılama kayıtları geçersizdir (TBK m.27).

Hâkim, uyarılama kayıtlarının sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun olduğuna kanaat getirdiği takdirde bu kayıtları yorumlayarak bunların somut olaydaki kullanımının hukuka uygunluğunu inceler⁶⁷. Burada iki husus değerlendirilir. Birinci husus, uyarılama kayıtlarına göre değiştirilen sözleşme içeriğinin sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygunluğunun denetimidir. İkinci husus ise sözleşme içeriğindeki değişikliklerin uyarılama kayıtlarının öngörülmesindeki amaç esas alınarak yapılmış olup olmadığının kontrolüdür⁶⁸.

Aşağıda öncelikle bireysel sözleşmelerde sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun biçimde kaleme alınan uyarılama kayıtlarının fırsatçı davranışlara konu olduğu hâllerde, bu kayıtların geçerliliği incelenmiştir. Bunu takiben, genel işlem koşulu sayılan uyarılama kayıtlarına dayanılarak fırsatçı davranışlarda bulunulmasının hukuki sonuçları üzerinde durulmuştur⁶⁹.

⁵⁷ FORNASIER, s.87.

⁵⁸ NELLE, s.97; EWERHART/SCHMITZ, s.2; BUFF, s.63 vd.

⁵⁹ NELLE, s.96; EWERHART/SCHMITZ, s.2; BERGER, Klaus P.: “Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators” (Renegotiation), Vanderbilt Journal of Transnational Law, 36(4), 2003, s.1349; BUFF, s.63.

⁶⁰ NELLE, s.97; BUFF, s.64.

⁶¹ BROWN, James R./CROSNO, Jody L./DEV, Chekitan S.: “The Effects of Transaction-Specific Investments in Marketing Channels: The Moderating Role of Relational Norms”, Journal of Marketing Theory and Practice, 17(4), 2009, s.317.

⁶² EWERHART/SCHMITZ, s.2.

⁶³ BUFF, s.65 vd.

⁶⁴ Benzer yönde bkz. ŞAHİN, s.236.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, 7. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 2017, s.564, dn.122.

⁶⁶ Bu konuda bkz. ŞAHİN, s.223 vd.

⁶⁷ Aynı yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.564, dn.122; MITROVIC, s.64. Uyarılama kayıtlarının yorumu hakkında bkz. ŞAHİN, s.199 vd.

⁶⁸ BUFF, s.184 vd. Benzer yönde bkz. WIEDEMANN, s.24.

⁶⁹ Genel işlem koşulları içerisinde düzenlenen uyarılama kayıtlarının geçerliliği konusunda bkz. ŞAHİN, s.254 vd.

B. Aşırı Yararlanma

Kilitleme etkisinin bulunduğu sözleşmelerde taraflardan biri, diğer tarafın içinde bulunduğu durumdan yararlanarak uyarlama kayıtlarını bekletici sorun yaratmak amacıyla kullanabilir. Böyle hâllerde, aşırı yararlanma söz konusudur⁷⁰. Aşırı yararlanma, bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık oransızlık bulunup bu durumun zarar gören tarafın zor durumda kalmasından, düşüncesizliğinden veya deneyimsizliğinden yararlanılarak meydana getirilmesidir (TBK m.28/I). Uyarlama kayıtlarında aşırı yararlanma, otomatik uyarlama kayıtları ve yeniden müzakere kayıtları bakımından önem taşımaktadır.

Otomatik uyarlama kaydı, yüksek işlem maliyetlerinde bulunan taraf aleyhine aşırı ölçüde oransızlık yaratacak şekilde öngörülmüşse aşırı yararlanma söz konusudur⁷¹. Otomatik uyarlama kayıtlarında öngörülen referans aralığındaki değişiklik sonucu işlem maliyetlerinde bulunan tarafın borcunun on kat artırılmasının düzenlendiği bir otomatik uyarlama kaydı bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu tür uyarlama kayıtları sözleşme özgürlüğünün genel sınırlarına aykırıdır. Böyle hâllerde, fırsatçı davranış sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkmaktadır.

Yeniden müzakere kayıtlarında, aşırı yararlanma bu kayıtlara dayanarak sözleşmenin müzakere edildiği ve uyarlandığı hâllerde görülmektedir. Bir başka deyişle, tarafların münhasıran yeniden müzakere kayıtları üzerinde anlaşması aşırı yararlanma sayılmaz. Fakat, işlem maliyetlerinin yüksek olduğu sözleşmelerde güçlü tarafın sözleşmede kararlaştırılan uyarlama yükümlülüğüne dayanarak karşı tarafı kabul etmeye mecbur bıraktığı sözleşme değişiklikleri aşırı yararlanma olarak nitelendirilebilir. Böyle hâllerde, güçlü tarafın önerdiği sözleşme değişiklikleri tarafların edimleri arasında açık oransızlığa sebep oluyorsa aşırı yararlanma söz konusudur⁷².

Hâkim, bir sözleşmede aşırı yararlanmanın mevcut olup olmadığına, edim ile karşı edim arasında açık oransızlık bulunmasını, taraflardan birinin diğer tarafa kıyasla zayıf durumda olmasının bu oransızlığa sebebiyet vermesi ve güçlü tarafın zayıf tarafın bu durumunu bilmesi ve bundan yararlanmasını istemesi hususlarını kümülatif olarak dikkate alarak karar verir⁷³. Tarafların edimleri arasındaki oransızlık, bu edimlerin sözleşmenin kurulması sırasındaki piyasa fiyatları esas alınarak belirlenir. Bu anlamda, aşırı yararlanmanın söz konusu olduğu yeniden müzakere kayıtlarında piyasa fiyatı bu kayıtlara göre sözleşme içeriğinin değiştirilmesi anında belirlenir. Piyasa fiyatı bulunmayan edimlerin değeri, benzer malları edinmenin maliyeti ile işlem hayatına uygun kâr toplanarak hesaplanır⁷⁴. Bu değerlendirmede, asli edim yükümlülükleriyle birlikte yan edim yükümlülükleri de göz önünde tutulur⁷⁵.

Yeniden müzakere kaydına dayanarak sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesinin aşırı yararlanma teşkil ettiği hâllerde, sözleşme kural olarak tam iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olur (TBK m.28/I). Bununla birlikte, zayıf taraf sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de talep edebilir (TBK m.28/I). Bu durumda, değiştirilmiş kısmi iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusudur⁷⁶.

Değiştirilmiş kısmi iptal edilebilirlik hâlinde, TBK m 27/II'nin sonuçları kıyasen uygulama alanı bulmaktadır. Bu durumda, değiştirilmiş kısmi iptal edilebilirlik yaptırımının anlamı, aşırı yararlanma sayılan edimin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasıdır. Bu edimin yerini, tarafların edimleri arasında tam bir denklik sağlayacak piyasa fiyatı alır⁷⁷. Bu hâlde, piyasa fiyatının esas alınmasının sözleşmenin kurulması sırasında sağlanan edimler arasındaki oransızlığı bozduğu ileri sürülebilir. Fakat, bu durum güçlü tarafı zayıf tarafı sömürmekten caydırmaktadır. Zira, aksi takdirde güçlü taraf karşı tarafı sömürdüğünde en kötü sözleşmenin kurulması sırasındaki menfaatler dengesine döneceğini düşünerek uyarlama kayıtlarını aşırı yararlanma oluşturacak şekilde kullanabilir. Bu tehlike nedeniyle uyarlama kayıtlarından doğan aşırı yararlanma hâllerinde edimlerin piyasa değerinin esas alınması aşırı yararlanmanın mahiyetine daha uygundur⁷⁸.

C. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Türk Medeni Kanunu m.2/II'ye göre, bir kimsenin bir hakkını açıkça kötüye kullanması hukuk düzeni tarafından korunmaz. Bu hüküm uyarınca uyarlama kayıtlarından doğan uyarlama hakkı da kötüye kullanılmamalıdır. Örneğin mahiyetleri gereği sadece öngörülebilir durum değişikliklerinin düzenlenmesinin mümkün olduğu otomatik uyarlama kayıtlarının bulunduğu bir sözleşmede, öngörülebilir

⁷⁰ BUFF, s.216.

⁷¹ BUFF, s.216.

⁷² Benzer yönde bkz. BUFF, s.218.

⁷³ EREN/DÖNMEZ, C.I, s.802 vd. KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.485, OĞUZMAN/ÖZ, s.135 vd.; EREN, s.482 vd.; Gümüş, s.365 vd.; ÇAKIRCA, Seda İrem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Aşırı Yararlanma Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015, s.129 vd.; OKUMUŞ, Selmani: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.87 vd.; ÇAĞLAR, Hayrettin: "Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m.28)", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 32(69), 2016, s.72.

⁷⁴ KRAMER, Berner Kommentar, s.188 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.135 vd.; GÜMÜŞ, s.365; ÇAĞLAR, s.77. Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 17. HD, 19.02.2018, E.2016/14196, K.2018/1061; Yargıtay 17. HD, 19.02.2018, E.2016/18503, K.2018/1060. Karş. Yargıtay 1. HD, 27.12.1976, E.1976/10791, K.1976/12751.

⁷⁵ KRAMER, Berner Kommentar, s.188 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.135; OKUMUŞ, s.100 vd.; ÇAĞLAR, s.78.

⁷⁶ KRAMER, Berner Kommentar, s.188 vd.; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.497; GÜMÜŞ, s.370 vd. Karş. ÇAKIRCA, s.224 vd.

⁷⁷ KRAMER, Berner Kommentar, s.202; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.497; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.290; GÜMÜŞ, s.373 vd. Aynı yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 123 III 292 N.2d. Bu konuda ayrıca bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s.174 vd.

⁷⁸ Benzer yönde bkz. BUFF, s.220.

olmakla birlikte beklenmeyen bir durum değişikliği gerçekleşmişse sözleşmenin uyarlanması bundan olumsuz etkilenen taraf bakımından öngörülemez bir hâle gelmiş olabilir. Böyle bir durumda, otomatik uyarlama kaydına göre sözleşmenin uyarlanması bu kayıtların karşılaştırılmalarında amaca aykırı olup fırsatçı davranış teşkil eder. Bu durumda, uyarlamadan olumsuz etkilenmeyen tarafın otomatik uyarlama kaydı gereği sözleşmenin kendiliğinden uyarlandığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Nitekim Yargıtay da önüne gelen çeşitli uyuşmazlıklarda⁷⁹, uyarlama kaydının bulunduğu sözleşmelerde bu kayda dayanmanın hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olabileceğine karar vermiştir. Fakat, Yargıtay'ın önüne gelen bu uyuşmazlıklarda taraflarca karşılaştırılmış bir uyarlama kaydı bulunmadığı için bu kararlarda uyarlama kayıtlarının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olacağı durumlara ilişkin somut örnekler yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Yargıtay, bu kararlarda uyarlama kayıtlarının varlığına rağmen tarafların edimleri arasında aşırı bir isabetsizlik olduğu takdirde sözleşmenin hâkim tarafından uyarlanabileceğini kabul etmiştir.

Uyarlama kayıtlarına göre sözleşmenin uyarlanmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığı, somut olayın bütün özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir⁸⁰. Örneğin tarafların menfaatleri arasındaki dengeyi korumak amacıyla öngörülen bir tek taraflı uyarlama kaydı uyarlama hakkına sahip tarafın aleyhine sonuç doğuran bir durum değişikliği gerçekleştiğinde uygulama alanı bulduğu gibi, diğer tarafın aleyhine sonuç doğuran bir durum değişikliği gerçekleştiğinde de uygulanır. Hâkim ancak istisnai hâllerde uyarlama kayıtlarına dayanarak sözleşmenin uyarlanmasını hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olarak kabul etmelidir. Çünkü hâkimin sözleşmeye müdahalesi sözleşmedeki risk dağılımını değiştirmemelidir⁸¹.

Tek taraflı uyarlama kayıtlarının bulunduğu sözleşmelerde, uyarlama hakkına sahip taraf bu hakkını dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun olarak kullanmalıdır. Bu durum, öğretide hakkaniyete uygun takdir yetkisi olarak adlandırılmaktadır⁸². Hakkaniyete uygun takdir yetkisi, Alman Medeni Kanunu § 315(I)'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşmede karşılaştırılan edimin taraflardan biri tarafından belirlenmesi gereken hâllerde, şüphe durumunda bu belirlemenin hakkaniyete uygun olarak yapılacağı varsayılır. Türk hukukunda ise hakkaniyete uygun takdir yetkisi kanunda özel bir hükümde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, bu ilke Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Türk hukukunda edimi belirleme yetkisi, dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun olarak kullanılmalıdır. TBK m.86'da çeşit borçlarında edimin seçiminin borçluyu ait olduğu hâllerde bu edimin ortalama nitelikten daha düşük olamayacağını kanun koyucu tarafından öngörülmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Hâkim, edimi belirleme hakkına sahip tarafın bu hakkının içeriğini belirlerken tarafların menfaatlerini ve somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurur. Tek taraflı uyarlama kayıtlarından doğan uyarlama hakkının içeriği de bu şekilde tespit edilir. Bu anlamda, tek taraflı uyarlama kayıtlarından doğan uyarlama hakkı bu kayıtların karşılaştırılmasındaki amaca uygun biçimde kullanılmalıdır⁸³. Yargıtay, genel işlem koşullarının ve haksız şartların henüz kanuni düzenlemeye kavuşmadığı dönemde bankanın faiz oranını değiştirme yetkisine sahip olduğu banka kredi kartı sözleşmelerindeki uyarlama kayıtlarının geçerli olduğuna karar vermiştir⁸⁴. Bununla birlikte, Yargıtay bankanın bu hakkının dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıyla sınırlandırıldığına hükmetmiştir.

Türk Medeni Kanunu m.2/II'ye göre, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı davranış hukuk düzeni tarafından korunmaz. Bir başka deyişle, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığın yaptırımı, hakkını kötüye kullanan kimsenin bununla elde etmek istediği menfaate kavuşmasına hukuk düzeni tarafından izin verilmemesidir. Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin uyuşmazlıklara bakan hâkim, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak bu yasağı aykırılığı önleyecek en uygun yaptırıma hükmetmelidir. Bu anlamda, hâkim söz konusu hukuki işlemin hükümsüzlüğüne, sözleşmenin içeriğinde değişikliğe, hakkın kötüye kullanılmasına son verilmesine, bunun önlenmesine veya bundan zarara uğrayan taraf lehine tazminat ödenmesine karar verebilir⁸⁵.

Uyarlama kayıtlarına göre sözleşmenin uyarlanmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu durumlarda, sözleşmenin uyarlamadan önceki hâliyle geçerli olacağı ileri sürülebilir. Bununla

⁷⁹ Yargıtay 3. HD, E.2017/7432, K.2019/397; Yargıtay 3. HD, E.2017/5992, K.2019/1363; Yargıtay 3. HD, 19.09.2018, E.2017/3615, K.2018/8697; Yargıtay 3. HD, E.2017/8316, K.2019/2369.

⁸⁰ Aynı yönde bkz. KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland: ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2021, s.101; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 24. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2018, s.269; AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 18. Bası, Turhan Yayınları, İstanbul 2022, s.190; AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 2006, s.108. Aynı yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 134 III 52, N.2.1. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, münhasıran somut olayda uygulanabilir özel bir kanun hükmünün bulunmadığı hâllerde uygulama alanı bulmaktadır. Bir başka deyişle, hakkın kötüye kullanılması yasağı ikincil niteliktedir. Bu konuda bkz. BAUMANN, Max: Einleitung, Art.1-7 ZGB, Zürcher Kommentar, Band I/1, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1998, s.475; KREN KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ, /FANKHAUSER, s.101; EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 5. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1993, s.330.

⁸¹ BUFF, s.223; MITROVIC, s.63.

⁸² KRAMER/SCHMIDLIN, s.171; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s.33; MÜLLER, s.942 vd.; EREN, s.104; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.45; HUGUENIN/MAISSEN, s.104 vd.; BUFF, s.142. Aynı yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 99 II 290, N.6c; BGE 118 II 157, N.4b/bb.

⁸³ BUFF, s.226 vd.; MITROVIC, s.66.

⁸⁴ Yargıtay 19. HD, 26.11.1994, E.1994/6472, K.1994/11647.

⁸⁵ EDİS, s.331; OĞUZMAN/BARLAS, s.286; AKYOL, s.108 vd.

birlikte, hâkim somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak sözleşmenin içeriğinde kendi koyduğu kurallara göre değişiklik yapabilir. Çünkü tarafların sözleşmede uyarlama kayıtlarını kararlaştırmalarının sebebi, sözleşmenin durum değişikliklerine uyarlanmasını sağlamaktır.

D. Genel İşlem Koşulu Sayılan Uyarlama Kayıtlarında Fırsatçı Davranışlar

Genel işlem koşulları içerisinde düzenlenen uyarlama kayıtları, genel işlem koşulları denetimine tâbidir (TBK m.20 vd.). Bununla birlikte, uygulamada uyarlama kayıtlarının genel işlem koşulları denetimine tâbi olması, otomatik uyarlama kayıtları ve tek taraflı uyarlama kayıtları bakımından önem taşımaktadır. Zira, genel işlem koşullarının rasyonalizasyon amacı doğrultusunda bu koşullar arasında yeniden müzakere kayıtlarına yer verilmesi ancak istisnai hâllerde söz konusudur⁸⁶.

Genel işlem koşulu sayılan ve fırsatçı davranışlara konu olan uyarlama kayıtlarının yürürlük denetimi, global kabul yoluyla benimsenen uyarlama kayıtlarının şaşırtıcı (olağandışı, beklenmeyen) hüküm sayılması açısından önemlidir. Şaşırtıcı hüküm, sözleşmenin kurulması sırasında müşterinin hiç hesaba katmadığı veya makul bir müşterinin yaptığı sözleşme gereği hesaba katmasının ondan beklenmeyeceği sözleşme hükümleridir⁸⁷. Bu tür hükümlerin özelliği, bunların sözleşmenin niteliği ve tipik muhtevasıyla bağdaştırılmaması (objektif unsur) ve genel işlem koşullarını kullanan tarafın müşterinin dikkatini bu hükümlere çekmemiş olmasıdır (sübjektif unsur)⁸⁸. Esasında genel işlem koşulları içerisinde düzenlenen uyarlama kayıtları genellikle şaşırtıcı hüküm değildir⁸⁹. Örneğin belirli bir iş veya meslek çevresindeki sözleşmelerde sözleşme bedelinin enflasyona göre uyarlanmasının öngörüldüğü genel işlem koşulları içerisinde yer alan otomatik uyarlama kayıtları şaşırtıcı hüküm değildir. Bununla birlikte, örneğin genel işlem koşulu sayılan bir sözleşmenin ilk sayfasında büyük harflerle “sözleşme süresi her durumda bir yıldır” yazmasına rağmen, arka sayfasında “sözleşme süresi sona erdiğinde sözleşme aynı koşullarla yenilenir” şeklindeki bir otomatik uyarlama kaydına yer verilmişse bu kayıt şaşırtıcı hüküm niteliğinde olup fırsatçı davranış teşkil etmektedir⁹⁰. Şaşırtıcı hüküm sayılan bu tür uyarlama kayıtları, TBK m.21/II uyarınca yazılmamış sayılır⁹¹.

Kanun koyucu, genel işlem koşullarının fırsatçı davranışlara konu olmasını engellemek amacıyla bu koşulların yorumlanması bakımından metni kaleme alan aleyhine yorum ilkesini (*contra preferentem*) özel olarak öngörmüştür (TBK m.23). Bu ilkeye göre, genel işlem koşulu sayılan bir hüküm açık ve anlaşılır değil veya birden çok anlama geliyorsa son çare (*ultima ratio*) olarak bu koşulları kullanan tarafın aleyhine ve karşı taraf lehine yorumlanır. Bu ilke, genel işlem koşulları içerisinde düzenlenen uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında da uygulanır.

Genel işlem koşullarında fırsatçı davranışların ortaya çıkmasının önlenmesi amacıyla öngörülen asil düzenleme içerik denetimidir. İçerik denetimi, yürürlük ve yorum denetiminden geçen genel işlem koşullarının taraflar arasındaki menfaatler dengesini sağlayıp sağlamadığını tespit etmek amacıyla yapılan denetimdir (TBK m.25). TBK m.25'te genel işlem koşullarında içerik denetiminin ölçütü olarak dürüstlük kuralı kabul edilmiştir. Fakat, bu hükümde dürüstlük kuralına aykırılık belirlenmesinde kullanılacak kıstaslar düzenlenmemiştir. Bu anlamda, TBK m.25'te kural içi boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk, Türk Ticaret Kanunu m.55/İ hükmüyle doldurulmaktadır. Buna göre, kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan ve sözleşmeden doğan hak ve borçların dağılımını sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı olacak biçimde değiştiren genel işlem koşulları kesin hükümsüzdür. Ayrıca, bu kurallar açık ve anlaşılır biçimde kaleme alınmalı, bir başka deyişle saydamlık (şeffaflık) kuralına uygun olmalıdır⁹². Bununla birlikte, genel işlem koşulları içerisinde düzenlenen bütün sözleşme hükümleri içerik denetimine tâbi değildir. Uygulanması gereken hukuki düzenlemeyi tekrarlayan genel işlem koşulları ve doğrudan asli edimi belirlemeye yönelik genel işlem koşulları içerik denetiminin kapsamı dışındadır⁹³. Uyarlama kayıtları, dolaylı olarak asli edimin

⁸⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s.258 vd.

⁸⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s.276; KOLLER, Obligationenrecht, s.422; OĞUZMAN/ÖZ, s.166; KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.236; HUGUENIN, s.194; ATAMER, Yeşim M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (Genel İşlem), Beta Yayıncılık, İstanbul 2001, s.108; HAVUTÇU, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınları, İzmir 2003, s.135; GÜMÜŞ, s.181; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.2350; ATAMER, Yeşim M./PICHONNAZ, Pascal: “Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts: General Report: Judicial Control and Other Means of Price Control” (in. Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Atamer, Yeşim M./Pichonnaz (ed.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Springer, Cham 2020, s.16; PROBST, s.658.

⁸⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, s.277 vd.; HUGUENIN, s.195; HAVUTÇU, s.136 vd. Karş. KOLLER, s.427.

⁸⁹ Karş. Karşılaştırmalı hukukta şaşırtıcı hükümlerin örtülü içerik denetimi yapmak amacıyla kullandığı hâllerde fırsatçı davranışlara konu olan uyarlama kayıtlarının şaşırtıcı hüküm sayıldığı örnekler için bkz. ŞAHİN, s.265 vd.

⁹⁰ BGH, 1.06.1989 – X ZR 78/88.

⁹¹ Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliği konusunda bkz. ŞAHİN, s.263 vd.

⁹² SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, s.366; ATAMER; Yeşim M.: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m.6 ve TTK m.55, f. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak” (TKHK m.6), in Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu: Bildiriler, Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, s.47 vd.; BAŞ, Ece: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, in Tufan Ögüz (ed.), Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Yayınları, İstanbul 2003, s.296; ANTALYA, O. Gökhan/DOĞANCI, E. Doğa: “Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m.20 vd.’daki Görünümlerinin ve TTK m.55 f. 1 f ile TBK m.20 vd.’nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24(2), 2018, s.826.

⁹³ ATAMER, TKHK m.6, s.116 vd. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s.286 vd.

belirlenmesine hizmet ettiği için bu kayıtlar da içerik denetimine tâbidir. Bu anlamda, genel işlem koşulu sayılan otomatik uyarlama kayıtları taraflar arasındaki menfaatler dengesini sağlayacak şekilde kaleme alınmalıdır. Bunun için bu kayıtlar hem olumlu hem de olumsuz durum değişiklikleri bakımından hüküm ve sonuç doğuracak biçimde düzenlenmelidir. Otomatik uyarlama kayıtları, belirli bir referans değeri esas alınmaksızın düzenlendiği takdirde beklenmeyen sonuçlara sebebiyet verebilir. Bundan dolayı, öğretide otomatik uyarlama kayıtlarının referans değerindeki değişikliklere ilişkin asgari ve/veya azami bir oran belirlenmesi, bu tür kayıtlarda müşteriye sözleşmeyi fesih hakkı tanınması veya bu kayıtların beklenmeyen sonuçlara sebep olduğu hâllerde taraflara yeniden müzakere yükümlülüğü getirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁴.

Türk Borçlar Kanunu m.24'e göre, genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve bu koşulları kullanan tarafa tek taraflı olarak müşteri aleyhine bu koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme veya yeni bir düzenleme yapma yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır. Bu hüküm uyarınca, genel işlem koşulu sayılan tek taraflı uyarlama kayıtları fırsatçı davranışlara konu olmasalar dahi yazılmamış sayılmaktadır. Fakat, tek taraflı uyarlama kayıtlarının bu hüküm gereği geçersiz sayılması ekonomik olarak istenmeyen sonuçlara neden olabilir⁹⁵. Bu sebeple, TBK m.24'ün katılığını aşmak için bu hükümde yer verilen yazılmamış sayılma yaptırımı, basit veya değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük olarak anlaşılmalıdır⁹⁶. Bununla birlikte, olması gereken hukuk bakımından asıl yapılması gereken bu hükmün yürürlükten kaldırılmasıdır⁹⁷.

V. SONUÇ

Sözleşme özgürlüğüne göre taraflar, sözleşmenin kurulması anında sağlanan menfaatler dengesinin durum değişiklikleri sebebiyle ileride bozulabileceğini ve sözleşmenin uyarlanmasına sebebiyet vereceğini dikkate alarak bu tür sözleşme risklerinin dağılımını sözleşmede düzenleyebilir. Tarafların bu amaçla kararlaştırdıkları sözleşme hükümleri, uyarlama kayıtlarıdır. Uyarlama kayıtları, bu kayıtların hukuki niteliğini ve hukuki geçerliliğini incelemek için bir ayrıma tâbi tutulabilir. Buna göre uyarlama kayıtları, otomatik (kendiliğinden) uyarlama kayıtları, tek taraflı uyarlama kayıtları ve yeniden müzakere kayıtları olarak üçe ayrılmaktadır.

Otomatik uyarlama kayıtları, sözleşmede düzenlenen durum değişikliği ortaya çıktığında tarafların yeni bir irade açıklamasında bulunmalarına gerek olmaksızın sözleşmenin uyarlanmasının öngörüldüğü uyarlama kayıtlarıdır. Tek taraflı uyarlama kayıtları, sözleşmede düzenlenen durum değişikliği meydana geldiğinde taraflardan birinin sözleşmenin içeriğinde yapılacak değişikliği belirleme hakkını haiz olduğu uyarlama kayıtlarıdır. Yeniden müzakere kayıtları ise sözleşmede düzenlenen durum değişiklikleri gerçekleştiği takdirde tarafların münhasıran sözleşmenin içeriğini yeniden müzakere etmeyi veya bu müzakerenin sonucunda bir anlaşmaya varma taahhüdü altına girdikleri sözleşme hükümleridir.

Uyarlama kayıtları, sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun olarak düzenlenmelidir. Bununla birlikte, tarafların müzakere güçlerinin birbirinden farklı olduğu sözleşmelerde güçlü taraf sözleşme özgürlüğünün sınırlarına uygun biçimde kaleme alınan uyarlama kayıtlarını zayıf taraf aleyhine fırsatçı davranış teşkil edecek biçimde kullanabilir. Uyarlama kayıtlarının taraflardan biri tarafından kararlaştırılmalarındaki amaca aykırı olarak kullanılması, somut olayın özelliklerine göre fırsatçı davranış teşkil etmektedir. Genel ve soyut biçimde düzenlenen uyarlama kayıtlarına dayanarak sözleşmenin uyarlanması somut olayın özelliklerine göre buna örnek olarak gösterilebilir.

Uyarlama kayıtlarında fırsatçı davranışlar, kilitleme etkisiyle bağlantılı olarak bekletme sorununun varlığı sebebiyle ortaya çıkabilmektedir. Kilitleme etkisinin mevcut olduğu sözleşmelerde, bundan etkilenmeyen taraf fırsatçı davranışta bulunarak karşı tarafı kendi istediği sözleşme koşullarını kabul etmeye mecbur bırakmaktadır. Bu durum, yeniden müzakere kayıtlarından doğan uyarlama yükümlülüğünün yerine getirilmesi aşamasında aşırı yararlanma teşkil etmektedir. Yeniden müzakere kaydına dayanarak sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesinin aşırı yararlanma sayıldığı hâllerde, sözleşme kural olarak tam iptal edilebilirlik yaptırımına tâbi olur (TBK m.28/I). Bununla birlikte, zayıf taraf sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini de talep edebilir (TBK m.28/I). Bu durumda, değiştirilmiş kısmi iptal edilebilirlik yaptırımı söz konusudur.

Uyarlama kayıtlarında fırsatçı davranışlara hakkın kötüye kullanılması yasağıyla bağlantılı olarak rastlanabilmektedir. Mahiyetleri gereği sadece öngörülebilir durum değişikliklerine yer verilmesinin mümkün olduğu otomatik uyarlama kayıtlarının bulunduğu bir sözleşmede, öngörülebilir olmakla birlikte beklenmeyen bir durum değişikliği gerçekleşmişse sözleşmenin uyarlanması bundan olumsuz etkilenen taraf bakımından öngörülemez bir hâle gelmiş olabilir. Keza, tek taraflı uyarlama kayıtlarından doğan uyarlama hakkının somut olaydaki kullanımı da hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olabilir. Uyarlama kayıtlarına göre sözleşmenin uyarlanmasının hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olduğu durumlarda, sözleşmenin uyarlamadan önceki hâliyle geçerli olacağı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, hâkim somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak sözleşmenin içeriğini kendi koyduğu kurallara göre değiştirebilir.

⁹⁴ HORN, Vertragsbindung, s.1120; BUFF, s.259.

⁹⁵ Bu konuda bkz. ŞAHİN, s.290 vd.

⁹⁶ GÜMÜŞ, s.191. Bu konuda ayrıca bkz. ŞAHİN, s.291 vd.

⁹⁷ Aynı yönde bkz. ATAMER, TKHK m.6, s.61; BİLGİN YÜCE, Melek: Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8(Özel Sayı), 2013, s.3235.

Uyarlama kayıtları, genel işlem koşulları içerisinde düzenledikleri takdirde genel işlem koşulları denetimine tâbidir. Bu husus, uygulamada otomatik uyarlama kayıtları ve tek taraflı uyarlama kayıtları bakımından önem taşımaktadır. Buna karşılık, yeniden müzakere kayıtları genel işlem koşullarının rasyonalizasyon amacıyla bağdaşmadıkları için ancak istisnai hâllerde bu koşullar arasında düzenlenebilir. Genel işlem koşulu sayılan uyarlama kayıtları, yürürlük denetimi aşamasında şaşırtıcı hüküm niteliği taşıdıkları için fırsatçı davranışlara konu olabilir. Bu tür uyarlama kayıtları TBK m.21/II uyarınca yazılmamış sayılır. Genel işlem koşullarının yorum denetiminde TBK m.23'te açıkça öngörülen metni kaleme alan aleyhine yorum ilkesi son çare olarak bu koşullar içerisinde düzenlenen uyarlama kayıtlarının yorumlanması bakımından da uygulama alanı bulur. Bununla birlikte, genel işlem koşulu sayılan uyarlama kayıtlarında fırsatçı davranışların ortaya çıkmasının önlenmesi amacıyla öngörülen asıl düzenleme içerik denetimidir.

Uyarlama kayıtları, dolaylı olarak asli edimin belirlenmesine hizmet ettiği için içerik denetimine tâbidir. Genel işlem koşulları içerisinde düzenlenen uyarlama kayıtlarının içerik denetimine takılmaması için bu kayıtların durum değişiklikleri karşısında hem olumlu hem de olumsuz sonuç doğuracak biçimde kaleme alınmaları gerekir. Aksi takdirde, bu kayıtlar TBK m.25 uyarınca kesin hükümsüzdür.

Genel işlem koşulları içerisinde düzenlenen tek taraflı uyarlama kayıtları TBK m.24 gereği yazılmamış sayılır. Fakat, bu hükmün katı şekilde uygulanması ekonomik olarak istenmeyen sonuçlara sebep olabilir. Bundan dolayı, TBK m.24'te yer verilen yazılmamış sayılma yaptırımını, basit veya değiştirilmiş kısmi kesin hükümsüzlük olarak anlaşılmalıdır. Bununla birlikte, olması gereken hukuk bakımından asıl yapılması gereken TBK m.24'ün yürürlükten kaldırılmasıdır.

KAYNAKÇA

- ACAR ÜNAL, Özlem: "Covid-19 Virüsünün Sözleşmelere Etkisinin TBK md. 138 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", in Çalışkan, Yusuf/Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Erol, Ömer Faruk/ Yakacak, Gülnihal Ahter/Kafalı, Ömer Faruk (ed.), Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, İbni Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 18. Bası, Turhan Yayınları, İstanbul 2022.
- AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 2006.
- ALTOP, Atilla: Aşırı İfa Güçlüğü'nü Düzenleyen TBK. m.138 Hükmü ile İlgili Bazı Tartışmalı Hususlara İlişkin Bir Değerlendirme", in Oktay Özdemir, Saibe/Arkan Serim, Azra/Altop, Atilla (ed.), Prof. Dr. Galip Sermet Akman'a Armağan, Filiz Yayınları, İstanbul 2020.
- ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,3, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. Gökhan/DOĞANCI, E. Doğa: "Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Kuralının, Bunun TBK m.20 vd.'daki Görünümlerinin ve TTK m.55 f. 1 f ile TBK m.20 vd.'nın Birlikte Uygulanabilirliğinin Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24(2), 2018, s.823-860.
- ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.
- ATAMER, Yeşim M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul 2001.
- ATAMER, Yeşim M.: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m.6 ve TTK m.55, f. 1(f) ile Karşılaştırmalı Olarak", in Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu: Bildiriler, Tartışmalar, 8 Nisan 2011, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Ankara 2012, s.9-73.
- ATAMER, Yeşim M./PICHONNAZ, Pascal: "Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts: General Report: Judicial Control and Other Means of Price Control" in. Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Atamer, Yeşim M./Pichonnaz (ed.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Springer, Cham 2020, s.3-101.
- BAŞ, Ece: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi", in Tufan Ögüz (ed.), Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Yayınları, İstanbul 2003, s.276-306.
- BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması: BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü, 4. Bası, İstanbul 2020.
- BAUMANN, Max: Einleitung, Art.1-7 ZGB, Zürcher Kommentar, Band I/1, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1998.
- BAUR, Jürgen F.: Vertragliche Anpassungsregelungen: dargestellt am Beispiel langfristiger Energielieferungsverträge, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH Heidelberg, Heidelberg 1983.
- BERGER, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil mit Einbezug des Deliktsrechts und Einführung in das Personen- und Sachenrecht (Schuldrecht), 3. Auflage, Stämpfli, Bern 2018.
- BERGER, Klaus P.: "Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators" (Renegotiation), Vanderbilt Journal of Transnational Law, 36(4), 2003, s.1347-1380.
- BILDA, Klaus: Anpassungsklauseln in Verträgen, Gleitklauseln, Preisvorbehalte und ähnliche Sicherungsmittel, 2. Auflage, Erich Schmidt, Berlin 1973.
- BİLGİN YÜCE, Melek: Edimi Belirleme Yetkisinin Mevcut Genel İşlem Koşulları Teorisi ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 8(Özel Sayı), 2013, s.3191-3238.
- BISCHOFF, Jacques: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus: Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen, Schulthess, Zürich 1983.
- BROWN, James R./CROSNO, Jody L./DEV, Chekitan S.: "The Effects of Transaction-Specific Investments in Marketing Channels: The Moderating Role of Relational Norms", Journal of Marketing Theory and Practice, 17(4), 2009, s.317-333.
- BUFF, Felix: Vertragliche Anpassungsklauseln im schweizerischen Recht, Schulthess, Zürich 2016.

- BURKHARDT, Martin: Vertragsanpassung bei veränderten Umständen in der Praxis des schweizerischen Privatrechts: Vertragsgestaltung, Schiedsgerichtspraxis und Praxis des Bundesgerichts, Haupt, Bern 1997.
- CANBOLAT, Ferhat: Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi Çökmesi ve Boşa Çıkması, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- CANBOLAT, Ferhat: “Hukuki İşlemlerde ‘Amaç’”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), 2012, s.61-77.
- ÇAĞLAR, Hayrettin: “Aşırı Yararlanma (Gabin) Hükümlerinin Tacirler Bakımından Uygulanması (TBK m.28)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 32(69), 2016, s.69-96.
- ÇAKIRCA, Seda İrem: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre Aşırı Yararlanma Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 5. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1993.
- EHMANN, Horst: “Zur Causa-Lehre”, Juristen Zeitung, 58(14), 2003, s.702-714.
- ENZ, Benjamin V.: Clausula rebus sic stantibus – insbesondere im Spiegel der Rechtsprechung, Schulthess, Zürich 2018.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
- EWERHART, Christian/SCHMITZ, Patrick W.: “Der Lock in Effekt und das Hold up Problem”, s.1-10.
- FECHT, Gabriele: Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung d. bundesdeutschen Rechts und der Un-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung 146, VVF, München 1988.
- FENYVES, Attila: Der Einfluß geänderter Verhältnisse auf Langzeitverträge, Manz, Wien 1997.
- FLUME, Werner: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (Rechtsgeschäft), Band II, 4. Auflage, Springer, Berlin 1992.
- FORNASIER, Matteo: Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht: Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Duncker & Humblot, Berlin 2013.
- FUHRER, Stephan: “Aufpassen beim Anpassen – Möglichkeiten und Grenzen der einseitigen Änderung von Versicherungsverträgen”, in Honsell, Heinrich/Portmann, Wolfgang/Roger, Zäch/Zobl, Dieter (ed.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Schulthess, Zürich 2003.
- GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 6. Auflage, Schulthess, Zürich 2019.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Schulthess, Zürich 2020.
- GRAF VON WESTPHALEN, Friedrich/THÜSING, Gregor: Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Beck, München 2013.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1950.
- HAU, Wolfgang: Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, Tübingen 2003.
- HAVUTÇU, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Yayınları, İzmir 2003.
- HORN, Norbert: “Neuverhandlungspflicht”, Archiv für die civilistische Praxis, 181(4), 1981, s.255-288.
- HORN, Norbert: “Die Anpassung langfristiger Verträge Internationalen Wirtschaftsverkehr. Vertragsklauseln und Schiedspraxis”, in Kötz, Hein/Freiherr Marschall von Bieberstein, Wolfgang (ed.), Die Anpassung langfristiger Verträge: Vertragsklauseln und Schiedspraxis, Alfred Metzner, Frankfurt am Main 1984.
- HORN, Norbert: “Vertragsbindung unter veränderten Umständen-Zur Wirksamkeit von Anpassungsregelungen in langfristigen Verträgen”, Neue Juristische Wochenschrift (München), 38, 1985, s.1118-125.
- HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2019.
- HUGUENIN, Claire/MAISSEN, Eva: “Bedingungsänderungsklauseln”, in Fuhrer, Stephan/Weber, Stephan(ed.), Allgemeine Versicherungsbedingungen: Fundgrube konsumentenfeindlicher Klauseln oder Quelle kundenorientierten Mehrwerts?, Schulthess, Zürich 2011.
- İNAL, Tamer H.: “Sözleşmelerde Aşırı İfa Güçlüğü ve Uyarılma (6098/TBK m.138)”, in Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku Cilt I, Ankara 2017.
- İNCE, Nurten: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach deutschem und türkischem Recht, Duncker & Humblot, Berlin 2014.
- JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter/HARTMANN, Stephan: Art.18 OR-Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2014.
- JICKELI, Joachim: Der langfristige Vertrag, Nomos, Baden-Baden 1996.
- KAHRAMAN, Zafer: Beklenmedik Haller ve Hukuki Sonuçları, Vedat Yayınları, İstanbul 2023.
- KAMANABROU, Sudabeh: Vertragliche Anpassungsklauseln, Beck, München 2004.
- KAPLAN, İbrahim: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi: Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uyarlanması, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- KEIN, Benjamin/CRAWFORD, Robert G./ALCHIAN, Armen A.: “Vertical Integration, Appropriate Rents, and the Competitive Contracting Process”, Journal of Law and Economics, 21(2), 1978, s.297-326.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Cilt I, 7. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 2017.
- KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli, Bern 2017.
- KOLLER, Ingo: Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen: Eine Untersuchung zur Rechtsfortbildung auf dem Gebiet der materiellen Leistungsschwerung, Zweckstörung sowie Schadenersatzhaftung bei Sach- und Dienstleistungen, Beck, München 1979.
- KONARSKI, Hubert: “Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice”, International Business Law Journal, (4), 2003, s.405-428.
- KRAMER, Ernst A.: Die “Krise” des liberalen Vertragsdenkends, Wilhelm Fink Verlag, München 1974.
- KRAMER, Ernst A.: Inhalt des Vertrages, Art.19-22 OR, Berner Kommentar, Band VI/1/2/1a, Stämpfli, Bern 1991.
- KRAMER, Ernst A./PROBST, Thomas: Grundkurs Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel 2018.

- KRAMER, Ernst A./SCHMIDLIN, Bruno: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18 OR, Berner Kommentar, Band VI/1/1, Stämpfli, Bern 1986.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland: ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Auflage, Schulthess, Zürich 2021.
- KURT, L. Müjde: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136), Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- LETTL, Tobias: “Die Anpassung von Verträgen des Privatrecht: 3. Teil. Der Tatbestand vertraglicher Anpassungsregelungen”, Juristische Schulung, (4), 2001, s.347-353.
- LETTL, Tobias: “Die Anpassung von Verträgen des Privatrecht: 4. Teil. Die Rechtsfolgen vertraglicher Anpassungsregelungen”, Juristische Schulung, (5), 2001, s.456-462.
- LÜBKE-DETRING, Cord: Preisklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen, Duncker & Humblot, Berlin 1989.
- MARTINEK, Michael: “Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandsaufnahme, Kritik ... und Ablehnung”, Archiv für die civilistische Praxis, 198(4), 1998, s.329-400.
- MITROVIC, Milivoje: Einseitige Änderungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Dike, Zürich 2022.
- MONN, Valentin: Die Verhandlungsabrede: Begründung, Inhalt und Durchsetzung von Verhandlungspflichten, Schulthess, Zürich 2010.
- Munich Personal RePEc Archive Paper No. 6944, https://mpra.ub.uni-muenchen.de/6944/1/MPRA_paper_6944.pdf, (Erişim: 04.03.2024).
- MURIS, Timothy J.: “Opportunistic Behavior and the Law of Contracts”, Minnesota Law Review, 65, 1981, s.521-590.
- NELLE, Andreas: Neuverhandlungspflichten: Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten, Beck, München 1993.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 28.B., Vedat Yayın, İstanbul 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 20. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2022.
- OKUMUŞ, Selmani: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Aşırı Yararlanma (Gabin), Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Genel İşlem Şartlarında Şaşırtıcı ve Beklenmedik Şartlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.2349-2361.
- PROBST, Thomas: “Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts in Switzerland – The Control of Standard Contracts Terms: The Swiss Approach”, in Atamer, Yeşim M./Pichonnaz (ed.), Control of Price Related Terms in Standard Form Contracts, Springer, Cham 2020.
- RUSCH, Arnold F./HUGUENIN, Claire: "Unilateral Amendment Rights in General Terms and Conditions - the Trojan Horse in the Contract", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2008, s.37-56.
- SANLI, Kerem Cem: Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yapıtlarının Ekonomik Analizi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- SCHÄFER, Hans-Berd/OTT, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer, Berlin 2012.
- SCHUMACHER, Rainer: Vertragsgestaltung: Systemtechnik für die Praxis, Schulthess, Zürich 2004.
- SCHWENZER, INGEBORG/MUNOZ, EDGARDO: “Duty to Renegotiate and Contract Adaptation in Case of Hardship”, Uniform Law Review, 24(1), 2019, s.149-174.
- SCHÄFER, Hans-Berd/OTT, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer, Berlin 2012.
- SCHWENZER, Ingeborg/FOUNTOULAKIS, Christiana: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Stämpfli, Bern 2020.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, 6. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2015.
- SHRANER, Marius: Die Erfüllung der Obligationen, Art.68-96 OR, Zürcher Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2000.
- SİRMEN, Lâle: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992.
- SULZER, Stefan: Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Schulthess, Zürich 2002.
- SUNGURBEY, İsmet: Borç İkrarı ve Borç Vaadi, İstanbul Akgün Yayınları, İstanbul 1957.
- ŞAHİN, Hale: Uyarılma Kayıtları, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.
- TİLE, Latif: Uyarılma Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- TOPUZ, Seçkin: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- WEBER, Rolf H.: Die Erfüllung der Obligation, Art.68-96 OR, Berner Kommentar, Band VI/1/4, 2. Auflage, Stämpfli, Bern 2005.
- WIEDEMANN, Rainer M.: Preisänderungsvorbehalte: Einseitige Preisänderung zwischen Bestimmtheitsgrundsatz und Verfahrensschutz, Dissertation, Augsburg 1990.
- WILLIAMSON, Oliver E.: Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, Collier Macmillan, London 1975.
- WURMNEST, Wolfgang: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, Beck, München 2022.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Hale ŞAHİN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için finansal destek almıştır. Bu makale Fribourg Üniversitesi, TÜBİTAK 2211-A ve 2214-A tarafından mali olarak desteklenen “Uyarılma Kayıtları” başlıklı doktora tezinden ve aynı isimli kitaptan türemiştir. | The author Hale ŞAHİN has received financial support for the research, authorship, or publication of this study. This article is derived from the doctoral thesis titled "Adaptation Clauses" financially supported by the University of Fribourg, TÜBİTAK 2211-A, and 2214-A, as well as from the book of the same name.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHF'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHF'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHF'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

İSLAM-OSMANLI HUKUKUNDA KÜÇÜK ÇOCUKLARIN İRTİDADI

APOSTASY OF YOUNG CHILDREN IN ISLAMIC-OTTOMAN LAW

Abdussamed ATASOY*  

Makale Bilgi

Gönderi: 14/11/2023
Kabul : 11/06/2024

Anahtar Kelimeler

*İslam ve Osmanlı
Hukuku,
Çocuğun İrtidadı,
Mürted Çocuk,
Temyiz ve Buluş,
İhtida.*

Article Info

Received: 14/11/2023
Accepted: 11/06/2024

Keywords

*Islamic and Ottoman
Law,
Apostasy of a Child,
Apostate Child,
Maturity and Puberty,
Conversion.*

Özet

10.21492/inuhfd.1390880 

İrtidat: Bir Müslümanın İslam dininden çıkmasıdır. İslam hukukunda mürtedlere ve irtidatın hükümlerine ilişkin çok sayıda çalışma bulunmaktadır. Ancak çocukların irtidatına ilişkin Türkçe müstakil bir çalışma bulunmamaktadır. Mümeyyiz çocukların İslam'a girmesi ve irtidadı hususunda mezhepler arasında ve hatta aynı mezhebin içerisinde mezhep alimlerinin farklı içtihatlarının olması dikkat çekicidir. Osmanlı hukukunda fetva kayıtlarında ve sakk kitaplarında çocukların irtidadı ve bunun sonuçlarına ilişkin örneklerin yer alması, bu konunun önemini ortaya koymasından önemlidir. Henüz balığ olmayan çocukların irtidadı sonucunda ölüm cezası verilemez. Cumhura göre bu çocuklar İslam'a dönmeleri için zorlanırlar, gerekirse güvenlik tedbirleri olarak hapsedilirler. Çocukların ebeveynlerine tabi olarak Müslüman kabul edilmeleri veya mürted kabul edilmeleri ile kendi kararları ile irtidat etmeleri sonuçları bakımından farklılık arz eder. Çocukların Müslümanlığının geçerli kabul edilip edilmemesi onların din değiştirmelerinin irtidat kapsamında olup olmasını da doğrudan etkiler. Çalışmamızda İslam hukukunda henüz balığ olmayan çocukların Müslüman olmaları, irtidat etmeleri, bunların geçerliliği ve hukuki sonuçları incelenmiştir. Mürted çocuklara verilebilecek olan ceza ve güvenlik tedbirlerinin neler olduğu hususu incelenmiştir. Ayrıca Osmanlı dönemi fetva kitapları ve sakk kitaplarında çocukların irtidatına ilişkin kayıtlar İslam hukukuna uygunluk bakımından değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler sonucunda fetva kitaplarında, sakk kitaplarında ve mahkeme kayıtlarında, irtidata etkisi bakımından çocukların irtidadı hususunda Hanefi mezhebinden ziyade Şafii mezhebi görüşüne yakın bir yaklaşımın sergilendiği, çocukların irtidadı ve bunun hükmü bakımından ise Hanefi mezhebine uygun bir yaklaşım sergilendiği anlaşılmıştır.

Abstract

Apostasy: A Muslim leaving the religion of Islam. There are many studies on apostates and the provisions of apostasy in Islamic law. However, there is no independent study on children's apostasy in Turkish. It is noteworthy that there are different jurisprudence among sects and even within the same sect regarding the conversion to Islam and apostasy of minors. The fact that there are examples of children's apostasy and its consequences in fatwa records and saqq books in Ottoman law is important in terms of revealing the importance of this issue. The death penalty cannot be imposed for the apostasy of children who have not yet reached the age of puberty. According to the majority, these children should be forced to convert to Islam and, if necessary, imprisoned as a security measure. There is a difference in terms of the consequences of children being accepted as Muslims or apostates subject to their parents and apostatizing of their own accord. Whether or not children's Islam is accepted as valid directly affects whether or not their conversion is within the scope of apostasy. In this study, the Muslim conversion and apostasy of underage children, their validity and legal consequences are examined in Islamic law. The penalties and security measures that can be given to apostate children are examined. In addition, the records regarding the apostasy of children in the Ottoman period fatwa books and saqq books were evaluated in terms of compliance with Islamic law. As a result of these evaluations, it is understood that the fatwa books, saqq books and court records show an approach closer to the Shafii school of thought rather than the Hanafi school of thought regarding the conversion of children in terms of its effect on apostasy, and an approach in line with the Hanafi school of thought regarding the apostasy of children and its ruling.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: ATASOY, Abdussamed, "İslam-Osmanlı Hukukunda Küçük Çocuğu İrtidadı", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.253-266.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The dictionary meaning of apostasy is "turning from one thing to another". As a jurisprudential term, apostasy means "turning away from the religion of Islam and turning to disbelief and disbelief, whether by intention or by a disbelieving act or word, whether it is said in mockery, out of spite or out of belief".

There are many studies on apostates and the provisions of apostasy in Islamic law. However, there is no independent study on children's apostasy in Turkish. It is noteworthy that there are different jurisprudence among the sects and even within the same sect regarding the conversion of children to Islam and apostasy. The fact that there are examples of children's apostasy and its consequences in fatwa records and sakk books in Ottoman law is important in terms of revealing the importance of this issue.

Since the subject of our study is the apostasy of minors, especially the periods of appeal and puberty are important in terms of determining the verdict. For this reason, we will first briefly give information about the periods of appeal and puberty, which are among the stages of childhood. In order to talk about apostasy, a person must be a Muslim. This is because changing the religion of a non-Muslim does not constitute apostasy. For this reason, in order to reveal the effect of the age of puberty on apostasy, the views of those who accept and those who do not accept that children become Muslims and assume responsibility as Muslims are presented. Then, the views of those who accept and reject the apostasy of children, and finally, the punishments that can be given to apostate children are examined. After evaluating the different jurisprudence in Islamic law, the apostasy of children in Ottoman law is analyzed. In this context, firstly, the fatwas on children's apostasy in the Ottoman period fatwa books were evaluated. Subsequently, the relationship between the acceptance or non-acceptance of children's apostasy and the ruling on the acceptance or non-acceptance of children's Islam, and thus the relationship between children's conversion and apostasy in the Ottoman period was revealed. Finally, remarkable examples of children's apostasy in sakk books and court records are included and these examples are evaluated.

There are three different opinions about the Islam and apostasy of children who are able-bodied (children who have the power of appeal but have not yet reached the age of majority). According to the first view, both their Islam and apostasy are valid. According to the second view, their Islam is valid but their apostasy is invalid. According to the third view, both their Islam and their apostasy are invalid. There is unanimity among the sects that the conversion to Islam and apostasy of children who are incompetent (children who do not have the power of appeal) is invalid.. According to Ebu Hanife and Imam Muhammed, both the Islam and apostasy of children who are competent are valid. Although there are different narrations, according to the preferred narration, the Malikis and Hanbalis agree with Ebu Hanife. According to Imam Şafiii and Züfer, neither Islam nor apostasy is valid for children until they reach puberty. According to Ebu Yusuf, before puberty, children's Islam is valid, but their apostasy is not. It can be stated that Ebu Yusuf's view is more accurate in terms of the rights of children and current practice. In one narration, Ebu Hanife agrees with Ebu Yusuf.

Before the apostate child reaches the age of puberty, he cannot be sentenced to death for apostasy. There is unanimity on this issue. When the apostate child reaches the age of puberty, according to the Hanafis, if he becomes a Muslim by being subject and then apostatizes, he will not be sentenced to death. However, he can be forced to convert to Islam through imprisonment and similar methods. If a child who has not yet reached the age of puberty and who has become a Muslim by his own decision and not by being subject to someone else becomes an apostate, he will be killed by analogy as a punishment for apostasy. By istihsan, he is not killed. This is because there are different jurisprudence as to whether this child's belief (Islam) before puberty is valid or not. Doubt on this issue also reduces the death penalty. However, if he continues to declare that he is a Muslim after he reaches puberty, or if it is clear by presumption that he is a Muslim, and then he apostatizes, then he will be killed.

According to the fatwa books, sakk books and court records of the Ottoman period, it can be stated that fatwas and decisions regarding the apostasy of children and the consequences of this situation were made in accordance with the Hanafi madhhab. The information in both fatwa and sakk books is in line with the Hanafi school of thought.

I. GİRİŞ

İrtidat konusu ile alakalı müstakil çalışmalar söz konusudur. Ancak küçük çocukların irtidadı hakkında müstakil bir çalışmaya ulaşılamamıştır. Çocukların İslam'a girmesi ve irtidadı hususunda mezhepler arasında ve hatta aynı mezhebin içerisinde mezhep alimlerinin farklı içtihatlarının olduğu dikkat çekmektedir. Bu çalışmada Osmanlı uygulaması da incelendiğinden özellikle yoğunlaşılan Hanefi mezhebi içerisinde Ebu Hanife ile İmam Muhammed, çocukların irtidadı hususunda benzer görüşte iken Ebu Yusuf'un farklı bir görüş benimsemesi de çocukların irtidadı hususunu dikkat çekici bir hale getirmektedir.

Ridde ve irtidat sözlükte; "Bir şeyden başka bir şeye dönmek, geri çevirmek, kabul etmemek" anlamlarına gelmektedir¹. İrtidat eden erkeğe "mürted", kadına ise "mürtedde" denir². Fıkhi bir terim olarak irtidat³ ise; "ister niyet ile ister küfre düşürücü bir fiil yahut sözle olsun; ister alay için isterse inat yüzünden yahut inanarak söylensin, İslam dininden dönüp inkara, küfre sapmak" manasına gelir⁴.

İlgili çalışma çocukların irtidadına ilişkin olduğundan dolayı ilk olarak giriş kısmında irtidat suçu ve cezası hakkında kısa bir bilgi verilmesi gerekmektedir. Hanefi mezhebine göre bir kişi Müslüman olduktan sonra İslam dininden çıkarsa yani mürted olursa ona yeniden İslam'a girmesi söylenir ve şüphesi varsa bu giderilir. Süre talep ederse üç güne kadar hapsedilir. Hapsedilmesi ve yeniden İslam'a dönmek için teklif edilmesi mutlak olarak şart değildir. Tövbe edip yeniden İslam'a girerse ceza verilmez. Tövbe etmez ve İslam'a girmemekte direnirse öldürülür. İslam'a girmesi kendisine teklif edilmeden bu kişinin öldürülmesi mekruhtur. Bu şekilde İslam teklif edilmeden öldürülürse öldürüne kısas veya diyet gerekmez. Çünkü asıl olarak küfür, katli gerektirir. İrtidat eden kadın ise öldürülmez, yeniden Müslüman olana kadar hapsedilir⁵. Diğer üç mezhebe göre mürted kadın da üç günlük İslam'a geri dönüş teklifine rağmen kararında direnirse öldürülür⁶.

İrtidatın gerçekleşmesi için gereken şartlar; akıl ve iradedir. Akıl; akılcı ercek yaşa gelmek, sarhoşluk, delilik gibi farklı hususları da kapsamaktadır⁷.

Akıl şartı dolayısıyla mecnunun, matuhun, sekr halinde bulunanın, gayrı mümeyyiz çocuğun irtidat etmesi geçerli değildir. Çünkü akıl; itikat ve benzeri hususlarda ehliyetin şartlarından⁸. İrtidatın şartlarından akıl kısmının alt başlığı olarak çocukların irtidadı hususu çalışmamızda ele alınmıştır.

Bu çalışma küçük çocukların irtidadına ilişkin olduğundan özellikle temyiz ve buluş dönemleri, hükmün belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple ilk olarak kısaca çocukluk evrelerinden temyiz ve buluş dönemleri hakkında bilgi vermek gerekmektedir. İrtidaddan söz edebilmek için bir kişinin Müslüman olması şarttır. Zira, Müslüman olmayan bir kişinin dinini değiştirmesi irtidat olarak değerlendirilmez. Bu sebeple buluş çağının irtidada etkisini ortaya koyabilmek için öncelikle çocukların Müslüman olmasını, Müslüman olarak sorumluluk üstlenmesini kabul eden ve kabul etmeyenlerin görüşleri ortaya koyulmalıdır. Daha sonra ise çocukların mürted olmasını kabul edip etmeyenlerin görüşleri, son olarak ise mürted olan çocuklara verilebilecek cezalar incelenmelidir. İslam hukukundaki farklı içtihatlar değerlendirildikten sonra Osmanlı hukukunda çocukların irtidadı incelenmelidir. Bu kapsamda öncelikle Osmanlı dönemi fetva kitaplarında çocukların irtidadı hakkındaki fetvalar değerlendirilmelidir. Akabinde, çocukların irtidatının geçerliliğinin çocukların Müslümanlığının geçerlilik hükmü ile ilişkisi dolayısıyla Osmanlıda çocukların irtidadı ile irtidatın ilişkisi ortaya koyulmalıdır. Son olarak ise sakk kitapları ve mahkeme kayıtlarında çocukların irtidadı ile ilişkili olan dikkat çekici örnekler yer verilmeli bu örnekler değerlendirilmelidir.

II. İSLAM HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN İRTİDADI

Bu başlık kapsamında öncelikle; irtidada etkisi bakımından çocukluk dönemleri, çocuğun müslümanlığını geçerli ve geçersiz kabul edenler, çocuğun irtidadını geçerli ve geçersiz kabul edenler ele alınacaktır. Son olarak ise mürted çocuğa tatbik edilecek olan ceza ve güvenlik tedbirleri hakkında bilgi

¹ İBN MANZÛR, Ebu'l-Fazl Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensâri: Lisânü'l-Arab, Dârü Sâdir, Beyrut, 1414, C.3, s.172,173.

² İNCE, İrfan: "Ridde", Diyanet İslam Ansiklopedisi (DİA), C.35, s.88.

³ İrtidat için İslam'ı daha önce alenen kabul ve ikrar etmiş bir kişinin daha sonra küfrünü de alenen ikrar etmiş olması gerekir. AVCI, Mustafa: Osmanlı Ceza Hukuku (II) Özel Hükümler (Ceza Özel Hükümler), Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, C.2, s.516.

⁴ ZUHAYLÎ, Vehbe b. Mustafa: el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhû, Daru'l-Fikr, Dimaşk, ty., C.7, s.5576.

⁵ MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmûd: el-İhtiyar li- Ta'lîl'l-Muhtar, Çev. Ahmet Oğuz, Mustafa Bülent Dadaş vd., Nuh Yayıncılık, İstanbul, 2017, C.5, s.32,33; MOLLA HÛSREV, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali: Dürerü'l-Hükkâm Şerhi Gürerü'l-Ahkâm, Daru İhyai'l-Kütübi'l-Arabiyye, ty., C.1, s.301-303; Fetâvâyi Hindiyeye, Çev. Mustafa Efe, Akçağ Yayınevi, Ankara, 1999, C.10, s.301-303; ÜNAL, Mustafa: "Modern Hukuk ve İslâm Hukukunda İfade Özgürlüğü ve Dine Hakaret Noktasında Sınırlandırılması" Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2019, s.150.

⁶ İBN RÛŞD, Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî: Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, Daru'l-Hadis, Kahire, 1425/2004, C.4, s.242; ŞİRBİNÎ, Şemseddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şirbînî eş-Şafîi: Muğni'l-Muhtâc, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415/1994, C.5, s.439,440; CEZİRÎ, Abdurrahman b. Muhammed b. İvaz: el-Fıkhu ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1424/2003, C.5, s.374; EBU ZEHRÂ, C.2, s.168; UDEH, Abdulkadir: Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku (Özel Hükümler) (II), Ter. Ali Şafak, Kayihan Yayınevi, İstanbul, 2012, C.2, s.813-815; AVCI, Ceza Özel Hükümler, C.2, s.520,521.

⁷ Fetâvâyi Hindiyeye, C.10, s.301; BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamus, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1991, C.4, s.8; Vizâretü'l-Evkaf ve Ş-Şuûni'l-İslâmiyye: el-Mevsûatü'l-Fikhiyye el-Kuveyyiyye, Kuveyt, 1404-1427, C.22, s.180; ZEYDAN, Abdulkarim: İslam Hukukuna Giriş, Ter. Ali Şafak, Kayihan Yayınevi, İstanbul, 2020, C.6, s.381; ZUHAYLÎ, C.7, s.5578.

⁸ İBNÛ'L-HÛMÂM - KADIZÂDE, Ahmed Şemseddin Kemaleddin Muhammed b. Abdülvehid b. Abdülhamid es-Sivâsî el-İskenderî: Fethü'l-Kadir ale'l-Hidaye, Netâ'icü'l-Efkâr fi Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr (Tekmile'tü'l-Fethü'l-Kadir), Daru'l-Fikr, Lübnan, 1389/1970, C.6, s.98; ZEYDAN, C.6, s.381-385; ZUHAYLÎ, C.7, s.5578,5579.

verilecektir.

A. İrtidada Etkisi Bakımında Çocukluk Dönemleri

Çocukluk evreleri; cenin dönemi, gayri mümeyyiz çocukluk dönemi, temyiz (mümeyyiz çocuk) dönemi, buluş çağı ve rüşd olarak sınıflandırılmaktadır. Bu evrelerden temyiz ve buluş dönemi çocuğun irtidadında etkisi bakımından kısaca incelenmelidir.

1. Temyiz Dönemi

Temyiz dönemi; çocuğun, temyiz kudretini elde ettiğini gösteren dönemden başlayarak biyolojik ve psikolojik olarak olgunluğa yani akıllı olarak gireceği buluş çağına kadar devam eden süreçtir. Temyiz, çocuğun tüm sonuçlarını, içyüzünü, detaylarını bilmese dahi hayır ile şerri, iyi ile kötüyü, kendisi için faydalı olan ile zararlı olanı ayırt edebilmesi ve kavrayabilmesidir. Bu dönemde bulunan çocuğa “mümeyyiz küçük” adı verilir. Henüz temyiz kudretine dahi sahip olmayan çocuk ise “gayri mümeyyiz çocuk” olarak ifade edilir. Mümeyyiz çocuk yeterli tecrübe ve olgunluğa henüz erişemediğinden, tam hak ve eksik fiil ehliyetine sahiptir⁹.

Çocuğun temyize ulaşması, aniden ve net bir şekilde gerçekleşmez, yavaş ve süreç gerektiren bir dönemdir. Temyiz dönemine ulaşılacak zaman kişiye göre değişebildiğinden, temyiz için net bir yaş tayin edilmemiştir. Çocukta meydana gelen düşünce ve fiillerdeki dengeli hareketler bu dönem için gösterge olarak kabul edilmiştir. Bu dönemim belirlenmesi kolaylaştırmak amacıyla alimlerimiz temyiz başlangıcı olarak yedi yaşının tamamlanmasını esas almışlardır¹⁰. Temyiz dönemi eda ehliyeti diyaneten farklı, kazaen farklı değerlendirilmeye tabidir. Çocuğun idrak yeteneği bulunmasına rağmen çocuk tam olarak gerekli olan olgunluk ve kabiliyete erişemediğinden kazaen eda ehliyeti eksiktir. Kazaen çocuğun tamamen zararına olan tasarruflar geçerli değildir, bu tasarrufları küçükün kanuni temsilcisi de gerçekleştiremez. Tamamen yararına olan tasarruflar, izne bağlı olmaksızın geçerlidir. Hem yarar hem de zarar ihtimali bulunan tasarruflar ise kanuni temsilcinin izni veya onayı ile geçerli hale gelir. Diyaneten çocuğun namaz, oruç, hac gibi ibadetleri buluş çağından önce çocuk üzerine farz değildir. Bununla beraber ibadetlerin ifası sahihtir. Her ne kadar bu ibadetler çocuk üzerine farz olmasa da çocuk da duruma göre ana-babası da sevaba nail olur¹¹.

2. Buluş (Ergenlik) Dönemi

Buluş ile beraber biyolojik olgunluk sağlanmaktadır. Bu dönem ile birlikte kişi artık çocukluktan çıkıp gençlik dönemine geçiş yapmıştır. Buluş ile beraber küçüklük sona erer. Hayatın ağırlıklarının ve yükümlülüklerinin altına girme ehliyetini kazanır. Ergenlik olarak da ifade edilen buluş çağından kasıt, kişinin akli ve ruhi bakımdan olgunlaşmasıdır. Ancak, kişinin akli ve ruhi gelişimini ölçmek pek mümkün değildir. Bu sebeple de ergenlik hususunda, akli ve ruhi gelişimle aynı doğrultuda ilerleyen biyolojik gelişim dikkate alınır. Buluş çağı; yaşanan coğrafyaya, oradaki iklime ve cinsiyete göre değişiklik arz edebilir. Buluş çağına asgari ve azami sınırı fıkhiçiler tarafından belirlenmiştir. Buluş çağında asgari yaş sınırı kızlar için 9, erkekler için ise 12 yaştır. İmameyne göre azami yaş sınırı ise her iki cins için de 15'tir. Ebu Hanife'ye göre ise kızlar için 17 erkekler için ise 18'dir. Osmanlıda İmameyn'in görüşü esas alınmış ve 15 yaş, buluş üst sınır yaşı olarak kabul edilmiştir¹². Bu iki yaş aralığında olanlar yani asgari ve azami buluş yaş sınırı içinde bulunan ama henüz buluş emareleri göstermeyen çocuklara mürâhiktir. “Mürâhik”; buluşa yaklaşmış ancak henüz balığ olmamış çocuktur¹³. Mürâhik; Mürâhiklerin, fiilen buluşa ermeleri kız çocukları için “âdet görme”, erkek çocuklar için ise “ihtilam olma” ile gerçekleşir. İfade edilen bu iki durumdan biri gerçekleştiğinde artık çocuğun buluşa erdiği yani “balığ” veya “balığa” olduğu kesinleşmiş olur¹⁴. Buluşa ermiş olan çocuklar kazaen aile hukuku ve ceza hukuku kapsamında tam ehliyetlidirler. Ancak henüz reşid olmayan balığ kişiler mali konularda eksik fiil ehliyetine sahiptir. Balığ olan kişiler, diyaneten ise bütün şer'î emirler ile mükelleftir¹⁵.

B. Çocuğun Müslümanlığını Geçerli Kabul Edenler

Henüz temyiz kabiliyeti dahi olmayan çocuğun (gayri mümeyyiz çocuk) herhangi bir inanca sahip olmadığı ve bu sebeple de irtidadının mümkün olmadığı hususunda ittifak vardır¹⁶. Hanefilere göre temyiz çağına gelmiş ama balığ olmamış çocuğun (mümeyyiz çocuk) Müslümanlığı istihsanen¹⁷ geçerlidir. Bu

⁹ ZUHAYLİ, C.4, s.2968,2969; KARAMAN, Hayreddin: Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016, C.1, s.258; DÖNDÜREN, Hamdi: Delilleriyle İslam Hukuku (Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras), Konya, 1977, s.65; CİN, Halil/AKGÜNDÜZ: Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2017, s.450,451; CİN, Halil/AKYILMAZ: Gül: Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2019, s.294; EKİNCİ, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017, s.401,402; AVCI, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.398,399; ATASOY, Samed: İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidane, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.30-32.

¹⁰ KARAMAN, C.1, s.258; AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s.398,399.

¹¹ ZUHAYLİ, C.4, s.2968,2969; KARAMAN, C.1, s.258; DÖNDÜREN, s.65; AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s.398,399; ATASOY, s.30-32.

¹² EBU ZEHRRA, Muhammed: İslam Hukukunda Suç ve Ceza (I), Çev. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi, İstanbul, 1994, C.1, s.402, 403; BARDAKOĞLU, Ali: “Buluş”, DİA, C.6, s.413; DALGIN, Nihat: “Mürâhik”, DİA, C.32, s.40,41; KARAMAN, C.1, s.259, 260; DÖNDÜREN, s.66; EKİNCİ, s.402; AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s.399,400.

¹³ İBN MANZÜR, C.10, s. 130; el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, C.36, s.338; DALGIN, “Mürâhik”, DİA, C.32, s.40.

¹⁴ DALGIN, “Mürâhik”, DİA, C.32, s.40,41; KARAMAN, C.1, s.259, 260.

¹⁵ ZUHAYLİ, C.4, s.2969; AVCI, Türk Hukuk Tarihi, s.400,401; ATASOY, s. 32,33.

¹⁶ MERGİNANİ, Ebu'l-Hasan Burhânüddin Ali b. Ebi Bekr b. Abdilcelil el-Fergânî: el-Hidâye fi Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, Tahkik: Tellal Yusuf, Dâru İhyai't-Türasi'l-Arabi, Beyrut, ty., C.2, s.411; İBNÜ'L-HÜMÂM – KADİZÂDE, C.6, s.98; CEZİRÎ, C.5, s.381,282; UDEH, C.2, s.807.

¹⁷ İstihsan: “Müçtehidin bir meselede icma, zaruret, örf, maslahat, gizli kıyas gibi özel ve daha kuvvetli görünen bir delile dayanarak

görüşün dayanaklarından bir tanesi Ali (ra)'ın henüz balığ olmadan Müslüman olmasıdır¹⁸. Meryem suresinde yer alan; "... Ona henüz çocukken hikmeti verdik."¹⁹ ayet-i kerimesi de bu görüşün delillerindedir²⁰. Bu görüşe göre mümeyyiz çocuk; namaz, oruç, Kur'an okumak gibi salih amellerle Allahu Teala katında sevaba nail olur.²¹ Hanefiler, çocuğun Müslümanlığının salt fayda olduğunu ona hiçbir zararının bulunmadığını ve bu sebeple de Müslümanlığının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler²². Maliki ve Hanbelilere göre de henüz balığ olmayan çocuğun Müslümanlığı geçerlidir²³.

Mümeyyiz küçüğün Müslümanlığını geçerli sayanlar ilk olarak çocuğun; "Allahu Teala'nın, Rabbi olduğunu ve Muhammed aleyhisselamin da onun kulu ve rasulü olduğunu" bilmesini şart koşarlar²⁴. İrtidadı geçerli olabilecek akıl sahibi çocuk Hindiyede; "Ebedi kurtuluş sebebinin İslam dini olduğunu bilen, temiz pisten ayıran ve tatlıyı acıdan ayırt edebilen çocuk" olarak ifade edilmiştir²⁵.

İkinci olarak ise çocuğun belirli bir yaşı doldurmasını şart koşarlar. Bu konuda ise ihtilaf vardır. Çocuğun yaşının beş²⁶, yedi²⁷ veya on²⁸ olması gerektiğini ifade edenler olduğu gibi herhangi bir yaş ile bu hususun belirlenemeyeceği, çünkü çocukların zeka seviyeleri ve yetiştirme tarzlarının farklı olduğunu ifade edenler de bulunmaktadır²⁹.

C. Çocuğun Müslümanlığını Geçersiz Kabul Edenler

İmam Şafii ve İmam Züfer'e göre temyiz çağına gelmiş ama balığ olmamış çocuğun dünya ile ilgili konularda Müslümanlığı geçerli kabul edilmez. Çocuk aslen Müslüman olsa da dünya ile alakalı hususlarda hüküm bakımından bu dikkate alınmaz³⁰. Bu görüşün dayanağı şu hadis-i şerifdir: "Üç gruptan kalem kaldırılmıştır. Uyanıncaya kadar uyuyandan, iyileşinceye kadar deliden, buluşa erişinceye kadar çocuktan."³¹ Aleyhine günah yazılmayan kişinin sözlerine dünya ile alakalı hükümler de uygulanmaz. Bu çocuk balığ olana kadar İslami hükümler bakımından sorumlu değildir. Temyiz çağında olduğundan akli eren bu çocuğun durumu hükmen, henüz akli ermemesine rağmen etkileyici konuşmasıyla Müslüman olduğunu söyleyen gayri mümeyyiz çocuğa benzer³².

Bu görüşte olan fukahaya göre çocuk tabiiyetiyle nitelendirilir. Çocuğun annesi veya babası Müslüman ise çocuk küfrü benimsese dahi anne veya babasına tabi olarak Müslüman sayılır. Çocuğu kendi kararı ile Müslüman kabul edersek bu sefer İslam onun için farz olur. Yani ilahi teklife muhatap hale gelir. Ancak balığ olmayanlar ilahi teklife muhatap değildir. Bu sebeple çocuğun kendi söz ve fiilleri ile Müslümanlığı da irtidadı da geçerli değildir³³.

Zuhaylî'nin ifadesine göre; Ebu Yusuf'a göre bu evredeki çocuğun İslam'a girmesi geçerli değildir³⁴.

o meselenin benzerlerinde izlenen genel kuraldan ve ilk olarak akla gelen çözümden vazgeçmesi ve hukukun amacına daha uygun bulunduğu başka bir hüküm vermesidir." BARDAKOĞLU, Ali: "İstihsan", DİA, C.23, s.339-347; el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, C.3, s.218, 219.

¹⁸ SERAHSÎ, Ebu Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed: el-Mebûs, Daru'l-Maruf, Beyrut, 1414/1993, C.10, s.120-122; MERGİNÂNÎ, C.2, s.411; ZEYLAÎ, Fahreddin Osmân b. Alî el-Hanefî: Tebyînu'l-Hakâik Şerhi Kenzî'd-Dekâik (Hâşiyetü'ş-Şelebî ile birlikte), Matbatu'l-Kubrâ el-Emiriyye Bulak, Kahire, 1313, C.3, s.292; İBN KUDÂME, Muvaffakuddin Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisî el-Cemmâilî: el-Muğni, Tahkik: Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki, Abdulfettah Muhammed el-Hulv, Daru Âlemu'l-Kutub, Riyad, 1417/1997, C.12, s.279; MEVSİLÎ, C.5, s.32; DAMAD, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhizade: Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur, Darul İhyaitü Teraşil Arabî, ty., C.1, s.687; ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdullah eş-Şevkânî el-Yemenî: Neylü'l-Evtâr, Tahkik: İsmâeddin Sabbabetî, Daru'l-Hadis, Mısır, 1413/1993, C.7, s.238,239; MOLLA HÜSREV, C.1, s.304-305; İBN ABİDİN, Muhammed Emin: Reddül-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar, Çev. Ahmed Davudoğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1982, C.9, s.88; CEZİRÎ, C.5, s.381,382; ZEYDAN, C.6, s.385,386; ZUHAYLÎ, C.7, s.5579. Rasulullah (sav) henüz balığ olmamış olan İbn Sayyad'a da Müslüman olmasını teklif etmiştir. CEZİRÎ, C.5, s.382.

¹⁹ Meryem 19/12.

²⁰ Hanefî mezhebinin bu konudaki görüşünün delilleri hakkında detaylı bilgi için bkz. SERAHSÎ, C.10, s.122.

²¹ CEZİRÎ, C.5, s.382.

²² SERAHSÎ, C.10, s.122.

²³ İBN KUDÂME, C.12, s.281,282; UDEH, C.2, s.808; ZEYDAN, C.6, s.386,408,409.

²⁴ İBN KUDÂME, C.12, s.280; UDEH, C.2, s.809; ZEYDAN, C.6, s.386.

²⁵ Fetâvâyi Hindiyeye, C.10, s.301.

²⁶ İBN KUDÂME, C.12, s.280; UDEH, C.2, s.809,810

²⁷ Fetâvâyi Hindiyeye, C.10, s.301.

²⁸ İBN KUDÂME, C.12, s.278; ZEYDAN, C.6, s.386.

²⁹ İBN ABİDİN, C.9, s.85,86; UDEH, C.2, s.809,810; ZEYDAN, C.6, s.386; BEROJE, Sahip: Farklı Bakış Açılıyla İrtidat Suçu ve Cezası, Fecri, Ankara, 2017, s.94.

³⁰ İBN KUDÂME, C.12, s.278; SERAHSÎ, C.10, s.120; ZEYLAÎ, C.3, s.292; MEVSİLÎ, C.5, s.32; İBNÜ'L-HÜMÂM – KADİZÂDE, C.6, s.94; MOLLA HÜSREV, C.1, s.305; UDEH, C.2, s.808; ZEYDAN, C.6, s.385. Çocuk, ilahi teklifin muhatapı olmadığından dolayı onun sözleri, dünya ahkâmı bakımından anlam ifade etmez. Bu sebeple balığ olmadıkça çocuğun İslam'ı da irtidadı da geçerli değildir. BEROJE, s.91.

³¹ BUHARÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil b. İbrâhim el-Cu' fi, Sahîh-i Buhârî, Dâru tavki'n-necât, Beyrut, 1422, "Hudud", 22; İBN MÂCE, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, Sünen-i İbn Mâce, Tahkik: Muhammed Fuâd Abdalbâkî, Daru'l-İhyau'l-Kütübî'l-Arabiyye – Faysal İsâ el-Bâbî el-Halebî, 1431, "Talak", 15; TİRMİZÎ, Ebû İsâ, Muhammed b. İsâ b. Sevre b. Musa b. Dahnâk, Sünen-i Tirmizî, thk. Ahmed Muhammed Şâkir ve Muhammed Fuâd Abdalbâkî ve İbrahi Atvah, Mısır: Şirket-i Mektebe ve Matbaat-ı Mustafa el-Bâb-i Halebî, 1395/1975, "Hudud", 1.

³² SERAHSÎ, C.10, s.120; MERGİNÂNÎ, C.2, s.411; ŞEYH BEDREDDİN: et-Teshil, Şerhu Letaifi'l-İşarat (Letaifi'l-İşarat Şerhi), Ed. Apaydın, Hacı Yunus, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara, 2012, C.2, s.1666; DAMAD, C.1, s.687.

³³ BEROJE, s.91.

³⁴ ZUHAYLÎ, C.7, s.5579. Zuhaylî, Ebu Yusuf'un bu görüşte olduğunu ifade etse de Mevsilî, Halebî, Merginani, İbn Abidin ve diğer birçok fakih; Ebu Yusuf'un, mümeyyiz çocuğun Müslümanlığı geçerli ama irtidadı geçersizdir, görüşünde olduğunu ifade etmektedir. MERGİNÂNÎ, C.2, s.411; MEVSİLÎ, C.5, s.32; ZEYLAÎ, C.3, s.292; HALEBÎ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim: Mülteka'l-Ebhur, Çev. Mustafa Uysal, İstanbul, 1973, C.2, s.356,357; MOLLA HÜSREV, C.1, s.304,305; DAMAD, C.1, s.687; İBN ABİDİN, C.9, s.83-87; UDEH, C.2, s.808.

Zahiriler, Şia ve Zeydiyye de çocuğun buluşdan önce dünyevi hükümler bakımından Müslümanlığını ve irtidadını geçerli kabul etmez³⁵.

D. Çocuğun İrtidadını Geçerli Kabul Edenler

Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre irtidadın geçerli olması için buluş çağına girmiş olmak şart değildir. Baliğ olmayan mümeyyiz çocuğun irtidad etmesi istihsanen geçerlidir³⁶. Bilgisi, aklı ve kararları ışığında Müslüman olduğuna hükmedilen çocuğun, aynı illetlerden dolayı irtidadına da hükmedilir³⁷.

Malikiler ve Hanbelilere³⁸ göre de irtidadın geçerli olması için baliğ olmak şart değildir. Baliğ olmadan önce İslam'ı tanıyıp iman eden bir çocuk yine henüz baliğ olmadan irtidad ederse irtidadı geçerlidir³⁹. Ahmed b. Hanbel'den gelen bir rivayete göre ise bu çocukların Müslüman olması geçerli olsa da irtidadı geçerli değildir⁴⁰.

Çocuğun irtidadını geçerli kabul edenlerin bu husustaki delillerinden bazıları şunlardır:

“Her doğan, İslam fitratı üzerine doğar. Sonra anne-babası onu Hristiyan, Yahudi veya Mecusi yapar.”⁴¹ “La ilahe illallah diyen cennete girer.”⁴² Bir yahudi çocuk Rasulullah (sav)'e hizmet ediyordu. Bir gün hastalandı. Rasulullah (sav) onu ziyaret etmek üzere evine geldi ve başucunda oturdu. Kendisine ‘Müslüman ol!’ dedi. Çocuk o sırada yanında bulunan babasına baktı. Babası ‘Ebü'l-Kasım'a itaat et’ dedi. Çocuk da Müslüman oldu. Rasulullah (sav) oradan çıkarken şöyle diyordu: ‘Bu çocuğu benim vasıtamla cehennem ateşinden kurtaran Allah'a hamdolsun.’”⁴³

Hanefi mezhebine göre, Müslüman bir çocuğun babası irtidad ederse çocuk, annesine tabi olarak Müslüman kabul edilir. Çocuğun annesi irtidad ederse çocuk, babasına tabiiyetle Müslüman kabul edilir⁴⁴. Çünkü çocuk ebeveyninin hayırlısına tabidir. Çocuk doğduktan sonra çocuğun hem annesi hem de babası irtidad ederse ve daru'l-harbe kaçarsa bu çocuğun da gayrimüslim (duruma göre mürted) olduğuna hükmedilir. Çünkü bu durumda İslam yurduna tabiiyet de söz konusu değildir⁴⁵. Müslüman olan bir koca ile kadın, çocukları doğduktan sonra irtidad ederse bu çocuklar daru'l-islamda buldukları sürece mürted sayılmazlar. Çünkü ilk başta ebeveynlerine tabiiyetle Müslüman olarak kabul edilen çocuk, ebeveynlerinin irtidadından sonra da İslam yurduna tabiiyetle Müslüman olarak kabul edilir. Kadın ve kocası irtidad ettikten sonra bunların çocukları ve bu çocuklarının çocukları beraber daru'l-harbe gidip bu çocuk ve bu çocuktan doğan çocuklar da daru'l-harbtte büyüdükları takdirde mücahitler o bölgeyi istila ederse karı ve koca hakkında mürtedin hükümleri tatbik edilir⁴⁶. İlk kuşak olan çocuk öldürülmez ama İslamiyet'e yeniden dönmesi için hapsedilip, zorlanır. İkinci kuşak çocuklar yani irtidad eden ebeveynin torunları ise İslamiyet'i kabule zorlanmaz. Birinci kuşak çocuklar ilk zaman ebeveynlerine tabiiyetle hükmen Müslüman olmalarına karşın daha sonra daru'l-harbtte gayrimüslim olarak baliğ olduklarından dolayı irtidad etmiş olurlar. Onların baliğ olduktan sonra dahi öldürülmeme sebebi ise irtidadlarının hakiki değil hükmi olması bir başka ifadeyle itikadi değil, tabiiyet dolayısıyla gerçekleşmesindedir. İkinci kuşak ise ilk zamandan itibaren ana babasına tabiiyetle (dede ve nineye tabiiyetle Müslüman kabul edilmezler) gayrimüslimdir. Bu sebeple de İslam'a girmeye zorlanmazlar. Eğer dedeye tabiiyetle bu çocuk da gerçek manada mürted kabul edilseydi tüm insanlar Adem (as) ve Nuh (as) çocukları olduğu için Müslüman olmayanların tamamı mürted hükmünde olurdu⁴⁷.

Karı kocanın irtidad etmesinden sonra doğan çocuk, ebeveynine tabiiyetle mürted olarak kabul edilir. Bu kişiler hep beraber daru'l-harbe gittiklerinde bu çocuklar ve bu çocuklardan doğan çocuklar baliğ olduktan sonra mücahitler tarafından o bölge fethedilirse birinci kuşak çocuklar irtidad eden babalarına, ikinci kuşak çocuklar ise birinci kuşak olan mürted çocuklara tabiiyetle mürted olarak kabul edilirler ve İslam'a dönmeleri için zorlanırlar. Ancak her iki kuşak da hükmen mürted olduğundan öldürülmezler. Daha kuvvetli olan görüşe göre ise ikinci kuşak çocuklar, İslam'ı kabule zorlanmazlar. Çünkü tabiiyet çocuk ile ebeveyni arasındadır. Dede ile torun arasında tabiiyet bu meselede söz konusu değildir⁴⁸.

³⁵ UDEH, C.2, s.808; KÖSE, Murtaza: İslam Kamu Hukuku Konusu Olarak İrtidad ve Mürtedin Hükmi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1991, s.18.

³⁶ MEVSİLİ, C.5, s.32; İBNÜ'L-HÜMÂM – KADİZÂDE, C.6, s.94; MOLLA HÜSREV, C.1, s.304,305; Fetâvâyı Hindiyeye, C.10, s.303; el-Mevsûatü'l-Fikhiyye, C.22, s.181; UDEH, C.2, s.807; ZEYDAN, C.6, s.387; ZUHAYLİ, C.7, s.5578.

³⁷ SERAHSÎ, C.10, s.122; MERGİNÂNÎ, C.2, s.411; ZEYLAÎ, C.3, s.292; DAMAD, C.1, s.687.

³⁸ Hanbeli mezhebinden gelen iki farklı görüş vardır. Mezhep içinde kendisiyle amel edilen görüşe göre mümeyyiz çocuk baliğ olmasa da Müslümanlığı da irtidadı da geçerlidir. Bu rivayette Hanbeliler; Ebu Hanife, İmam Muhammed ve Maliki mezhebi ile aynı görüştedir. Diğer rivayette ise mümeyyiz çocuğun Müslümanlığı geçerlidir ama irtidadı için baliğ olması şarttır. Bu rivayette ise Ebu Yusuf'un görüşü ile ittifak söz konusudur. İBN KUDÂME, C.12, s.281; el-Mevsûatü'l-Fikhiyye, C.22, s.181; UDEH, C.2, s.808.

³⁹ el-Mevsûatü'l-Fikhiyye, C.22, s.181; UDEH, C.2, s.808; ZEYDAN, C.6, s.386,387; ZUHAYLİ, C.7, s.5579.

⁴⁰ ZEYDAN, C.6, s.408,409.

⁴¹ Buhârî, “Cenaiz”, 92; EBÜ DÂVÛD, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak es-Sicistânî el-Ezdî, Sünen-i Ebî Dâvûd, Tahkik: Şuayb Arnavut vd., Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, 2009, “Sünne”, 18; Tirmizî, “Kader”, 5.

⁴² Tirmizî, “İman”, 17.

⁴³ Buhârî, “Cenaiz”, 79.

⁴⁴ KÂSÂNÎ, Alâüddîn Ebü Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî el-Hanefî: Bedâ'î u's-Sanâ'î fi Tertîbi's-Şerâ'î, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986, C.7, s.139; BİLMEN, C.4, s.27.

⁴⁵ SERAHSÎ, C.10, s.62,63; KÂSÂNÎ, C.7, s.139.

⁴⁶ KÂSÂNÎ, C.7, s.139; İBN ABİDİN, C.9, s.84,85; BİLMEN, C.4, s.22.

⁴⁷ KÂSÂNÎ, C.7, s.139; BİLMEN, C.4, s.22.

⁴⁸ SERAHSÎ, C.10, s.122; KÂSÂNÎ, C.7, s.139; MERGİNÂNÎ, C.2, s.411; ZEYLAÎ, C.3, s.291, 292; ŞEYH BEDREDDİN, C.2, s.1668; HALEBÎ, C.2, s.355,356; DAMAD, C.1, s.687; MOLLA HÜSREV, C.1, s.304,305; İBN ABİDİN, C.9, s.84,85; BİLMEN, C.4, s.22; CEZİRİ, C.5, s.383.

Hanefiler, Şafililer, Hanbeliler, Zahiriler ve Zeydilere göre kafir anne babadan birisi Müslüman olduğunda onların küçük çocukları da tabiiyet yoluyla Müslüman kabul edilir. Malikilere göre ise küçük çocuklar Müslümanlık bakımından yalnızca babalarına tabidirler. Yalnızca annesi Müslüman olan çocuk Malikilere göre Müslüman kabul edilmez. Ancak yalnızca baba veya hem anne hem de baba Müslüman ihtida ederse bu durumda çocuk da Müslüman kabul edilir⁴⁹.

E. Çocuğun İrtidadını Geçersiz Kabul Edenler

Ebu Yusuf ve İmam Şafii'ye göre irtidadın geçerli olması için balığ olmak şarttır. Mümeyyiz küçük balığ olmadığından irtidadı geçerli değildir. Çünkü bu evredeki çocuk mükellef sayılmaz. Söz ve fiilleri bağlayıcı değildir⁵⁰. İrtidadları kabul edilmediği için bu çocuklara ölüm, hapis ve benzeri cezalar tatbik edilmediği gibi İslam'a da zorlanmazlar.⁵¹ Ebu Yusuf'un Ebu Hanife'den rivayet ettiği bir görüşe göre balığ olmayan çocuğun irtidadının geçerli olmayacağı ifade edilmiştir. Yani bir rivayete göre Ebu Hanife ilk görüşünden vazgeçip Ebu Yusuf'un görüşüne dönmüştür⁵².

Bu görüşte olanlara göre balığ oluncaya kadar çocuğun aklına itibar edilmez. Bu sebeple de din konusunda çocuk başkasına (duruma göre annesine veya babasına) tabi olur. Mümeyyiz çocuk kendi kararı ile başka bir inanca sahip olsa dahi anne veya babasından biri Müslüman ise o çocuğun da Müslüman olduğuna hükmedilir⁵³.

Ebu Yusuf bu görüşünü şu şekilde temellendirmiştir: Dinden çıkma kişiye zarar verir. Bu yaş aralığındaki bir çocuğun kararları kendisine salt yararı olan durumlarda dikkate alınır, zararı olan durumlarda ise dikkate alınmaz. Bu evredeki çocuğun hediye kabul etmesinin geçerli, hediye vermesinin ise geçersiz olması durumuna kıyasen de hüküm böyledir⁵⁴.

F. Mürted Çocuğa Tatbik Edilecek Ceza ve Güvenlik Tedbiri

Çocukların irtidadının geçerli olup olmadığı hususunda mezhepler arasında görüş ayrılığı olsa da irtidad eden çocuğun mümeyyiz olsa dahi balığ olmadıkça öldürülemeyeceği hususunda mezhepler arasında ittifak vardır.

Henüz balığ olmamış bir çocuk, İslam dininden çıkarsa öldürülmez⁵⁵. Müslüman olan bir çocuğun henüz balığ olmadan irtidad etmesi durumunda çocuk, Müslüman olması için icbar edilir⁵⁶. İrtidad eden mümeyyiz çocuğa eğitici güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Bu kapsamda hapsedilebilir⁵⁷. İslam'a dönmesi için cebr kapsamında dövülebilir.⁵⁸ Çünkü bu çocuğun İslam'ı kendi iradesi ile kabulünde şüphe bulunur. Şüphe ölüm cezasını düşürür. Öldürmek bir cezadır. Çocuk ise cezaya ehil değildir⁵⁹.

Daha önce ifade edildiği üzere Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre irtidadın geçerli olması için balığ olmak şart değildir. Balığ olmamış mümeyyiz çocuğun irtidad etmesi geçerlidir. Bununla beraber çocuk buluğa ermediğinden dolayı onlara uygulanacak olan irtidad cezası hafifletilir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre böyle olan çocuk irtidadın cezası olarak öldürülmez ama İslam'a girmesi için zorlanır. Bu çocuk, buluğa erdiği zaman hapsedilir. İrtidad ettiğine hüküm verildikten sonra, evli ise karısı kendisinden boş olur, cenaze namazı kılınmaz, Müslüman olan akrabaları ile varis-muris ilişkisi sona erer. Mürted olan kişi hakkındaki bu hükümler balığ olmadan da uygulanır, yalnızca cezalar tatbik edilmez. Çünkü cezaları yüklenme sorumluluğuna ehil durumda bulunmamaktadır⁶⁰.

Anne ve babası Müslüman olan çocuk onlara tabi olduğundan dolayı Müslüman olarak kabul edilir. Anne ve babası Müslüman olan çocuktan İslamiyet'e yani Müslüman olduğuna dair bir ikrar işitilmemişken bu çocuk kafir olarak buluğa ererse irtidadın tüm şartları gerçekleşmediği için çocuk öldürülmez. Çünkü irtidad için önce İslam'ın tasdik edilmesi, tasdikten sonra tekzibin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durumda ise buluğdan önce ikrarla zuhur eden bir tasdik söz konusu olmamıştır. Her ne kadar ölüm cezasını gerektirmese de bu çocuğun ebeveynine tabi olması dolayısıyla buluğdan önce Müslüman olduğu ve buluğdan sonra da küfür kendisinde vaki olduğundan dolayı hapsine hükmedilir. Hakikaten mürted olmayan, hükmen mürted olan bu kişilere ölüm cezası verilmese de malları hakkında mürtedlerin kazançları hakkındaki hüküm geçerlidir⁶¹. Balığ olduktan sonra Müslüman olduğunu ikrar eden veya Müslüman olduğuna dair karine bulunan kişi, daha sonra irtidad ederse ölüm cezasına müstehak olur⁶².

Bilmen, mümeyyiz çocuğun irtidadı durumunda ona ölüm cezasının verilememesinin ama hapsedilebilmesinin sebebini şu şekilde ifade etmiştir:

⁴⁹ UDEH, C.2, s.810.

⁵⁰ MERGİNÂNİ, C.2, s.411; ZEYLAÎ, C.3, s.292; ŞEYH BEDREDDİN, C.2, s.1666; İBNÜ'L-HÜMÂM – KADIZÂDE, C.6, s.94; HALEBİ, C.2, s.356; MOLLA HÜSREV, C.1, s.304,305; DAMAD, C.1, s.687; CEZİRİ, C.5, s.382; el-Mevsûatü'l-Fikhiyye, C.22, s.181; UDEH, C.2, s.807,808; ZEYDAN, C.6, s.386,387; ZUHAYLÎ, C.7, s.5579.

⁵¹ BİLMEN, C.4, s.10.

⁵² SERAHSÎ, C.10, s.122; İBNÜ'L-HÜMÂM – KADIZÂDE, C.6, s.94; İBN ABİDİN, C.9, s.87; el-Mevsûatü'l-Fikhiyye, C.22, s.181.

⁵³ SERAHSÎ, C.10, s.120.

⁵⁴ SERAHSÎ, C.10, s.122; MEVSİLÎ, C.5, s.32; İBNÜ'L-HÜMÂM – KADIZÂDE, C.6, s.95-97.

⁵⁵ SERAHSÎ, C.10, s.120; KÂSÂNÎ, C.7, s.139; İBNÜ'L-HÜMÂM – KADIZÂDE, C.6, s.94; İBN ABİDİN, C.9, s.86,87; el-Mevsûatü'l-Fikhiyye, C.22, s.181.

⁵⁶ SERAHSÎ, C.10, s.123.

⁵⁷ AVCI, Ceza Özel Hükümler, C.2, s.521.

⁵⁸ İBN ABİDİN, C.9, s.87.

⁵⁹ SERAHSÎ, C.10, s.122,123; MEVSİLÎ, C.5, s.33; HALEBİ, C.2, s.357; İBN ABİDİN, C.9, s.86,87.

⁶⁰ KÂSÂNÎ, C.7, s.139; ŞEYH BEDREDDİN, C.2, s.1666; CEZİRİ, C.5, s.381,382; ZUHAYLÎ, C.7, s.5578,5579.

⁶¹ KÂSÂNÎ, C.7, s.139,140; MEVSİLÎ, C.5, s.33,34; BİLMEN, C.4, s.10; CEZİRİ, C.5, s.381,382.

⁶² MEVSİLÎ, C.5, s.33,34.

“Âkil çocuk, henüz İslamiyet’in mehasinine bi hakkın vakıf bulunmamıştır. Kendisine İslamiyet’in hakikatini gösterir hüccetler tamamen ibraz edilmemiştir. Onun ileride hakk olduğunu anlayarak din-i İslam’a rucuu memuldür. Binaenaleyh onun yalnız hapsedilmesi, İslamiyet’e rücuuna vesile olmaya kifayet eder.”⁶³

Önceden Müslüman olan bir belde ahalisi daha sonra irtidad ederek daru’l-harb haline geldikten sonra mücahitler orayı yeniden ele geçirdiğinde o belde ahalisinden erkekler öldürülür, kadın ve çocuklar ise hapsedebilirler. Ancak kadınlar, irtidad etmediklerini yani Müslümanlıklarını muhafaza ettiklerini iddia ederlerse bu iddiaları kabul edilir. Bu sebeple kadınlar ve onlara tabii oldukları için çocuklar hapsedilmezler. Bununla beraber bu kadınların irtidad ettikleri, Müslümanların şahitlikleriyle desteklenirse kadınlar ve çocuklar hapsedilirler. Kadınlar, önce irtidad ettiklerini ama Müslümanlar tarafından istila gerçekleşmeden yeniden Müslüman olduklarını iddia ederlerse bu iddialarını ispat etmek zorundadırlar. Bu durumda kadınlar hakkında verilecek olan hüküm tabiiyet dolayısıyla çocukları hakkında da cari olur.⁶⁴

Hanefilere göre dört durumda irtidad eden mümeyyiz çocuk öldürülmez. İlk iki durum çocuğun baliğ olduktan sonraki halini de kapsayıcıdır.

1-) Anne ve babasına tabiiyet dolayısıyla Müslüman olan bir çocuk baliğ olduğunda irtidad ederse kıyas gereği bu kişi irtidadın cezası olarak öldürülür. İstihsanen ise öldürülmez, Müslüman olmaya zorlanır. Çünkü bu çocuğun Müslüman olması, bağımsız ve sonucunu bilerek verdiği bir karar ile vuku bulmamıştır. Başkasına tabiiyetle Müslüman olduğundan, şüphe ölüm cezasını düşürür.⁶⁵ Bu mümeyyiz küçük dinden çıkmış olarak baliğ olsa bile öldürülmez.⁶⁶ Ancak, bu çocuk baliğ olduktan sonra Müslüman olduğunu ikrar ettikten sonra irtidad ederse öldürülür. Hanbeliler de bu konuda Hanefilerle aynı görüştedir. Şafilere ve Malikiler’e⁶⁷ göre ise bu şekilde mürted olarak baliğ olana normal mürted hükmü uygulanır. Yani bu durumda buluğdan sonra üç kez tövbeye davet edilir, İslam’a dönmemesi halinde erkek-kadın fark etmeksizin mürtede ölüm cezası uygulanır.⁶⁸

2-) Henüz baliğ olmadan, başkasına tabiiyetle değil kendi kararı ile Müslüman olan bir çocuğun irtidad etmiş olarak baliğ olması durumunda kıyas gereği bu kişi irtidadın cezası olarak öldürülür. İstihsanen ise öldürülmez. Çünkü bu çocuğun buluğdan önceki inancının (Müslümanlığının) geçerli olup olmadığı hususunda farklı içtihatlar vardır. Bu konudaki şüphe de ölüm cezasını düşürür.⁶⁹ Şafilere de bu konuda Hanefilerle aynı görüştedir.⁷⁰ Maliki ve Hanbelilere göre ise bu şekilde mürted olarak baliğ olana gerçek mürted hükmü uygulanır. Yani bu durumda buluğdan sonra üç kez tövbeye davet edilir, İslam’a dönmemesi halinde erkek-kadın fark etmeksizin mürtede baliğ olduktan sonra ölüm cezası uygulanır.⁷¹ Ancak bu kişi baliğ olduktan sonra da Müslüman olduğunu ikrar ederse veya karine olarak Müslüman olduğu belli olursa ve daha sonra irtidad ederse bu durumda öldürülür.

3-) Henüz baliğ olmayan çocuk, ister kendi kararı ile ister tabiiyet yoluyla Müslüman olduktan sonra irtidad etse, baliğ olmadan ölüm cezası bu çocuğa tatbik edilemez.⁷² Ancak bu çocuk İslam’a dönmesi için zorlanır ve dönünceye kadar hapsedilir. Hatta şiddetle dövülebilir.⁷³

4-) İkraha ile Müslüman olan bir çocuğun irtidad etmesi durumunda da ona ölüm cezası verilemez. Çünkü bu çocuğun kendi kararı ile mi yoksa ikrah sebebiyle mi Müslüman olduğu konusunda şüphe vardır.⁷⁴ Şafilere ve Ebu Yusuf’a göre çocukların irtidadı geçerli olmadığından dolayı mümeyyiz küçükler baliğ olana kadar herhangi bir ceza veya güvenlik tedbiri uygulanmaz.

Baliğ olmamış bir çocuğun irtidadı sonucu ölüm cezası gerekmemesine rağmen bir kişi, irtidad eden bu çocuğu yeniden Müslüman olmadan önce öldürürse öldüren kişiye kısas cezası ve diyet sorumluluğu yüklenmez. Çünkü bu çocuğun irtidadı ölümü gerektirmese de can bakımından dokunulmazlığını ortadan kaldırır.⁷⁵

III. OSMANLI HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN İRTİDADI

Bu başlık kapsamında öncelikle Osmanlı dönemi fetva kitaplarında çocukların irtidadı ve Osmanlı uygulamasında çocukların ihtidasının irtidadla ilişkisi incelenmiştir. Daha sonra ise Osmanlı sakk kitapları ve mahkeme kayıtları kapsamında Osmanlı uygulamasında çocukların irtidadı hususu ele alınmıştır.

A. Osmanlı Dönemi Fetva Kitaplarında Çocukların İrtidadı

Osmanlı döneminde yazılan fetva kitaplarında çocukların irtidadına ilişkin örneklerde Hanefi mezhebi görüşünün esas alındığı anlaşılmaktadır. Bu örnekler ve değerlendirmeleri aşağıda yer almaktadır.

“Zeyd-i zimminin oğlu olup sabiyy-i akl olan Amr İslam’a geldikten sonra kable’l-buluğ mürted olsa

⁶³ BİLMEN, C.4, s.10.

⁶⁴ BİLMEN, C.4, s.12.

⁶⁵ SERAHSİ, C.10, s.123; İBNÜ’L-HÜMÂM – KADIZÂDE, C.6, s.97; İBN ABİDİN, C.9, s.57.

⁶⁶ İBN ABİDİN, C.9, s.57; UDEH, C.2, s.814.

⁶⁷ Malikilere göre mümeyyiz küçükler irtidad ederek baliğ olursa öldürülürler. Ancak İslam’dan habersiz olarak yetişen, İslam hakkında yeterli bilgi kendisine anne ve babası tarafından verilmeden irtidad ederek baliğ olan çocuklar öldürülmezler. UDEH, C.2, s.815.

⁶⁸ CEZİRİ, C.5, s.383.

⁶⁹ SERAHSİ, C.10, s.123; İBNÜ’L-HÜMÂM – KADIZÂDE, C.6, s.97; İBN ABİDİN, C.9, s.57.

⁷⁰ İBN KUDÂME, C.12, s.281-283; CEZİRİ, C.5, s.383; el-Mevsûatü’l-Fıkhıyye, C.22, s.181.

⁷¹ İBN KUDÂME, C.12, s.281-283; CEZİRİ, C.5, s.383.

⁷² SERAHSİ, C.10, s.120; KÂSÂNİ, C.7, s.139; İBNÜ’L-HÜMÂM – KADIZÂDE, C.6, s.94.

⁷³ CEZİRİ, C.5, s.383.

⁷⁴ SERAHSİ, C.10, s.123; İBNÜ’L-HÜMÂM – KADIZÂDE, C.6, s.97; İBN ABİDİN, C.9, s.57,58; CEZİRİ, C.5, s.383.

⁷⁵ SERAHSİ, C.10, s.122,123.

Amr'a ne lazım olur? el-Cevab: İslam'a cebrolunur.⁷⁶ Söz konusu fetvada zimmi olan bir kişinin akıl sahibi olmasına karşın baliğ olmayan (mümeyyiz küçük) oğlu İslam'ı kabul ettikten sonra mürted olmuştur. Çocuk anne veya babasına tabiiyetle Müslüman olmamıştır. Kendi kararı ile İslam'a girmiştir. Bu durumda söz konusu çocuğun irtidaddan sonra İslam'a zorlanacağı fetvası verilmiştir. Mezkur fetvadaki kişi baliğ olduktan sonra dinden döndüğü için kıyas gereği irtidad cezası olarak öldürülür. İstihsanen ise öldürülmez. Çünkü bu çocuğun buluşundan önce Müslümanlığının geçerli olup olmadığı hususunda farklı içtihatlar vardır. Bu konudaki şüphe de ölüm cezasını düşürür. Ancak hapis ve benzeri yolla İslam'a yeniden döndürülmesi için cabredilir.

“Zeyd, şeref-i İslam ile müşerref olup sağır oğlu Amr'ın dahi Zeyd'e tabiiyet ile İslam'ına hükmolunduktan sonra Amr baliğ olduğunda İslam'ı ikrar itmeden mürted olsa Amr'a ne lazım olur? el-Cevab: İslam'a gelince (ye kadar) habsolunur.”⁷⁷

İslam ile şereflenen kişinin oğlu yani Müslüman bir kişinin evladı, baliğ olana kadar ebeveynine tabiiyetle Müslüman olarak kabul edilir. Söz konusu fetvada da böyle bir durum söz konusudur. Bu çocuk baliğ olduktan sonra Müslüman olduğunu henüz ikrar etmemişken irtidad ederse bu durumda söz konusu kişi hükmen mürted kabul edilir. Ancak daha önceden Müslümanlığı kendi iradesi ile ortaya koyulmadığı, tabiiyete dayandığı için gerçek manada mürted olarak değerlendirilmez ve bu sebeple de öldürülmez. Ancak yine de İslam'a dönmesi için önce teklifte bulunulur. Teklifi kabul etmezse cebre başvurulur. Müslümanlığa dönene kadar hapsedilir. Fetvadaki örnekte çocuğun, baliğ olduktan sonra da Müslüman olduğu ikrar ile veya benzer nitelikte bir karine ile ortaya çıkmış olsaydı ve bu kişi daha sonra dinden dönmüş olsaydı önce teklif, sonra cebr ve hapis, nihayetinde ise yine İslam'a girmemesi halinde ölüm cezası söz konusu olurdu. Anne babaya tabiiyetle Müslüman olmanın ve sonra bunu ikrar etmemenin baliğ olduktan sonra kendi kararı ile Müslümanlığını ikrar ve ardından irtidad etmenin hüküm bakımından en temel farkı budur.

“On üç yaşında olup lakin sinn-i cüssesinin buluşa tahammülü olmayan Zeyd-i sağirin babası Amr-ı zimmi şeref-i İslamla müşerref olduğunda Amr'a tabiiyet ile Zeyd'in İslam'ına hükmolunur mu? el-Cevab: Olunur.”⁷⁸

Söz konusu fetvada mümeyyiz bir çocuğun babasının Müslüman olması sonucu kendisinin de Müslüman olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda çocuğun annesinin İslam'a girip girmemesi, çocuğun babasına tabi olarak Müslüman olmasını etkilememektedir. Çünkü anne veya babadan herhangi biri Müslüman olduğunda henüz baliğ olmayan çocuk da Müslüman olan ebeveynine tabiiyetle Müslüman olur.

“Zeyd-i zimmi şeref-i İslam ile müşerref olduğunda Zeyd'in kızı Zeyneb-i sağirenin Zeyd'e tabiiyet ile İslam'ına hükmolunduktan sonra Zeynep baliğ olduğunda mürtedde olup nefsini Amr-ı zimmiye tevzic eylese Zeyneb'e ne lazım olur? el-Cevab: İslam'a gelince [ye dek] habsolunur.”⁷⁹ “Bu surette Zeyneb'in Amr'dan veledi olmuş olsa veled-i mezbur dahi İslam'a cebrolunur mu? el-Cevab: Olunur.”⁸⁰

Söz konusu fetvada henüz baliğ olmayan bir kız çocuğu, babası İslam ile şereflediği için ona tabi olarak Müslüman olarak kabul edilmiştir. Bu çocuk baliğ olduktan sonra irtidad etmiş ve daha sonra bir zimmi ile evlenmiştir. Hanefi mezhebine göre kadınlar irtidad suçunun cezası olarak öldürülmezler. Yeniden İslam'a dönene kadar hapsedilirler. Bu sebeple söz konusu fetvada da kızın hapsine karar verilmiştir. Bu kızın kocasının zimmi olması durumu değiştirmektedir. Bu fetvaya bağlı olarak verilen ikinci fetva, irtidad eden kadının kızının durumu hakkındadır. Annesi ilk olarak Müslüman olduğu için daha sonra irtidad etse de ondan doğan çocuklar, irtidaddan önce veya sonra doğarsa fark etmeksizin Müslüman olarak kabul edilir ve İslam'a cebredilirler. Ama bunlardan doğacak olan çocuklar için kuvvetli görüşe göre İslam'a cebr söz konusu değildir. Çünkü anne ve babaya tabiiyet söz konusu olsa da dede ve nine gibi ikinci kuşak üst soya bu konuda tabiiyet söz konusu değildir.

B. Osmanlı Uygulamasında Çocukların İhtidasının İrtidatla İlişkisi

Osmanlıda ihtida hususu doğrudan çalışma konumuz olmadığından dolayı detaylı olarak incelenmemiştir. Ancak çocukların irtidadının kabul edilip edilmemesi, çocukların Müslümanlığının kabul edilip edilmemesi hükmüne bağlı olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple Osmanlı'da ihtida konusunda yaşın etkisi irtidad konusu bakımından önem arz etmektedir.

Ebu Hanife ve İmam Muhammed, irtidadın buluşundan önce geçerli olduğunu kabul etmektedir. Osmanlıda da Hanefi mezhebi geçerlidir. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'in buluşundan önceki irtidadı geçerli kabul etmesinin temel nedenlerinden bir tanesi, buluşundan önce Müslüman olmayı da geçerli kabul etmeleridir. Ebu Yusuf'a göre de her ne kadar buluşundan önce irtidad geçerli olmasa da buluşundan önce Müslümanlık geçerlidir. Hanefi mezhebine göre buluşundan önce ihtidanın geçerli olduğu hususunda İmam Züfer haricinde ittifak bulunmaktadır. Ancak Osmanlıda ihtida için belirli bir yaşın belirlenmesi ve bu yaşın da buluş için üst sınır olması dikkat çekicidir.

Osmanlıda ihtidanın çocuklara etkisi iki kısımda değerlendirilebilir. Birincisi; anne veya babası ihtida eden küçük çocuğun dininin ne olacağı diğeri ise bizzat küçük çocuğun ihtidası durumudur. Osmanlı

⁷⁶ ŞEYHÜLİSLAM ÇATALCALI ALİ EFENDİ: Fetava-yı Ali Efendi, Açıklayan: H. Necati Demirtaş, Kubbealtı Yayınevi, İstanbul, 2014, C.1, Fetva No:10, s.294,295.

⁷⁷ ŞEYHÜLİSLAM ÇATALCALI ALİ EFENDİ, 1, Fetva No:11, s.295.

⁷⁸ NETİCETÜ'L FETAVA (Şeyhülislam Fetvaları), Der. es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedusi, Haz. Süleyman Kaya, Betül Algın vd., Klasik Yayınevi, İstanbul, 2014, Fetva No:513, s.116.

⁷⁹ ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ: Behcetü'l- Fetava, Haz. Süleyman Kaya, Betül Algın vd., Klasik Yayınevi, İstanbul, 2011, Fetva No:992, s.186.

⁸⁰ ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ, Fetva No:993, s.186.

uygulamasında anne veya babası ihtida eden küçük çocuğun, anne ve babasından hayırlı olanına tabi olduğu yani hangisi Müslüman olmuşsa ona tabi olarak Müslüman kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu konuda çok sayıda arşiv kaydı mevcuttur⁸¹.

Bu bilgilerin somut halini görmek adına en azından bir arşiv kadına yer vermek gerekmektedir. 1847 tarihli bir belgeye⁸² göre Süleyman ve karısı Nasrani'dir. Daha sonra Süleyman ihtida ederek Müslüman olmuş, ancak karısı Müslüman olmamıştır. Yaşları küçük iki çocuğu bulunan Süleyman hidane kapsamında annelerinde kalmaları gerekmesine rağmen çocukları kendi himayesine istemiştir. Bu durum üzerine çocukların, babalarına nisbetle Müslüman kabul edilip annelerinden alınmalarına ve Müslüman olan babalarına verilmesine hükmedilmiştir.

Bu ve benzeri kayıtlarda çocukların yaşları küçükken hidane kapsamında annelerinin yanına, hidane süresi sona erince ise babalarının yanına gönderildiği, ancak her iki durumda da Müslüman olan ebeveynine tabiiyetle Müslümanlıklarına karar verildiği anlaşılmaktadır⁸³.

İkincisi ise küçük çocukların kendi kararları ile ihtidasıdır. 19. yy. başlarına kadar henüz baliğ olmasa da akli başında olan çocukların kendi rızaları ile ihtida etmeleri ve Müslüman olmaları kabul görmüştür. Bu husus arşiv kayıtlarından⁸⁴ anlaşılmaktadır⁸⁵. İlgili konuda en azından bir arşiv kadına yer vermek gerekmektedir. 1847 tarihli bir belgede⁸⁶, İngiltere Devleti'nden olan Yahudi tabiiyetine ait bir kişinin henüz baliğ olmayan küçük yaştaki oğlunun ihtida ettiği bilgisi yer almaktadır. Henüz baliğ olmayan bu çocuğun Müslümanlığının kabul edilmesi dikkat çekicidir.

Bu kayıtlar, özellikle 19. yy.'a kadar Osmanlı uygulamasının, birçok baskıya rağmen İslam hukukuna uygunluğu göstermektedir.

Ancak daha sonra küçük çocukların kendi iradeleri ile ihtidalarının kabulü hususunda farklı düzenlemeler ortaya çıkmıştır. İhtidanın kabulü için; baliğ olma, on yaşını doldurma, on beş yaşını doldurma gibi zamanla yükseltelen yaş sınırları belirlenmiştir⁸⁷. 19. yy. sonundan 1913 tarihine kadar Osmanlıda ihtida için buluş üst yaşı olan on beş yaş alt sınır olarak belirlenmiştir. On beş yaşından önce gerçekleştirilen din değiştirmeler, hukuk tarafından tanınmamıştır. Buluşdan önce din değiştirmenin sosyal, kültürel, ekonomik ve psikolojik nedenlerinin olduğu ifade edilmektedir⁸⁸. 1913 yılına kadar, buluşdan önce ihtida eden çocukların ihtidalarının, aileleri tarafından yapılan itirazlar (çocukların kandırıldığı veya zorla Müslüman yapıldığı) neticesinde reddedildiği ve çocukların ailelerine veya güvenli başka bir yere teslim edildiği Osmanlı arşiv kayıtlarında yer almaktadır⁸⁹. Bu minvalde çok sayıda kayıt bulunmaktadır⁹⁰. 1913 yılından sonra ise çocukların ihtidasının alt sınırı yirmi yaş (yirmiye doldurup yirmi birden gün almak) olarak belirlenmiştir⁹¹. Bu yaş sınırı buluşdan da yukarıda olduğu için dört mezhebin görüşünün de dışında bir uygulamaya başvurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumun temel sebebi Avrupa devletlerinin şiddetli baskısıdır. Osmanlı Devleti, bu şikayetler ve baskılar sonucunda çocukların ihtidası hususunda farklı düzenlemeler yapmak zorunda kalmıştır⁹².

Osmanlıda çocukların, anne-babalarına tabiiyetlerine göre dinleri belirlenmekte, bu durum yaşlarının küçük olmasından kaynaklanmaktaydı. Anne babalarına tâbi olan bu çocuklar, baliğ olduklarında ise istedikleri dini seçebilmekteydi⁹³. Bu durum özellikle Hanefi mezhebi görüşüne aykırıdır. Çünkü Hanefi mezhebine göre çocuklar, anne-babalarına tabiiyetle Müslüman oldukları durumda da daha sonra din değiştirmeleri halinde mürted olarak kabul edilmektedir.

Osmanlı uygulamasında ihtidada Hanefi mezhebine değil, Şafii mezhebinin görüşüne uygun bir yaklaşım sergilendiği çıkarımında bulunulabilir. Ancak bu konuda Şafii mezhebin görüşüne uygun olarak karar verildiğine dair açık bir ifadeye rastlamadık. Avrupalı Devletlerin Osmanlı'nın iç işlerine karışma bahanelerinden bir tanesi olarak ihtida meselesini kullandığı, Osmanlı'nın ise özellikle 20. yy.'da hakimiyetini kaybetmeye başladığı ve Avrupalı Devletlere karşı koyabilecek gücü kendisinde bulamadığı için zorunluluk dolayısıyla çocukların ihtidası hususunda İslam hukuku kurallarını net olarak tatbik edemediği ifade edilebilir.

⁸¹ İlgili örnekler için bkz. ASLAN, Halide: Tanzimat Döneminde İhtida (1839-1876), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s.90-109.

⁸² Başkanlık Osmanlı Arşivi Sadaret Mektubi Kalemî Evrakı (BOA, A.}MKT.): Defter Gömlek No: 91/39, H.13.08.1263.

⁸³ ASLAN, s.90-97. Hak sahibinin dinin, hidane hakkına etkisine dair detaylı bilgi için bkz. ATASOY, İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidane.

⁸⁴ Bu husus hakkındaki örnek arşiv belgeleri için bkz. ASLAN, s.90-109.

⁸⁵ DERİNGİL, Selim: 19. Yüzyıl Osmanlı Devleti'nde İhtida ve İrtidat, İletişim Yayinevi, İstanbul, 2021, s.82-94; ASLAN, s.97-109.

⁸⁶ Başkanlık Osmanlı Arşivi Hariciye Nezareti Mektubi Kalemî (BOA,HR.MKT.): Defter Gömlek No: 18/18, H.23.05.1263.

⁸⁷ DERİNGİL, s.82-94; ASLAN, s.97-109.

⁸⁸ Ancak, temyiz kudretine sahip ve akli başında olmasına rağmen henüz buluşa ermeyen bir çocuğun İslam'ın geçerli olduğu görüşünde olan imamlarımızın görüşleri dikkate alındığında sebepleri bunlarla sınırlandırmamak ve asıl sebebin gerçek bir ihtida ve hidayet olabileceğini ifade etmek gerekir.

⁸⁹ KOCAOĞLU, Burak: "Osmanlı Devleti'nde Çocukların İhtida Meselesi (1886-1914)", History Studies, 12(3), 2020, s.789-805.

⁹⁰ İlgili örnekler için bkz. KOCAOĞLU, s.789-805.

⁹¹ Başkanlık Osmanlı Arşivi Dahiliye Nezareti Hukuk Müşavirliği Evrakı (BOA, DH.HMS): Defter Gömlek No: 13/49, H.13.09.1331; DERİNGİL, s.93, 94; ŞAHİN, Bilgehan: Osmanlı'da İhtida Hareketleri (1900-1922), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2022, s.47-56.

⁹² KOCAOĞLU, s.789-805; ŞAHİN, s.49-67.

⁹³ ASLAN, s.95.

C. Osmanlı Uygulamasında Çocukların İrtidatı (Osmanlı Sakk Kayıtları ve Mahkeme Kayıtları Kapsamında)

Osmanlı uygulaması kapsamında kadı sicilleri ve sakk kitaplarında çocukların irtidadına ilişkin olan az sayıda kayda ulaşıldık. Bu kapsamda İstanbul kadı sicilleri, Diyarbakır kadı sicilleri, Konya kadı sicilleri ve mühimme defterlerinden bazı kayıtlar incelenmiştir. Bu sicil ve defterlerde mürtedlere yönelik çok sayıda hükme ulaşılsa da çocukların irtidatı ve bunun sonuçlarına ilişkin çok az sayıda örneğe ulaşıldık. Bu örneklerden konumuzla doğrudan ilişkili olan ve dikkat çekici nitelik taşıyan tek bir kayda ulaşıldık. Çalışmamızda İstanbul mahkemesinde yer alan bu kayda ve bunun değerlendirmesine yer verdik. Ayrıca sakk kitaplarından; Tuhfetü's-Sukuk, Camiu Envari's-Sukuk, Bedayiu's-Sukuk ve Dürrü's-Sukuk isimli dört kitap incelenmiştir. Bunlardan Bedayiu's-Sukuk isimli kitaptan bir tane, Dürrü's-Sukuk isimli kitaptan da bir tane örneğe ulaşıldık. Bu örneklerle ve değerlendirmelerine yer verdik.

Dürrü's-Sukuk isimli sakk kitabında yer alan ve çocuğun anasına tabiiyetle irtidatı hususunda olan kayıt şöyledir:

“Maruz-ı dâi-i keminelidir ki bundan akdem şeref-i İslam'la müşerrefe olduğu ihbar-ı sikat ile müteahakkık olan Sofya nam mühtediye meclis-i şer'î münirde zevç-i sabık devlet-i âliye tebasının Yahudi milletinden Sabatay veled-i fülân muvacehesinde ben bi-hidayetillahi teala tarih-i ilamdan beş sene mukaddem şeref-i İslam'la müşerrefe olduğumda merhum Sabatay'ın firaşından hasil ve bundan mütevellid olup halen on üç yaşında olmakla mürâhik ve âkil ve mümeyyiz olan işbu hazır-ı bi'l-meclis oğlum Avram dahi bana tabiiyetle Müslim olmuş iken babası merhum Sabatay oğlum merhumun bana inkıyadına mümanaat etmekle kibel-i şer'den tembih olunmak matlubumdur diye dava ettik de merhum Sabatay dahi mümanaatını bade'l-inkar hazır-ı merhum Avram lede'l-istintak cevabında anası müddeiye-i merkume Sofya'nın şeref-i İslam'la müşerrefe olduğu tarihte kendisi sağır bulunduğunu ve işbu tarih-i ilamdan iki ay mukaddem hadd-i buluğa vasil olduğunu ikrar ve itiraf ma'azallahu teala Yahudi dininde ısrarıyla irtidadını izhar etmeğin mucibince hazır-ı merhum Avram anası mühtediye-i merkume Sofya'ya tabiiyetle şeran müslim olup İslam'dan ibâ etmekle İslam'a gelinceye değin şeran hapsini iktiza eylediği tescil ve İstanbul Bab Mahkemesinden huzur-ı âlilerine ilam olundu.”⁹⁴

Söz konusu sakk kaydına göre Sofya isimli bir kadın beş sene önce ihtida ederek Müslüman olmuştur. Sabık kocası olan Sabatay isimli Yahudi ile nikah akitleri feshedilmiştir. Bu bilgi her ne kadar kayıta yer almasa da kadının ihtidatı ile beraber kocanın gayrimüslim olarak kalmakta ısrarı sonucu nikah akdinin feshedilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Yahudi Sabatay ile eski karısı Sofya'nın Avram isimli çocukları on üç yaşında akıllı ve mürâhiktir. Yani mümeyyiz çocuktur. Hanefi mezhebi görüşüne göre çocuk, ana ve babadan hayırlı olana tabi olur. Bu sebeple söz konusu olayda da Avram, annesine tabi olarak Müslüman hükmünde kabul edilmiştir. Sabatay; oğlunun, anasına tabi olarak Müslüman olmasına karşı çıktığı için Sofya, Sabatay'a dava açmıştır. Sabatay bu iddiaları reddetmiştir. Avram ise annesinin ihtida ettiği tarihte kendisinin küçük olduğunu (kayıttan anlaşıldığı kadarıyla Avram sekiz yaşında iken annesi ihtida etmiştir), davadan iki ay önce kendisinin baliğ olduğunu ve Yahudi olmakta ısrar ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme ise Avram'ın, annesine tabiiyetle Müslüman olup daha sonra İslam'dan çıktığını bu sebeple İslam'a dönene kadar hapiste tutulması gerektiğine karar vermiştir. Çocuk tabiiyet yoluyla Müslüman olduğu ve baliğ olduktan sonra Müslüman olduğuna dair bir ikrarı bulunmaksızın irtidat ettiği için Hanefi mezhebi görüşüne uygun olarak İslam'a dönene kadar zorlanması ve hapiste tutulmasına karar verilmiştir. Mürtedin hükmü olarak ölümüne karar verilmemiştir. Eğer baliğ olduktan sonra İslam'ını ikrar edip daha sonra irtidat etmiş olsaydı, İslam'a dönmesi teklifinden sonra ölüm cezası verilebilirdi. Ancak tabiiyet yoluyla Müslümanlığına hükmedilme hususu bu durumun istisnasını teşkil etmiştir.

Bedayiu's-Sukuk isimli sakk kitabında yer alan ve çocukların irtidadına ilişkin olan kayıt şöyledir:

“Tarih-i ilamdan dört sene mukaddem şeref-i İslam'la müşerref olduğu sikat-ı ihbarlarıyla müteahakkık olan Aişe nam mühtediye meclis-i şer'de zevç-i sabıkı Avram nam Yahudi muvacehesinde ben bi-hidayetillahi teala işbu tarihten dört sene mukaddem şeref-i İslam ile müşerrefe olup ve zevcim merhumun firaşından hasil ve benden mütevellid ve halen on iki yaşında olmakla mürâhik ve âkil ve mümeyyiz olan işbu sağır oğlum Celbun dahi bana tabiiyet ile Müslim olmuş iken babası mezbur mümanaat etmekle mümanaati men olunmak matlubumdur diye dava mürâhik-i merhum Celbun dahi cevabında anası mezburenin tarih-i merhumda şeref-i İslam ile müşerrefe olup ve tarih-i merhumda sağır bulunduğunu ve ancak işbu tarihten altı ay mukaddem hadd-i buluğa baliğ olduğunu ikrar ve ma'azallah Yahudiyetinde ısrar ile irtidadını izhar eylemeğin mucibince merhum Celbun, anası mühtediye-i mezbureye tabiiyet ile şeran Müslim olup İslam'dan ibâ etmekle İslam'a cebri iktiza eylediği huzur-ı âlilerine ilam olundu.”⁹⁵

Söz konusu sakk kaydına göre Aişe isimli kadın ihtida etmiştir. Ancak kocası Müslüman olmadığı için evlilikleri feshedilmiştir. Aişe'nin, Yahudi olan eski kocası Avram'dan olan oğlu Celbun Aişe'ye tabiiyetle Müslüman kabul edilmiştir. Çünkü baliğ olmadan önce çocuklar, din bakımından ebeveyninin hayırlısına tabi olurlar. Avram ise oğlunun Müslüman olarak yaşamasına engel olmuştur. Aişe, eski kocasının bu konudaki müdahalesinin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurmuştur. Durum Celbun'a sorulduğunda Celbun, henüz altı ay önce baliğ olduğunu, daha önce baliğ olmadığından Müslümanlığının kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Yahudi olarak baliğ olduğu için mürted hükmünde olmaması gerektiğini iddia etmiştir. Ancak mahkeme Celbun'un, annesi Aişe'ye tabiiyetle Müslüman olduğu, bu

⁹⁴ ÇAVUŞZADE MEHMET AZİZ, Dürrü's-Sukuk, Dârü't-Tıbbâti'l-Âmire, İstanbul, 1277, C.1, s.118.

⁹⁵ ŞANIZADE, Bedayiu's-sukuk (Sakk-i Şanizade), Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zev'i ş-şukuk (Sakk-i Cedid) Hamişinde, Matbaa-i Ahmed Kamil, İstanbul, 1329, s.88, 89.

sebeple de yeniden İslam'a dönmesi için cebredileceği yönünde karar vermiştir. Hanefi mezhebi görüşüne uygun olarak verilen kararda Celbun'un baliğ olmasına rağmen öldürülebileceğine ilişkin bilgi verilmemiştir. Çünkü çocukken tabiiyet yoluyla Müslüman kabul edilenler mürted olarak baliğ olduklarında buluş öncesi Müslümanlıklarında şüphe olduğundan dolayı öldürülmezler. Ancak baliğ olduktan sonra Müslümanlığını ikrar edip daha sonra irtidat edenler ise İslam'a dönme teklifini reddetmeleri durumunda öldürülebilirler.

İstanbul Mahkemesinde yer alan bir kayıt mümeyyiz küçüklerin irtidatına ve bunun sonucuna yönelik uygulamaya dair önemli bilgiler ihtiva etmektedir. İlgili kayıt şu şekildedir:

“Kıbtî taifesinden Mühtedi Ömer nam kimesne meclis-i şer’-i hatir-i lazımu’t-tevkird e sulbi oğlu Dimo nam sağır hazır olduğu halde ben ehl-i zimmetten iken tarih-i ilamdan iki sene mukaddem bi-inayettillah-i teala şeref-i İslam ile müşerref olduğumda oğlum sağır-i merkum dokuz yaşında olup bana tabiiyet ile İslam’ına şeran hükmolunmağın merkumu taaallüm-i din ve Kur’an için terbiye murad eylediğim bana itaatten imtina eder diye eylediği bi’l-cümle takrir-i meşruhunu oğlu sağır-i mezbur tasdik ve hala on bir yaşında olup mümeyyiz ve âkil olmakla İslam ve irtidatı sahih olup lakin İslam’ı ikrardan imtina ile mürted olup ve İslam, babasına tabiiyet ile olmakla bade’l-buluğ ancak haps ile İslam’a cebr olunmak iktiza etmeğın sağır-i merkum bade’l-buluğ İslam’a cebr ve habs olunmak üzere el-hâletü hâzihî li-ecli’l-hıfz Kıbtıyan Cizyedarı Osman Ağa’ya teslim olunup firar edecek olur ise hapse izin verildiği İstanbul Mahkemesi’nden huzur-ı âlilerin ilam olundu.”⁹⁶

Söz konusu mahkeme kaydına göre önceden Kıptı var zimmî olan kişi daha sonra ihtida ederek Ömer adını almıştır. Ömer’in Dimo isminde bir oğlu vardır. Dimo, babası Müslüman olduğunda dokuz, mahkemeye başvurulduğunda ise on bir yaşındadır. Ömer, oğlunun mümeyyiz küçük olduğunu ve bu sebeple de kendisine tabi olarak Müslüman olması gerektiğini ifade etmiştir. İslam dinini ve Kur’an-ı Kerim’i oğluna öğretmek ve onu İslam ile terbiye etmek istediğinde oğlunun kendisine itaat etmediğini ve irtidat ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme öncelikle, mümeyyiz çocukların Müslümanlığının ve irtidatının geçerli olduğunu ifade ederek Hanefi mezhebi görüşüne muvafık bir bilgi vermiştir. Çocuğun buluşdan sonra İslam’a cebredilmesi gerektiğine ve bu sebeple hapsedilebileceğine karar vermiştir. Ancak bu çocuğun tabiiyet dolayısıyla Müslüman olması sebebiyle, baliğ olduktan sonra dahi irtidat fiili cezası olarak ölümüne karar verilemez. Henüz baliğ olmayan çocuğun baliğ olana kadar işe güvenilir bir kişi olan cizyedar Osman Ağa’nın yanında muhafaza edilmesi ve firara teşebbüs etmesi durumunda baliğ olması beklenmeden hapsedilmesi kararı verilmiştir. Çocuğun baliğ olana kadar bir kişinin yanında muhafaza edilmesi, çocuklar için verilen güvenlik tedbiri kapsamında değerlendirilebilir.

IV. SONUÇ

Mümeyyiz çocukların (temyiz gücüne sahip ancak henüz baliğ olmayan çocukların) Müslümanlığı ve irtidatı hakkında üç farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre bu çocukların hem Müslümanlıkları hem de irtidatları geçerlidir. İkinci görüşe göre bu çocukların Müslümanlıkları geçerli ama irtidatları geçersizdir. Üçüncü görüşe göre bu çocukların hem Müslümanlıkları hem de irtidatları geçersizdir. Gayrı mümeyyiz çocukların (temyiz kudretine de sahip olmayan çocukların) ise Müslümanlıklarının da irtidatlarının da geçersiz olduğu hususunda mezhepler arasında ittifak vardır. Ebu Hanife ve İmam Muhammed’e göre mümeyyiz çocukların Müslümanlığı da irtidatı da geçerlidir. Farklı rivayetler olmakla beraber tercih edilen rivayete göre Malikiler ve Hanbeliler de Ebu Hanife ile aynı görüştedir. İmam Şafii ve Züfer’e göre baliğ olana kadar çocukların Müslümanlığı da irtidatı da geçerli değildir. Ebu Yusuf’a göre ise buluşdan önce çocukların Müslümanlığı geçerli iken irtidatları geçerli değildir. Bu konuda çocukların hakları ve günümüzde uygulama bakımından Ebu Yusuf’un görüşünün daha isabetli olduğu ifade edilebilir. Bir rivayette Ebu Hanife’de Ebu Yusuf ile aynı görüştedir.

Mürted çocuk baliğ olmadan önce ona irtidat dolayısıyla ölüm cezası verilemez. Bu konuda ittifak vardır. Mürted çocuk baliğ olduğunda ise Hanefilere göre tabiiyetle Müslüman kabul edilip daha sonra irtidat etmesi durumunda yine ölüm cezası verilmez. Ancak hapis ve benzeri yöntemlerle İslam’a cebredilir. Henüz baliğ olmadan, başkasına tabiiyetle değil kendi kararı ile Müslüman olan bir çocuğun irtidat etmiş olarak baliğ olması durumunda kıyas gereği bu kişi irtidatın cezası olarak öldürülür. İstihsanen ise öldürülmez. Çünkü bu çocuğun buluşdan önceki inancının (Müslümanlığının) geçerli olup olmadığı hususunda farklı içtihatlar vardır. Bu konudaki şüphe de ölüm cezasını düşürür. Ancak bu kişi baliğ olduktan sonra da Müslüman olduğunu ikrar ederse veya karine olarak Müslüman olduğu belli olursa ve daha sonra irtidat ederse bu durumda öldürülür.

Osmanlı uygulamasında çocukların irtidatına etkisi bakımından çocukların ihtidasında geçerli hükümler incelendiğinde; Hanefi mezhebine değil, Şafii mezhebinin görüşüne kısmen daha yakın bir yaklaşım sergilendiği çıkarımında bulunulabilir. Ancak bu konuda Şafii mezhebinin görüşüne uygun olarak karar verildiğine dair de açık bir ifadeye rastlanmamıştır. 19. yy.’a kadar çocukların kendi kararları ile ihtidası hususunda bir yaş sınırı bulunmamasına rağmen 19. yy.’ın ortalarından sonra önce on beş, 20. yy.’ın başlarında ise yirmi yaşından önce kendi kararı ile ihtida edenlerin ihtidalarının geçerli kabul edilmemeye başlanması dikkat çekmektedir. Avrupalı Devletlerin Osmanlı’nın iç işlerine karışma bahanelerinden bir tanesi olarak ihtida meselesini kullandığı, Osmanlı’nın ise özellikle 20. yy.’da hakimiyetini kaybetmeye başladığı ve Avrupalı Devletlere karşı koyabilecek gücü kendisinde bulamadığı için zorunluluk dolayısıyla

⁹⁶ İstanbul Kadı Sicilleri 80 İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 1201-1203/M. 1786-1787), ed. Yılmaz, Coşkun, İstanbul: Kültür AŞ, 2019. Hüküm No: 198, C.80, s.191.

çocukların ihtidası hususunda İslam hukuku kurallarını net olarak tatbik edemediği ifade edilebilir.

Osmanlı dönemi fetva kitapları, sakk kitapları ve mahkeme kayıtlarından anlaşıldığına göre çocukların irtidadı ve bu durumun sonuçları hususunda Hanefi mezhebine uygun olarak fetva ve kararların verildiği ifade edilebilir. Gerek fetva gerek sakk kitaplarındaki bilgiler Hanefi mezhebi görüşüne muvafaktır.

KAYNAKÇA

- ASLAN, Halide: Tanzimat Döneminde İhtida (1839-1876), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- ATASOY, Samed: İslam ve Osmanlı Hukukunda Hidane, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- AVCI, Mustafa: Osmanlı Ceza Hukuku (II) Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AVCI, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- BARDAKOĞLU, Ali: “Bulûğ”, DİA, C.6, s.413-414.
- BARDAKOĞLU, Ali: “İstihsan”, DİA, C.23, s.339-347
- Başkanlık Osmanlı Arşivi Dahiliye Nezareti Hukuk Müşavirliği Evrakı (BOA, DH.HMS): Defter Gömlek No: 13/49.
- Başkanlık Osmanlı Arşivi Hariciye Nezareti Mektuni Kalem (BOA, HR.MKT.): Defter Gömlek No: 18/18
- Başkanlık Osmanlı Arşivi Sadaret Mektubi Kalem Evrakı (BOA, A.İMKT.): Defter Gömlek No: 91/39.
- BEROJE, Sahip: Farklı Bakış Açılımlarıyla İrtidat Suçu ve Cezası, Fecr, Ankara, 2017.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1991.
- BUHÂRÎ, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâil b. İbrâhîm el-Cu'fî, Sahîh-i Buhârî, Dâru tavkî'n-necât, Beyrut, 1422.
- CEZİRÎ, Abdurrahman b. Muhammed b. İvaz: el-Fıkıh ale'l-Mezâhibi'l-Erba'a, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1424/2003.
- CİN, Halil/AKGÜNDÜZ: Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2017.
- CİN, Halil/AKYILMAZ: Gül: Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya, 2019.
- ÇAVUŞZADE MEHMET AZİZ, Dürrü's-Sukuk, Dârü't-Tıbbâti'l-Âmire, İstanbul, 1277.
- DALGIN, Nihat: “Mürâhik”, DİA, C.32, s.40-41.
- DAMAD, Abdurrahman b. Muhammed b. Süleyman Şeyhizade: Mecmau'l-Enhur fi Şerhi Mülteka'l-Ebhur, Darul İhyâit Terâsil Arabî, ty.
- DERİNGİL, Selim: 19. Yüzyıl Osmanlı Devleti'nde İhtida ve İrtidat, İletişim Yayınevi, İstanbul, 2021.
- DÖNDÜREN, Hamdi: Delilleriyle İslam Hukuku (Şahıs, Aile ve Çözümlü Miras), Konya, 1977.
- EBÜ DÂVÜD, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak es-Sicistânî el-Ezdî, Sünen-i Ebî Dâvüd, Tahkik: Şuayb Arnavut vd., Dâru'r-Risâleti'l-Âlemiyye, 2009.
- EBU ZEHRA, Muhammed: İslam Hukukunda Suç ve Ceza (I), Çev. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi, İstanbul, 1994.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra: Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Fetâvâyi Hindiyeye, Çev. Mustafa Efe, Akçağ Yayınevi, Ankara, 1999.
- HALEBÎ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim: Mülteka'l-ebhur, Çev. Mustafa Uysal, İstanbul, 1973.
- İBN ABİDİN, Muhammed Emin: Reddül-Muhtar Ale'd-Dürrü'l-Muhtar, Çev. Ahmed Davudoğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1982.
- İBN KUDÂME, Muvaffakuddîn Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Makdisî el-Cemmâilî: el-Muğnî, Tahkik: Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki, Abdulfettah Muhammed el-Hulv, Daru Âlemu'l-Kutub, Riyad, 1417/1997.
- İBN MÂCE, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvîni, Sünen-i İbn Mâce, Tahkik: Muhammed Fuâd Abdülbâkî, Daru'l-İhyau'l-Kütübi'l-Arabiyye – Faysal İshâ el-Bâbî el-Halebî, 1431.
- İBN MANZÛR, Ebu'l-Fazl Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem b. Ali el-Ensârî: Lisânü'l-Arab, Dâru Sâdır, Beyrut, 1414.
- İBN RÜŞD, Ebû'l-Velfîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî: Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, Daru'l-Hadis, Kahire, 1425/2004.
- İBNÜ'L-HÜMÂM - KADIZÂDE, Ahmed Şemseddin Kemaleddin Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamid es-Sivâsî el-İskenderî: Fethü'l-Kâdir ale'l-Hidaye, Netâ'icü'l-Efkar fi Keşfi'r-Rumûz ve'l-Esrâr (Tekmilâtü'l-Fethu'l-Kâdir), Daru'l-Fikr, Lübnan, 1389/1970.
- İNCE, İrfan: “Ridde”, DİA, C.35, s.88-91.
- İstanbul Kadı Sicilleri 80 İstanbul Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 1201-1203/M. 1786-1787), ed. Yılmaz, Coşkun, İstanbul: Kültür AŞ, 2019.
- KARAMAN, Hayreddin: Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KÂSÂNÎ, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî el-Hanefî: Bedâ'i'u's-Sanâ'i' fi Tertibi's-Şerâ'i', Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1406/1986.
- KOCAOĞLU, Burak: “Osmanlı Devleti'nde Çocukların İhtida Meselesi (1886-1914)”, History Studies, 12(3), 2020, s.789-805.
- KÖSE, Murtaza: İslam Kamu Hukuku Konusu Olarak İrtidat ve Mürtedin Hükümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1991.
- MERGİNÂNÎ, Ebu'l-Hasan Burhânüddîn Ali b. Ebi Bekr b. Abdilcelil el-Fergânî: el-Hidâye fi Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedî, Tahkik: Tellal Yusuf, Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut, ty.
- MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmûd: el-İhtiyar li- Ta'lîlî'l-Muhtar, Çev. Ahmet Oğuz, Mustafa Bülent Dadaş vd., Nuh Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- MOLLA HÜSREV, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali: Dürerü'l-Hükkâm Şerhi Gürerü'l-Ahkâm, Daru İhyai'l-Kütübi'l-Arabiyye, ty.
- NETİCETÜ'L FETAVA (Şeyhülislam Fetvaları), Der. es-Seyyid Hafız Mehmed b. Ahmed el-Gedusi, Haz. Süleyman Kaya, Betül Algın vd., Klasik Yayınevi, İstanbul, 2014.
- SERAHSÎ, Ebu Bekr Şemsü'l-Eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed: el-Mebsût, Daru'l-Maruf, Beyrut, 1414/1993.
- ŞAHİN, Bilgehan: Osmanlı'da İhtida Hareketleri (1900-1922), Yayınlanmamış Doktora Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sivas, 2022.
- ŞANİZADE, Bedayiu's-sukuk (Sakk-i Şanizade), Camiu envari's-sukuk ve lamiu'z-ziyai li zevi's-şukuk (Sakk-i Cedid) Hamişinde, Matbaa-i Ahmed Kamil, İstanbul, 1329.
- ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdullah eş-Şevkânî el-Yemenî: Neylü'l-Evtâr, Tahkik: İsmâeddin Sabbabetî, Daru'l-Hadis, Mısır, 1413/1993.

- ŞEYH BEDREDDİN: et-Teshil, Şerhu Letaifi'l-İşarat (Letaifi'l-İşarat Şerhi), Ed. Apaydın, Hacı Yunus, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Ankara, 2012.
- ŞEYHÜLİSLAM ÇATALCALI ALİ EFENDİ: Fetava-yı Ali Efendi, Açıklayan: H. Necati Demirtaş, Kubbealtı Yayınevi, İstanbul, 2014.
- ŞEYHÜLİSLAM YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ: Behcetü'l- Fetava, Haz. Süleyman Kaya, Betül Algin vd., Klasik Yayınevi, İstanbul, 2011.
- ŞİRBİNÎ, Şemseddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb eş-Şîrbînî eş-Şafîi: Muğni'l-Muhtâc, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1415/1994.
- TİRMİZÎ, Ebû İsâ, Muhammed b. İsâ b. Sevre b. Musa b. Dahhâk, Sünen-i Tirmizi, thk. Ahmed Muhammed Şâkir ve Muhammed Fuâd Abdalbâki ve İbrahi Atvah, Mısır: Şirket-i Mektebe ve Matbaat-ı Mustafa el-Bâb-i Halebî, 1395/1975.
- UDEH, Abdulkadir: Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku (Özel Hükümler) (II), Ter. Ali Şafak, Kayıhan Yayınevi, İstanbul, 2012.
- ÜNAL, Mustafa: "Modern Hukuk ve İslâm Hukukunda İfade Özgürlüğü ve Dine Hakaret Noktasında Sınırlandırılması" Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2019, s.135-158.
- Vizâretü'l-Evkaf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye: el-Mevsûatü'l-Fikhiyye el-Kuveytiyye, Kuveyt, 1404-1427.
- ZEYDAN, Abdülkerim: İslam Hukukuna Giriş, Ter. Ali Şafak, Kayıhan Yayınevi, İstanbul, 2020.
- ZEYLAÎ, Fahreddîn Osmân b. Alî el-Hanefî: Tebyînu'l-Hakâik Şerhi Kenzi'd-Dekâik (Hâşiyetü's-şelebî ile birlikte), Matbatu'l-Kubrâ el-Emiriyye Bulak, Kahire, 1313.
- ZUHAYLÎ, Vehbe b. Mustafa: el-Fıkhü'l-İslami ve Edilletuhû, Daru'l-Fıkr, Dımaşk, ty.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Abdussamed ATASOY, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Abdussamed ATASOY, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA MARKANIN CİDDİ KULLANIMI

GENUINE USE OF TRADEMARK IN THE LIGHT OF JUDICIAL DECISIONS

Gül BÜYÜKKILIÇ*  

Makale Bilgi

Gönderi: 12/01/2024
Kabul : 30/06/2024

Anahtar Kelimeler

Markanın İptali,
Ciddi Kullanım,
Gerçek Kullanım,
Sembolik Kullanım,
Kaynak Gösterme
Fonksiyonu,
Pazar Payı.

Article Info

Received: 12/01/2024
Accepted: 30/06/2024

Keywords

Revocation of
Trademark,
Genuine Use,
Symbolic Use,
Token Use,
Function of Indicating
Origin,
Market Share.

Özet

10.21492/inuhfd.1418481 

Marka sahibinin en temel hakkı, markasını tescilli olduğu mal veya hizmetlerde kullanmaktır. Bu bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir zorunluluktur. Nitekim SMK m.9/1'de marka kullanım zorunluluğu düzenlenmiş ve diğer şartların yanı sıra markanın ciddi şekilde kullanılması aranmıştır. Kullanımın hangi durumlarda ciddi sayılacağı ve kullanımın ispatı için sunulabilecek bilgi ve belgelerin kapsamı ne ulusal ne de uluslararası mevzuatta açıklanmıştır. Bu noktada Avrupa Birliği ve Türk doktrini ve yargı kararları yol gösterici nitelik taşımaktadır. Bu çerçevede öne çıkan ilk kriter, markanın sembolik, göstermelik kullanımlarının dikkate alınmayacağıdır. Bir diğeri, markanın kaynak gösterme işlevine uygun kullanımının gerekli olmasıdır. Marka sahibinin kanıtlaması gereken diğer bir husus da markanın tescilde kayıtlı mal ve hizmetlere yönelik bir pazar payı geliştirmek veya korumak ve bu şekilde markadan ekonomik bir yarar elde etmek amacıyla, piyasayı etkileyecek yerlerde kullanıldığıdır. Söz konusu kriterler somut olayın koşullarına göre değerlendirilmeli ve bu değerlendirmede ilgili ekonomik sektörün şartları, ilgili mal veya hizmetin niteliği, piyasanın mevcut karakteristik özellikleri, ilgili işletmenin ticari iş hacmi ile satım ve dağıtım kanalları ve markanın kullanım derecesi ve sıklığı ve kullanım biçimi itibarıyla tüketicide yansıma bulup bulmadığı hususları bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Bu çalışma ile Türk ve AB yargı kararları ve doktrini ışığında ciddi kullanım kavramına ilişkin belirsizliğin giderilmesi amaçlanmaktadır.

Abstract

The most fundamental right of the trademark owner is to use its trademark on the goods or services for which it is registered. This is not only a right but also an obligation. As a matter of fact, Article 9/1 of the IPL regulates the obligation to use the trademark and requires, among other conditions, the serious use of the trademark. The conditions under which the use will be deemed genuine and the scope of the information and documents that can be submitted to prove the use are not explained in either national or international legislation. At this point, the European Union and Turkish doctrine and judicial decisions provide guidance. The first criterion that stands out in this framework is that symbolic, token uses of the trademark will not be taken into account. Another one is that the use of the trademark in accordance with its function of indicating the source is necessary. Another issue that the trademark owner must prove is that the trademark is used in places that will affect the market in order to develop or maintain a market share for the goods and services registered in the registration and to obtain an economic benefit from the trademark in this way. These criteria must be evaluated according to the circumstances of the concrete case, and in this evaluation, the conditions of the relevant economic sector, the nature of the relevant goods or services, the existing characteristics of the market, the commercial business volume and sales and distribution channels of the relevant enterprise, and the degree and frequency of use of the trademark and whether it is reflected in the consumer in terms of the way it is used should be taken into consideration as a whole. This study aims to clarify the ambiguity regarding the concept of serious use in the light of Turkish and EU judicial decisions and doctrine.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** BÜYÜKKILIÇ, Gül, "Yargı Kararları Işığında Markanın Ciddi Kullanımı", İnÜHFD, 15(1), 2024, s.267-277. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

One of the most important rights enjoyed by the registered trademark owner is the right to use the trademark. However, due to commercial concerns and preferences, as well as lack of knowledge and equipment, trademark owners register their trademarks in classes of goods and services that they do not and will not use in any way, and benefit from the protection provided by registration. In this context, various regulations have been introduced by national and international legislation in order for trademarks to find a place in commercial life effectively in different classes of goods and services.

The legislator has introduced a criterion for the use of the trademark and expressed this criterion with the concept of "genuine use". The purpose of introducing the requirement of genuine use is to prevent the use of the trademark in appearance and form, to prevent unfair protection of the trademark and to avoid cancellation due to non-use. In the preamble of the Article, genuine use is explained as use in Türkiye, in accordance with the functions of the trademark, within the scope of the designated purpose and in order to fulfill its functions.

Article 9 of the Law on Intellectual Property (IPL) explicitly mentions the criterion of genuine use; however, no clear determination has been made as to which actual situations will fulfill the aforementioned condition, other than the situations deemed as use. Both national and international legislation do not provide any criteria for the determination of genuine use, nor do they provide numerical criteria in this sense. In this respect, doctrine and court decisions play an important role in the determination of genuine use.

The concept of genuine use of a trademark is set forth in the AJAX decision of the Court of Justice of the European Union (CJEU) dated 11.03.2003. Accordingly, the CJEU ruled that the trademark should be used not only for symbolic purposes, but also for real use and for the protection of the rights arising from the registration, the trademark should be used in an actual way to guarantee the origin of the goods and services for which the trademark is registered, this use should not be an intra-enterprise use, but a use offered to the market, the relevant market characteristics should be examined, it should be examined whether it is aimed at commercial exploitation, and it should be aimed at creating market share or protecting or developing the existing one. In this direction, it is clearly stated in the CJEU's decisions that the trademark should be used for the purpose of providing economic benefit to the trademark owner in a way that is truly economic, competitive and at least capable of affecting market relations, and that many factors should be evaluated according to the concrete case, such as whether the trademark creates a market or protects market share.

As recognized by the CJEU in its repeated case-law, the use of a trademark must be genuine. The first criterion for a genuine use of a trademark is that the use should not be symbolic. This criterion is also emphasized in the preamble of the IPL. Another criterion is that the use is related to market share.

The use of a trademark in commercial life, in accordance with its function, and in particular its function of indicating a source, is not sufficient for it to be deemed to be used "genuinely" within the meaning of Article 9. The trademark proprietor must also prove that the mark is used where it affects the market, with a view to developing or maintaining a market share for the goods and services covered by the registration and thereby obtaining an economic benefit from the mark.

Another criterion is the use of the trademark in accordance with its functions. In this context, the CJEU has emphasized the origin function of the trademark. Accordingly, for a trademark to be used in accordance with its functions, it must be used as a sign indicating the commercial origin of a good or service. The indication of origin function, together with the distinctive function, depicts the essential functions of a trademark. On the other hand, quality, advertising, guarantee and communication functions, which a trademark does not have to have from the beginning and can be acquired later, are not necessarily reflected in the use.

In order to determine whether these conditions are met, all the data in the concrete case should be carefully evaluated. Accordingly, some objective criteria specific to the concrete case, such as the size of the enterprise where the trademark is used, the buyer environment, the type, quality, quantity, price, sales price of the goods, the use of the trademark in terms of creating a market or protecting the existing market share, the market turnover, the characteristics of the market, the duration, scope, frequency and form of use in terms of the relevant goods and services are taken into consideration. It should also be noted that there is a mutual interaction between these factors.

I. GİRİŞ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu¹ (“SMK” ya da “Kanun”) m.7/1’e göre markaya ilişkin koruma tescille sağlanmaktadır. Tescil, üçüncü kişilerin markaya tecavüzünü bertaraf edebilmek ve markayı onların kullanımına inhisar edebilmek için marka sahibine tanınan tekel hakkının temelini oluşturmaktadır². Tekel hakkının sağladığı bu korumadan yararlanabilmek için markanın tescil edilmesi yeterli olsa da bu hakkın sonradan iptal yaptırımına konu edilmemesi için SMK’da öngörülen şartlarda kullanılması gerekmektedir³.

Marka sahiplerine tanınan bu tekel hakkı, kullanma niyeti olmaksızın yalnızca daha geniş koruma alanı elde etmek amacıyla çok sayıda marka tescili talebinde bulunulmasına, böylece birçok işaretin (kullanılmasa dahi) erişilebilirliğinin kısıtlanmasına ve giderek “marka feodalleri” nin doğmasına neden olmuştur⁴. Tescil edilmiş fakat uzun süredir kullanılmayan markalar sebebiyle marka sicili bir “marka deposuna⁵/mezarlığına⁶” dönüşmüş, bu durum piyasadaki rekabetin de önemli ölçüde bozulması tehlikesini beraberinde getirmiştir⁷. İşte bu durumun önüne geçilebilmesi amacıyla SMK m.9/1 hükmü ile tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verileceği öngörülmüştür⁸.

Bu çerçevede, marka zorunluluğunun yerine getirildiğinin kabulü için gereken şartlardan biri söz konusu kullanımın ciddi nitelik taşımasıdır. Ciddi kullanım kavramı mehz düzenleme olan 2015/2436 sayılı Marka Direktifi’nde⁹ “genuine use” (gerçek kullanım) olarak geçerken, SMK m.9’un gerekçesinde bu kavramın “ciddi biçimde kullanım” olarak çevrilebileceğine işaret edilmiştir¹⁰.

Ciddi kullanım şartının getirilmesinin amacı, görünüşte kullanımların önüne geçerek markanın kullanmama nedeniyle iptal edilmesinden kaçınılmasını ve böylece haksız yere korunmasını engellemektir. Ciddi kullanımdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Türk hukukundaki tek yol gösterici düzenleme SMK m.9 hükmünün gerekçesidir. Bunun dışında gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuatta ciddi kullanımın tespiti için herhangi bir ölçüt bulunmadığı gibi bu anlamda sayısal ölçütler verilmekten de kaçınılmaktadır. Bu çalışmada Türk ve AB yargı kararları ve doktrini ışığında ilk olarak ciddi kullanıma ilişkin kriterler tespit edilmeye çalışılmış, ardından kullanımın ispatında başvurulabilecek kanıtlar detaylı olarak ele alınarak ciddi kullanım kavramına ilişkin belirsizliğin giderilmesi amaçlanmıştır.

II. CİDDİ KULLANIMA İLİŞKİN KRİTERLER

A. Sembolik Kullanım Olmama Kriteri

Ciddi kullanımdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Türk hukukundaki tek yol gösterici düzenleme SMK m.9 hükmünün gerekçesidir. Gerekçeye göre “sırf üçüncü kişilerin markayı iptal ettirmesini önlemek amacıyla, markanın evraklar veya ilanlar aracılığıyla kullanılması ve benzeri durumlar madde kapsamında kullanım olarak mütalaa edilmeyecektir.” Söz konusu kullanım hâlleri sınırlayıcı sayıda değildir¹¹; dikkat edilmesi gereken, söz konusu fiillerin markanın iptal yaptırımına maruz kalmasını engellemek amacıyla özgülenmesidir¹². Bu çerçevede kullanımın sembolik düzeyde kaldığı durumlarda ciddi kullanımdan

¹ RG: 01.01.2017, 29944.

² YASAMAN, Hamdi/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya/MEMİŞ KARTAL, Pınar/YÜKSEL, Sinan H./YASAMAN, Zeynep: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, Cilt 1, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021, s.2016; DİRİKKAN, Hanife: “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1998, s.219; SULUK, Cahit/KARASU, Rauf /NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.4-5. Serbest piyasa ekonomisini kabul eden sistemlerde markaların kanuni bir tekel oluşturduğu ve bu nedenle marka ticaretine konu edilmemesi gerektiği yönünde bkz. KAYA, Arslan: “Kullanmama Sebebi ile Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.375.

³ DİRİKKAN, s.219; BİLGİLİ, Fatih: “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, TBB Dergisi, (74), 2008, s.29.

⁴ KOÇAK, Mahmut Arif: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 155. Maddesi Karşısında Marka Tescili Üzerine Düşünceler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2020, s.305.

⁵ YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN, s.2015.

⁶ DİRİKKAN, s.222-223.

⁷ Kullanılmayan markaların sicilden silinmesinde “kamu yararı” olduğu, zira sicilın resmi sicil olarak doğruluğunun güvence altına alınmasının ancak bu temizlenme ile sağlanabileceği yönünde bkz. DİRİKKAN, s.223; SEKMEN, Orhan: Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2016, s.205.

⁸ Mülga 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 14. maddesinde ciddi kullanıma ilişkin bir belirleme yapılmamış olup, markanın kullanılmamasını hükümsüzlük yaptırımına bağlayan 42. maddede 5 yıllık hoşgörü süresinden sonra ve dava açılmadan önceki kullanımların ciddi olması durumunda da kullanım zorunluluğunun yerine getirilmiş sayılacağı kabul edilmiştir. SMK öncesi dönemde doktrin ve içtihatlara bakıldığında kullanımın ciddi olması gerektiği konusunda hemfikir olunduğu söylenebilir. Konuya ilişkin inceleme ve değerlendirmeler için bkz. YÖRDEM, Yılmaz: “Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(33), 2015, s.123-142. Ayrıca bkz. SÖNMEZ, Numan Sabit: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76(1), 2018, s.279-280.

⁹ OJ L 336/1, 23.12.2015 (2015/2636 sayılı Marka Direktifi).

¹⁰ Her ne kadar “ciddi kullanım” ifadesi uygulamada ve öğretilerde Türkçe literatüre yerleşmiş ise de madde metninde geçen “ciddi” sözcüğünün, AB mevzuatında kullanılan ve “gerçek kullanım” anlamına gelen “genuine use” terimiyle uyumlu olmadığına da altı çizilmelidir. Aynı yönde bkz. ÇOLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s.1251. Türk doktrin ve yargı kararlarıyla uyumlu olması amacıyla bu çalışmada “ciddi kullanım” ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir.

¹¹ ÇAĞLAR, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015 (Temel Esaslar), s.93.

¹² Gerekçede sözü edilen kullanımın esasen “markasal kullanım” olarak nitelendirilebileceği yönünde bkz. ÇAĞLAR, Hayrettin: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m.14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1), 2017, (Hukuki Etkiler), s.6.

bahsetmek mümkün olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, ekonomik olarak fayda sağlamayan ve sadece görünürde marka kullanımı ciddi kullanım teşkil etmeyecektir¹³.

SMK m.26/4 hükmü de sembolik kullanımların dikkate alınmaması yönündeki yaklaşımı destekler niteliktedir. Nitekim maddeye göre, marka için öngörülen beş yıllık kullanım süresinin dolması ile kullanmama sebebiyle iptal talebinin Kurum'a sunulduğu tarih arasında, markanın ciddi biçimde kullanılmış olması hâlinde m.9/1 düzenlemesine ilişkin iptal talepleri reddedilir. Ancak hükmün devamında iptal talebinde bulunulacağı düşünülerek kullanım gerçekleşmişse talebin Kurum'a sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanımların dikkate alınmayacağı düzenlenerek iptal yaptırımını bertaraf etmek amacıyla yapılacak göstermelik kullanımlar kapsam dışı bırakılmıştır.

Markanın sadece sembolik, göstermelik (*token use*) değil, gerçek ve tescilden doğan hakların korunması için kullanılması gerekliliği, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) ciddi kullanım kavramını detaylı şekilde incelediği *Ajax* kararında da vurgulanan kriterlerden biridir¹⁴. Bu çerçevede çok az sayıda üretim veya satış yapılması, göstermelik olarak broşür¹⁵ ve katalog bastırılması ciddi nitelikte kullanım teşkil etmez¹⁶. Aynı sonuç, potansiyel müşterilerle e-posta alışverişi yapılması¹⁷, bir alan adının rezerve edilmesi ve bir internet sitesinin kurulması¹⁸, marka sahibi ile marka temsilcileri ve distribütörler arasındaki yazılı iletişim¹⁹, pazarlama kampanyalarının hazırlanması²⁰, dağıtımlarının kanıtı olmaksızın ürün kataloglarının varlığı²¹, tesislerin kurulması²², etiketlerin basılması ve kapların üretimi²³ için de geçerlidir.

Bu çerçevede, markanın ciddi kullanımı için öngörülen kriterlerden ilki, ortaya çıkacak olumsuz hukuki sonuçları bertaraf edebilmek amacıyla gerçekleştirilen kullanımları devre dışında bırakma amacıyla öngörülmüştür. Yukarıda zikredilen örnekler, başkaca veri olmaksızın markanın sadece bahsi geçen şekillerde kullanıldığı hâller olup, böyle bir durumda sembolik kullanımın mevcut olduğu kabul edilmektedir. Ancak aşağıda detaylı olarak incelendiği üzere, diğer kriterle bir bütün olarak yapılan değerlendirmede markanın ciddi olarak kullanıldığı yönünde bir sonuca ulaşılması da mümkündür.

B. Piyasaya İlişkin Kullanım Kriteri

Ciddi kullanımın söz konusu olabilmesi için bir diğer kriter, kullanımın teşebbüs içi kullanım değil, piyasaya ilişkin bir kullanım olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, kullanım, bu marka tarafından korunan mal veya hizmetler için "piyasada" olmalıdır²⁴.

ABAD, *Ajax* kararında markanın ancak pazar payı oluşturmak ya da var olanı korumak ya da geliştirmek amacı taşıması durumunda ciddi kullanımın söz konusu olacağına hükmetmiştir²⁵. Yine konuya ilişkin önem taşıyan *Minimax* kararında da markanın ciddi kullanımının olup olmadığının belirlenmesinde kilit konunun, kullanımın marka tarafından korunan mal veya hizmetler için bir pazar yaratmayı amaçlayıp amaçlamadığı olduğunun altı çizilmiştir²⁶.

Syrena kararında da Genel Mahkeme, bir markanın ciddi kullanımının söz konusu olabilmesi için, kullanımın hâlihazırda pazarlanan veya teşebbüs tarafından özellikle reklam kampanyaları yoluyla müşteri elde etmek amacıyla hazırlanan pazarlaması yakın olan mal ve hizmetlerle ilgili olması gerektiğini ifade etmiştir²⁷.

Aynı yöndeki bir başka kararda, gerçek ve ciddi kullanımın, tescille sağlanan hakları korumak amaçlı sahte kullanımları kapsamayacağı ifade edildikten sonra, bir markanın kullanımının ciddi olup olmadığına karar verirken, diğerlerinin yanı sıra markanın kullanım derecesi ve sıklığını da kapsayan tüm gerçekler ve koşulları dikkate alınması gerektiğinin altı çizilmiştir²⁸. Bir diğer kararda da benzer şekilde, bir markanın kullanımının ciddi olup olmadığı değerlendirilirken, özellikle ilgili ekonomik sektörde markanın koruduğu mal veya hizmetlere bir pazar yaratmak veya mevcut pazarı korumak amacıyla yönelik, gerekli nitelikteki kullanımlar başta olmak üzere, markanın ticari alanda menfaat sağlama amacı ile kullanılıp kullanılmadığı

¹³ UZUNALLI, Sevilay: "Kullanma Zorunluluğu Bağlamında Tekrar Marka ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 9(1), 2023 (Kullanma Zorunluluğu), s.96.

¹⁴ Court of Justice of the European Union (CJEU), 13.03.2003, C-40/01 (*Ajax* kararı), para.32 vd. Aynı yönde bkz. CJEU, 19.12.2012, C-149/11 (*Leno Marken* kararı), para.29.

¹⁵ European Union Intellectual Property Office (EUIPO), 13.03.2012, R 1325/2011- 2, para.27.

¹⁶ TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.483. Aynı yönde bkz. STRÖBELE, Paul/HACKER, Franz: Markengesetz Kommentar, 10. Aufl., Köln 2012, § 26 Nr.9.

¹⁷ EUIPO, 26.11.2019, R 1112/2019-4, para.18, 19.

¹⁸ EUIPO, 03.05.2016, R 0099/2015-5, para.31. Bir internet sitesinin aktif olmaması veya yapım aşamasında olması durumlarında, mal veya hizmetlerin satışı yapılmaksızın reklam amaçlı kullanılmasının ciddi kullanım olarak kabul edilmeyebileceği, buna karşılık, söz konusu internet sitesinden mal veya hizmet alınmasının mümkün olması halinde varılacak sonucun farklı olacağı, bu kapsamda, markanın e-ticaret sitelerinin alan adlarında kullanımının ciddi olduğu yönünde bkz. YASAMAN, Zeynep: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.156.

¹⁹ EUIPO, 10.12.2015, R 25/2015-2, para.28.

²⁰ EUIPO, 29.10.2015, R 2885/2014-5, para.38.

²¹ General Court of the European Union (GC), 06.10.2004, T-356/02 (*Vitakraft* kararı), para.34.

²² EUIPO, 03.07.2012, R 1402/2011-2, para.41.

²³ EUIPO Trade Mark Guidelines: Part C, Opposition, Section 6, 'Proof of use', (*EUIPO Guideline*) para.2.3.2.1.

²⁴ Marka kullanımının en azından potansiyel olarak marka sahibinin faaliyet gösterdiği pazardaki konumunu değiştirmeye uygun olması gerektiği yönünde bkz. UZUNALLI, Kullanma Zorunluluğu, s. 96. Aynı yönde bkz. BAYRAM, Muhammed Enes: Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 82.

²⁵ *Ajax* kararı, para.37.

²⁶ CJEU, 11.03.2003, C-40/01 (*Minimax* kararı), para.42.

²⁷ GC, 23.20.2020, T-677/19 (*Syrena* kararı), para.41.

²⁸ CJEU, 27.01.2004, C-259/02, para.22.

hususunda, ilgili mal veya hizmetin doğası, piyasanın karakteristik özellikleri, markanın kullanım derecesi ve sıklığı da dâhil tüm olgular ve keyfiyetin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir²⁹.

Yargıtay da ciddi kullanımın varlığı incelenirken marka sahibi ile benzer ürün üreten işletmelerin boyutları ve cirolarına, faturalara, fatura düzenlenen şirketin marka sahibiyle ilişkisinin bulunup bulunmadığına, ürün satış miktarı ve bedelinin markanın pazar payı yaratmaya elverişli olup olmadığına bakılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir³⁰. Bu kapsamda, fatura sayısının az olmasının tek başına ciddi kullanım gerçekleşmediğini göstermeyeceğini, burada faturanın parasal değeri ve sayısı yanında markanın kullanıldığı mal/hizmetin kullanım alanı, sıklığı, bu emtialara olan talep, emtianın piyasası gibi hususlara da bakılarak faturada gösterilen mal ve hizmetlerin ciddi şekilde kullanılıp kullanılmadığının tespiti gerektiği ifade edilmiştir.

Bu kriter, sembolik kullanımların markanın ciddi kullanıldığından bahsedilebilmesi için yeterli kabul edilmemesiyle de bağlantılıdır. Nitekim söz gelimi markanın bahsettiği hakları üçüncü kişilere karşı ileri sürmek amacıyla bir miktar takvim, broşür, kırtasiye ürünü bastırılması, az sayıda ürün yaptırılması gibi kullanımlar ciddi nitelik taşımakla beraber pazar payı yaratacak nitelikte değildir.

Bir markanın, satın alınan bir kısım mallar yanında ücretsiz olarak, promosyon olarak verilen başka mallar üzerinde kullanılmasının ciddi kullanım sayılıp sayılamayacağını değerlendirdiği *Silberquelle* kararında ABAD, markanın *raison d'etresinin* yani var oluş nedeninin, diğer işletme ve teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden farklı olarak kendisini oluşturan işareti taşıyan mal veya hizmetler için bir satış noktası yaratmak veya korumak olduğunu ifade etmiş ve başka bir mal satın alındıktan sonra promosyon olarak verilen ürün üzerindeki markanın kullanımının, o ürünün dahil olduğu sınıftaki mal ve hizmetler bakımından bir pazarlama alanı oluşturmak olmadığından bahisle ciddi kullanım teşkil etmediği yönünde karar vermiştir³¹.

Buna karşılık Mahkeme, *Silberquelle* kararından bir ay kadar önce verdiği *Verein Radetsky* kararında aksi yönde bir yaklaşım benimsemiştir. Söz konusu kararda, hizmetlerini ücretsiz olarak sağlayan bir hayır derneğinin sahibi olduğu markaları, tescil edildikleri mal veya hizmetleri tanımlamak ve tanıtmak için kullandığı sürece, bu markaları ciddi kullanım teşkil eden fiili bir şekilde kullanmış olacağına hükmetmiştir^{32,33}.

Kanaatimizce ücretsiz ürün dağıtmanın herhangi bir pazar üzerindeki etkisi ilgili pazara bağlı olup, somut olayın tüm olgu ve koşulları çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekir. ABAD, *Silberquelle* kararında promosyon ürünlerin dağıtılmasının, markayı taşıyan ürünlerin pazar payına etki etmeyeceği yönünde hatalı bir karar vermiştir. Zira ücretsiz dağıtılan mal ve hizmetlerin bu mallar için bir pazar payı yarattığı örnekler vardır. Söz gelimi televizyon satışlarında kanal aboneliği verilmesi satışları artırıcı bir etkiye sahiptir.

ABAD konuya ilişkin *Ferrari* kararında, yedek parça ve ikinci el otomobil satışlarında ciddi kullanıma ilişkin bazı tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. İlk olarak, temel ürünün artık satılmadığı, ancak aksesuar ve yedek parça satışının devam ettiği durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine değinmiştir. Mahkeme'ye göre, geçmişte satılan mallarla ilgili olarak, eğer marka sahibi, markayı bu tür malların yapısı veya yapısıyla bütünleşmiş olan bileşen parçalarının veya daha önce satılmış ve müşterilerinin ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan mallarla doğrudan bağlantılı mal veya hizmetlerin pazarlanması için kullanıyorsa, yedek parçaların bir marka altında devam eden satışı ciddi kullanım teşkil edebilir³⁴.

Bir diğer husus, bir markanın çok çeşitli mallar (örneğin, otomobiller ve parçaları) için tescil edildiği, ancak kullanımın yalnızca belirli bir pazar segmenti (örneğin, yüksek fiyatlı lüks spor otomobiller ve parçaları) için tesis edildiği durumlarda ciddi kullanımın nasıl değerlendirileceğidir. Mahkeme, markanın homojen bir ana kategori için tescil edildiği, tescilli kategoriye önemli alt bölümlere ayırmanın mümkün olmadığı durumlarda tüketicilerin, markayı ana kategorideki tüm mal ve hizmetlerle ilişkilendireceğini ifade ettikten sonra, burada önemli olanın ekonomik değerlendirmenin farklı pazarlar oluşturup oluşturmadığı veya bazı farklı kullanım amaçlarının belirlenip belirlenmediği değil, tüketici algısı olduğunu, bu nedenle, daha geniş kategorinin tamamı için geçerli olması amacıyla, yalnızca bazı mal veya hizmetler için ciddi kullanımın kanıtlanmasının yeterli olduğunu kabul etmiştir³⁵.

Mahkeme'nin *Ferrari* kararında belirttiği bir diğer husus, marka sahibi tarafından hâlihazırda piyasaya sürülmüş olan malların yeniden satışının da ciddi kullanım teşkil edebileceğidir. Bu çerçevede marka sahibinin, hâlihazırda piyasaya sürülmüş olan mallar için üçüncü kişilerin markasını kullanmasını yasaklayamaması marka sahibinin bu tür mallar için markayı kendisinin kullanamayacağı anlamına

²⁹ *Leno Marken* kararı, para.29. Bahse konu kararın alıntı yapılan 29. paragrafında yer verilen ilkeler, ABAD'nin ciddi/gerçek kullanım ("genuine use") kavramına ilişkin olarak verdiği önde gelen kararlardan biri olan *Ajax* kararının 43. paragrafında ortaya konulan ilkelerdir. Ayrıca bkz. *Leno Marken* kararı, para. 58; GC, 08.07.2004.

³⁰ Yargıtay 11.HD., 12.01.2015, E.2014/14250, K.2015/65; Yargıtay 11.HD, 14.11.2011, E.2010/2707, K.2011/14999.

³¹ CJEU, 15.01.2009, C-495/07 (*Silberquelle* kararı), para.18.

³² CJEU, 09.12.2008, C-442/07 (*Verein Radetsky* kararı), para.24.

³³ İki kararı uzlaştırmak için, *Silberquelle* kararının, bedeli ödenen mal veya hizmetlerle birlikte verilen ücretsiz ürünler, *Verein Radetsky* kararının ise bedeli ödenen mal veya hizmetlerin olmadığı ücretsiz hizmetler için geçerli olduğu şeklinde bir yorum yapılabileceği, ancak bu ayırımın pratikte uygulanmasının zor olabileceği yönünde bkz. STONE, David /LEPPINK, Willem: "Use of a trade mark on free merchandizing is not 'genuine use'", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 4 (6), 2009, s.393.

³⁴ CJEU, C-720/18 ve C-721/18, 22.10.2020 (*Ferrari* kararı), para.34.

³⁵ *Ferrari* kararı, para.38.

gelmeyecektir³⁶.

Bu başlık altında belirtilmesi gereken bir diğer husus, ciddi kullanımın tespitinde “*de minimis*” kuralının uygulanmayacağıdır. Nitekim ABAD, kullanımın ciddi olup olmadığını belirlemek için ne düzeyde bir niceliksel eşğin belirlenmesi gerektiğini somut olarak tespit etmenin mümkün olmadığını ve dolayısıyla ciddi olması için gereken kullanım düzeyini *a priori* olarak belirleyecek objektif bir *de minimis* kuralı olamayacağını belirtmiştir³⁷. Genel kural, gerçek bir ticari amaca hizmet etmesi şartıyla mal ve hizmetlere ve ilgili pazara bağlı olarak, markanın asgari kullanımının bile ciddi kullanımın tespiti için yeterli olabileceğidir. Başka bir deyişle, kullanım kanıtının, marka sahibinin markayı yalnızca markanın verdiği hakları korumak amacıyla kullanmış olmasının aksine, ilgili pazarda ticari bir konum elde etmeye veya bu konumu korumaya ciddi bir şekilde çalıştığını kanıtlaması gerekli ve yeterlidir. Markanın küçük ölçekte kullanılıyor olması ciddi kullanımın olmadığı yönünde bir kanaat uyandırır da bu mutlak bir kural değildir. Minimum düzeyde kullanım dahi ilgili ekonomik sektörde ilgili mal veya hizmetler için pazar payının yaratılması veya korunması için uygun olan türden bir kullanım olması durumunda ciddi kullanım olarak nitelendirilebilir³⁸. Örneğin, bazı durumlarda, özellikle pahalı mallar söz konusu olduğunda, nispeten az sayıda satış, kullanımın sadece göstermelik olmadığı sonucuna varmak için yeterli olabilir³⁹.

Öte yandan doktrinde bir görüş, ciddi kullanımın tespitinde piyasaya sürülen malların miktarına bakılabileceğini belirtmektedir⁴⁰. Bu görüş doğrultusunda piyasaya arz edilen malların lüks tüketim ürünleri olması hâlinde arz miktarının düşük olması olağan iken, kolay alınıp satılabilen defter, kalem gibi mallarda arz miktarının yüksek olması gerekmektedir⁴¹.

Ancak bazı yazarlar haklı olarak bu görüşü eleştirmekte ve arz edilen mal veya hizmetin miktarından ziyade arzı gerçekleştiren işletmenin büyüklüğüne ve pazarın yapısına bakılması gerektiğini ileri sürmektedirler⁴². Bu görüşe göre, ciddi kullanım incelemesinde her olaya özgü verilerin incelenmesi ve kullanımın, markanın tescilli olduğu alanda pazar payı yaratmaya, mevcudu korumaya veya artırmaya yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi, her mal ve hizmet özelinde gerekli arz miktarının yeterli olup olmadığına bakılması gerekmektedir⁴³. Bu görüşteki yazarlar, malın ve işletmenin özelliklerine bakılmaksızın yalnızca arz miktarına bakarak değerlendirme yapılması durumunda, arz kapasitesi yüksek mallarda markanın da aynı oranda talep görmesi gerektiği izleniminin yaratılacağını ve bu durumun ciddi kullanım tespitinde belli bir tanınırlık arandığı gibi hatalı bir sonucu ortaya çıkaracağını ileri sürmektedir⁴⁴.

Paralel şekilde, el yapımı çikolataların kullanımının uyuşmazlık konusu olduğu *Sultana* davasında ABAD, odak noktasının nicelikten ziyade nitelik olduğunu, somut uyuşmazlığa konu ürünlerin nispeten küçük miktarlarda piyasaya sürüldüğünü, söz konusu şirketin büyük bir sanayi şirketi olması hâlinde yıllık 70 kg çikolata satışının ciddi kullanımın tespiti için muhtemelen yetersiz kabul edileceği, buna karşılık aynı üretimin daha küçük ölçekte çikolata üreten bir işletmenin ciddi kullanımı açısından yeterli olabileceği, bir ürünün satılan miktarlarının büyüklüğü ve bunların ciddi kullanımla ilişkisinin, soyut olarak değil, ilgili pazar ışığında değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle somut olayda ciddi kullanımın mevcut olduğuna kanaat getirmiştir⁴⁵.

Şunu da belirtmek gerekir ki, ciddi kullanımın varlığından bahsedebilmek için markanın kullanılması suretiyle kazanç elde edilmiş olması zorunlu değildir⁴⁶. Dolayısıyla marka sahibinin ekonomik olarak kendisine bağlı bir işletmeye markayı taşıyan mallarını göndermesi ve fakat bu malların piyasaya arz edilmemesi hâlinde burada ciddi kullanımdan bahsetmek mümkün olmayacaktır⁴⁷. Öte yandan *Syrena* davasında ABAD, markayı taşıyan ürünler henüz satılmamış olsa bile, bunların piyasaya sürülmesinin, satışa sunulmasının ve hatta müşterileri güvence altına almaya yönelik hazırlık çalışmalarının yapılmasının ciddi kullanım teşkil edebileceğini kabul etmiştir⁴⁸. Ancak, reklam ve tanıtım çabaları da dahil olmak üzere

³⁶ Ferrari kararı, para.20, 55.

³⁷ GC, 23.09.2009, T-409/07, para.35 ve paragrafta atıfta bulunulan içtihat için bkz. GC, 02.02.2012, T-387/10, para.42.

³⁸ O'FARRELL, s.940.

³⁹ EUIPO, 04.09.2007, R 35/2007-2, para.22.

⁴⁰ ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlar, Ankara 1998 (Marka Hukuku), s.147; DİRİKKAN, s.244.

⁴¹ ARKAN, Marka Hukuku, s.147; DİRİKKAN, s.244; ÇOLAK, s.957.

⁴² YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN, s.2019. Ayrıca bkz. KARACA, Osman Umur: Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanılmamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2018, s.48; Aynı yönde bkz. SIMON, Ilanah: OHIM Board of Appeal Applies Genuine Use Criteria To Small-Scale Usage, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 1(4), 2006, s.237; O'FARRELL, Gemma: “Genuine use - the Battle of the Mac”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 14(12), Aralık 2019, s.940

⁴³ ÇOLAK, s.973.

⁴⁴ YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN, s.2019.

⁴⁵ EUIPO, 22.10.2004, R 1101/2004-1.

⁴⁶ ÇAĞLAR, Hukuki Etkiler, s.6; STRÖBELE/HACKER, § 26, Rn. 11; ARAS, Meltem: Markanın İptali ve İptal Halleri, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.89.

⁴⁷ DİRİKKAN, s.245. Markanın piyasa dışında, sadece şirket içinde ya da yavru şirketler arasında kullanılmasının ciddi bir kullanım olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. STRÖBELE/HACKER, § 26 Nr.29; FEZER, K.H: Kommentar zum Markenrecht, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen (MarkenG), 4. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih 2009, § 26 Nr. 57; aksi görüş için bkz. INGERL, Reinhard/ROHNKE, Christian: Kommentar zum Markengesetz, 3. Baskı, Münih 2010, § 26 Nr. 41.

⁴⁸ Syrena kararı, para.69.

hazırlık faaliyetleri, görevleri, eylemleri veya çalışmalarının, yalnızca mal veya hizmetlerin satışının yakın olması hâlinde ciddi kullanımın kanıtı olarak kabul edilebilecektir⁴⁹.

Hazırlık eylemlerinin dahi ciddi kullanım teşkil edebilmesi, kullanımın kanıtlanması gerekliliğinin varoluş nedenini yansıtmaktadır. Gerçekten de kullanım zorunluluğunun kabul edilmesindeki amaç, ticari başarının değerlendirilmesi veya marka sahibinin ekonomik stratejisinin gözden geçirilmesi değil, daha ziyade markanın verdiği hakları korumaktır⁵⁰. Ancak *Syrena* kararındaki yaklaşımın ihtiyatlı bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Zira karara konu uyumsuzluk, yarış arabaları pazarına ilişkin olup, bu pazar, teknik özellikleri normal, günlük yol kullanımına yönelik olmayan ve fiyatı çoğu özel kullanım otomobilinin fiyatını aşan üst düzey spor otomobillerin üretimi ve satışına yönelik olup, bu pazarın genellikle nispeten düşük talep, belirli sipariş göre üretim ve sınırlı sayıda aracın satışı ile karakterize edildiği iyi bilinmektedir⁵¹. Bu çerçevede ilgili pazarın durumu ihtiyatlı bir şekilde tespit edilmeli ve rakibin bir ürünü piyasaya sürme niyetinde olduğu ve belirli miktarda hazırlık çalışmasının yapıldığı her durumda mutlaka ciddi kullanım teşkil etmesi mümkün olmamalıdır.

Kanaatimizce kullanımın ciddi olup olmadığına karar verirken, ilgili tüm koşullar dikkate alınmalıdır. Bu koşullar arasında, söz konusu mal veya hizmetlerin niteliği, ilgili pazarın özellikleri ve markanın kullanım ölçüğü ve sıklığı da yer almaktadır. Bu tür değerlendirmelerin bir sonucu olarak, bir markanın kullanımının ciddi olarak kabul edilmesi için her zaman niceliksel olarak önemli olması gerekmez ve (düşük cironun normal olduğu pazarlarda) düşük bir kullanım seviyesi dahi ciddi kullanım olarak kabul edilebilir. Eş deyişle, arz miktarının yüksek olduğu mal/hizmet gruplarında belirli bir düzeydeki satış ciddilik taşımazken, daha niş bir alanda, örneğin özel seri arabaların satışının yapıldığı durumlarda aynı miktarda satış ciddi kullanım teşkil edebilir.

C. Kaynak Gösterme Fonksiyonuna Uygun Kullanım Kriteri

Kullanımın ciddi sayılabilmesi için dikkate alınan bir diğer kriter, markanın tescil olunan mal ve hizmetin kökenini göstermeyi garanti edecek şekilde fiili olarak kullanılmasıdır⁵². Bir diğer ifadeyle markanın bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamak amacıyla ekonomik faaliyetlerde kullanılması gerekir⁵³.

ABAD, *Ajax* kararında da bu kriteri zikrederek, işaretin, markanın asli fonksiyonunu yerine getirecek şekilde yani tescilli olduğu mal veya hizmetin kaynağını gösterecek biçimde kullanılması gerektiğinin altını çizmiştir⁵⁴.

Kaynak gösterme işlevi, ayırt edicilik işleviyle birlikte bir markanın olmazsa olmaz fonksiyonlarını ifade etmekte olup, markanın baştan itibaren sahip olması gerekmeyen, sonradan da edinilebilen kalite, reklam, garanti ve iletişim fonksiyonlarının kullanıma yansımaları şart değildir⁵⁵.

Markanın mal/hizmete yerleştirilmesi ticaretin temel faaliyeti olan satışla doğrudan ilgilidir⁵⁶. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki bir markanın ayırt edicilik ve kaynak gösterme fonksiyonlarını yerine getirecek şekilde kullanımı o markanın mutlaka ürünün ambalajında kullanılması gerekli kılmayıp, markanın somut bir ürünle ilişkilendiriliyor olması gerekli ve yeterlidir⁵⁷.

AB Genel Mahkemesi'nin Apple bilgisayar kutularında kullanılan "Think Different" markasının ciddi kullanımını değerlendirdiği davada, ürün üzerine yerleştirilen markanın ciddi kullanımından ve bu kapsamda kaynak gösterme işlevini yerine getirdiğinden bahsedebilmek için markaların ürünlerin üzerine tüketicilerin dikkat edebileceği büyüklükte yerleştirilmesi gerektiğini belirtmiş ve Apple bilgisayar kutularında yer alan "Think Different" markasının, barkodun hemen üstünde ve tüketicinin dikkat edemeyeceği kadar küçük şekilde kullanıldığından bahisle ciddi kullanımın mevcut olmadığına hükmetmiştir.

Yine marka lisans sözleşmesinin yapılması ve lisans bedelinin ödenmesi de kullanımın ciddi olduğu anlamına gelmemekte olup, lisans alan tarafından markanın kaynak gösterme işlevini yerine getirecek şekilde kullanılıp kullanılmadığının ispatı gerekecektir⁵⁸. Bu çerçevede Yargıtay'ın *Hummer* kararında da

⁴⁹ *Syrena* kararı, para.41.

⁵⁰ GC, 08.07.2004, T-334/01, para.32 (Kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. CAM, s.37-38). Aynı yönde bkz. *Vitakraft* kararı, para.38; *Minimax* kararı, para.35-37, 43.

⁵¹ MARTIN, Stephan: "Genuine Use Of A Trade Mark Established Where Proprietor is Offering Second-Hand Or Spare Parts Service", *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 16(1), 2021, s.12.

⁵² *Ajax* kararı, para.36; *Leno Marken* kararı, para.29.

⁵³ INGERL/ROHNKE, §26 Nr. 34; FEZER, §26 Nr. 1; YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN, s.2021; UZUNALLI, Kullanma Zorunluluğu, s.96; ÇOLAK, s.1244; YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya: "Kullanım Niyeti Olmaksızın Markanın Kötüniyetli Olarak Tescili ve Hükümsüzlüğü", in Memiş, Tekin (ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığışı 2019*, Cilt 9, Ankara 2020, s.353; BAYRAM, s.62 vd.; KARACA, s.23; ÖZKÖK, Başak: "Marka Başvurusunun Yayımına İtiraz Aşamasında Kullanımın İspatı Talebi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 12 (128), 2017, s.54; BEKTAŞ, İbrahim: "Sinai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanmama Nedeniyle İptali - AB Adalet Divanı'nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 17(2), 2018, s.225.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. CJEU, 16.07.2020, C-714/18 P, para.35; *Minimax* kararı, para.36; *Silberquelle* kararı, para.17.

⁵⁵ KARAASLAN, Pelin: "Tescil Hakkının Kazanılması, Muhafaza Edilmesi ve İhlal Edilmesinin Bir Koşulu Olarak Markanın Kullanılması", *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, 12(48), 2017, s.1161-1198.

⁵⁶ ERGİNBAŞ, Gözde Sena: *Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Sonuçları*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, s.33.

⁵⁷ INGERL/ROHNKE, § 26 Nr. 61.

⁵⁸ Yargıtay 11. HD, 02.05.2016, E. 2015/10056, K. 2016/4884. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD, 11.6.2015, E. 2015/2583, K. 2015/8172; Yargıtay 11. HD, 09.06.2011, E. 2009/7782, K.2011/7040; Yargıtay 11. HD, 25.05.2009, E. 2008/2244, K. 2009/6321. Lisans sözleşmesinin akdedilmesinin bir işaretin kullanılmasına yönelik sözleşmeye dayalı niyeti teşkil ettiği, ancak

ifade ettiği üzere “ciddi kullanımın ispatı için salt lisans faturalarının ibrazı yeterli olmayıp ayrıca lisans verilen dava dışı şirketlerinde söz konusu ürünler üzerinde markasal kullanımları bulunduğu ispatı gerekir.”⁵⁹

III. CİDDİ KULLANIMIN İSPATI

Markanın ciddi kullanımına ilişkin kriterlerin mevcut olup olmadığının hangi bilgi ve belgeler ışığında tespit edilebileceği üzerinde durulması gereken önemli bir husustur.

Tescilli bir markanın sahibi tarafından veya onun izniyle ciddi şekilde kullanılmadığı iddiası karşısında ispat yükünün yer değiştirdiği kabul edilerek kullanmanın marka sahibi tarafından ispat edilmesi gerekir⁶⁰. Gerçekten de bir markanın sahibi, onun kullanımına dair kanıt sunabilecek en iyi konumdadır.

Öte yandan tecavüz davasında kullanmama def'i ileri sürüldüğünde davacı, kendi markasının kapsamında bulunan tüm mal ve hizmetler için ciddi kullanımı ispat etmek zorunda olmayıp, sadece, davalının kullanımının konusu olan ürün ve hizmetlerle aynı veya onlarla karıştırılmaya neden olacak mal ve hizmetler için ciddi kullanımı ispat etmesi gerekli ve yeterlidir⁶¹.

Markanın ciddi kullanımı TÜRK PATENT tarafından re'sen tespit edilemez. Tanınmış olduğu iddia edilen markaların sahipleri dahi önceki markaların ciddi kullanımını kanıtlamak için delil sunmalıdır⁶².

Bir markanın ciddi kullanımı olasılıklar veya varsayımlar yoluyla kanıtlanamaz, ancak markanın ilgili pazarda etkin ve yeterli kullanımına ilişkin somut ve objektif kanıtlarla ortaya konmalıdır⁶³.

Ciddi kullanım kriteri belirlenirken her olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması ve malların tescil edildiği piyasada geçerli olan koşulların dikkate alınması gerekir⁶⁴. Mal veya hizmetin niteliği, hitap edilen tüketici sayısı, marka tescil sahibinin mâli gücü gibi unsurlar somut durumda göz önüne alınmalıdır⁶⁵. Buna göre, özellikle markanın kullanıldığı işletmenin büyüklüğü, alıcı çevresi, malın türü, niteliği, miktarı, fiyatı, satış bedeli, markanın pazar oluşturma ya da mevcut pazar payını koruma yönünden kullanımları, pazar cirosu, pazarın özellikleri, ilgili mal ve hizmet bakımından kullanım süresi, kapsamı, sıklığı ve şekli gibi somut olaya özgü objektif ölçütler dikkate alınmalıdır⁶⁶.

Kullanımın kanıtlanması için gereken deliller, rakibin markasının ilgili mal ve hizmetler için kullanım yeri, zamanı, kapsamı ve niteliği ile ilgili olmalıdır. Kullanım kanıtına ilişkin bu gereklilikler kümülatiftir⁶⁷; ilgili faktörlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi uygun değildir⁶⁸. Kullanımın yeri, zamanı, kapsamı ve niteliğine ilişkin bilgi ve belgelerin yeterliliği, sunulan kanıtların bütünü göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Bir bütün olarak ele alınan kanıtların, her bir kanıt tek başına yetersiz olsa bile, markanın ciddi kullanımı söz konusu olabilir⁶⁹. Bu anlamda somut olayın koşullarına göre tek bir fatura dahi, ciddi kullanıma ispata yeterli olabilir⁷⁰.

Sunulan belgelerin her biri, başvuru tarihinden veya rüçhan tarihinden önceki beş yıldaki ve ilgili bölgedeki kullanımı gerçekten yansıtmadığı açısından dikkatle değerlendirilmelidir⁷¹. Özellikle siparişlerde, faturalarda ve kataloglarda gösterilen tarihler ve kullanım yerleri dikkatle incelenmelidir⁷².

kullanımın kendisini teşkil etmediği, ciddi kullanımın ispatı için salt lisans faturalarının ibrazının yeterli olmadığı, ayrıca lisans verilen dava dışı şirketlerin de söz konusu ürünler üzerinde markasal kullanımları bulunduğu ispatının gerektiği yönünde bkz. EUIPO, 21.03.2012, R 2542/2010-4, para.30). Ayrıca bkz. ÇOLAK, s.1252.

⁵⁹ Yargıtay 11. HD, 09.06.2011, E. 2009/7782, K. 2011/7040.

⁶⁰ ÇAĞLAR, Hukuki Etkiler, s.6; YÖRDEM, s.138; UMAR, Bilge /YILMAZ, Ejder: İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s.247 vd. Aynı yönde bkz. Ferrari kararı, para.78; Yargıtay 11. HD, 09.06.2011, E. 2009/7782, K. 2011/7040.

⁶¹ MERDİVAN, Fethi: “Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def'i: 2. Kullanımı İspat Edilecek Mal ve Hizmetler”, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s.503.

⁶² Yargıtay 11. HD, 25.05.2009, E. 2008/2244, K. 2009/6321.

⁶³ GC, 18.01.2011, T-382/08 (Advance Magazine kararı), para.22.

⁶⁴ YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN, s.2018; SIMON, s.237.

⁶⁵ KARACA, s.48.

⁶⁶ DİRİKKAN, s.244; YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN, s.2018-2019. ABAD'ye göre bu inceleme sırasında, piyasanın karakteristik özellikleri, marka ile korunan mal ve hizmetin niteliği, kullanımın gerçekleştiği coğrafi bölge, kullanımın sıklığı ve düzenli olup olmaması ile kullanım ölçüğü de gözetilmelidir (Leno Marken kararı, para. 58; The Sunrider kararı, para.37, 51, ayrıca bkz. Ajax kararı, para 53). Ayrıca bkz. INGERL/ROHNKE, §26 Nr. 223; ARKAN, Marka Hukuku, s.147; YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN, s.2018; UZUNALLI, Kullanma Zorunluluğu, s.96; KARACA, s.42; BEKTAŞ, 229 vd.; BAYRAM, s.82; SERT, Selin: Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2007, s.50.

⁶⁷ GC, 05.10.2010, T-92/09, para.43.

⁶⁸ GC, 17.02.2011, T-324/09 (Participações SA kararı), para.31. Her belgenin, kullanım kanıtının atıfta bulunması gereken dört unsurun (zaman, bölge, kullanım niteliği ve kapsamı) her biri hakkında bilgi sağlamanın zorunlu olmadığı yönünde bkz. MARTIN, s.12.

⁶⁹ GC, 24.05.2012, T-152/11, para. 33,34.

⁷⁰ EUIPO, 25.03.2010, R 1752/2008-1. Buna karşılık Yargıtay konuya ilişkin bir kararında davalının, Türkiye’de bir firmaya satış yaptığına ilişkin “Starlock Push On Fastener” açıklamalı 2008 ve 2009 yılına ilişkin birer adet ve 2010 yılına ilişkin iki adet olmak üzere sunduğu dört adet düşük bedelli fatura’nın markanın ciddi surette kullanımının kabulü için yeterli olmadığına hükmetmiştir (Yargıtay 11. HD. 22.06.2020, E.2019/157, K.2020/3024).

⁷¹ Her ciddi kullanımdan sonra kullanıma ara verme halinde, beş yıllık hoşgörü süresinin yeniden işlemeye başlayacağı, aradaki beş yıldan az kullanmama sürelerinin birleştirilemeyeceği yönünde bkz. Yargıtay 11. HD, 15.09.2008, E.2007/7702, K. 2008/10031. Aralıklı kullanılan markada, kullanım süreliğinin kısıllığının, somut olaya göre bu kullanımın ciddi kullanım olarak sayılmamasına neden olabileceği yönünde bkz. UZUNALLI, Kullanılmayan Marka, s.1155.

⁷² Cerasil kararında, karşı taraf, diğerlerinin yanı sıra, yargılama dilinde olmayan yaklaşık 50 adet fatura sunmuştur. Muhatapların isimlerinin yanı sıra satılan miktarlar da karartılmıştır. Kurullar, olağan bilgileri (tarih, satıcının ve alıcının adı/adresi, ilgili ürün, ödenen fiyat) içeren standart faturaların tercüme gerektirmediğine karar vermiştir. Muhatapların isimleri ve satılan miktarlar karalanmış olsa da faturalar yine de ilgili dönem boyunca ilgili bölgedeki şirketlere kilogram cinsinden ölçülen “Cerasil” markalı

Kullanım tarihi belirtilmeden sunulan materyaller, genel bir değerlendirme bağlamında yine de ilgili olabilir ve tarih içeren diğer delillerle birlikte dikkate alınabilir⁷³. Bu durum, özellikle belirli bir pazar sektöründe tarih içermeyen mal ve hizmet örneklerinin yaygın olması hâlinde geçerlidir⁷⁴.

Kullanıma ilişkin kanıtlar, ilgili pazardaki pay, ilgili malların ithalatı, marka sahibine gerekli hammadde veya ambalajın tedariki veya ilgili malların son kullanma tarihine ilişkin kanıtlar gibi dolaylı nitelikte olabilir. Bu tür dolaylı kanıtlar, sunulan kanıtların genel değerlendirmesinde belirleyici bir rol oynayabilir⁷⁵.

Sunulan bilgi ve belgelerin kanıt değerini değerlendirirken, ilgili mal ve hizmetlerin spesifik türünü dikkate almak gerekir. Örneğin, belirli bir pazar sektöründe mal ve hizmet örneklerinin, kullanım yeri, zamanı, kapsamı ve niteliğine ilişkin işaretler taşınamaması yaygın olabilir. Bu gibi durumlarda, sunulan diğer kanıtlarda bu yönde göstergeler bulunabiliyorsa, bu tür kullanım kanıtlarının göz ardı edilmesinin uygun olmayacağı açıktır.

Markalar geleneksel olarak mallar (malların üzerine basılmış etiketlerde vb.) veya ambalajlar üzerinde kullanılmaktadır. Ancak, mallar veya ambalajlar üzerinde kullanımın gösterilmesi, mallarla ilgili olarak kullanımın kanıtlanmasının tek yolu değildir. Marka ile mallar arasında uygun bir bağlantı varsa, markanın broşürler, el ilanları, çıkartmalar, satış yerlerindeki tabelalar vb. gibi mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılması ciddi kullanım için yeterli kabul edilmelidir⁷⁶.

Bir markanın sadece internet sitesinde yer alması da internet sitesi aynı zamanda kullanım yeri, zamanı ve süresini göstermedikçe veya bu bilgi başka bir şekilde sağlanmadıkça, ciddi kullanımı kanıtlamak için tek başına yetersizdir⁷⁷. Yine Wikipedia bilgileri, Wikipedia kullanıcıları tarafından değiştirilebildikleri için güvenilir bir bilgi kaynağı olarak kabul edilemeyeceğinden, bu tür kanıtlar, ancak diğer bağımsız somut kanıtlarla desteklendikleri sürece ilgili kabul edilebilir⁷⁸.

Yargıtay da incelediği bir olayda, kullanıma ilişkin delillerin “şirketin faaliyet alanı, ticari iş hacminin büyüklüğü, üretim miktarı, satım ve dağıtım kanalları, yıllık cirosu ve davaya konu markanın uzun yıllardır tescilli olması” hususlarının bir arada değerlendirilip incelenmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁹.

Sayılan bu faktörler arasında karşılıklı bir etkileşim olduğuna da dikkat etmek gerekir. Bu çerçevede, kullanım ilgili pazarın teamüllerinden ne kadar uzak ise diğer sayılan faktörlerin o kadar ön planda olması gerekir ki ciddi bir kullanım söz konusu olabilsin⁸⁰. Olayda dar kapsamlı bir kullanım varsa bile, eğer kullanım süresi oldukça uzunsa ya da ilgili pazarın nitelikleri göz önüne alındığında bu kapsamdaki bir kullanımın teamüllere uygun ve akılcı olduğu kabul edilebiliyorsa ve somut olayda markanın sırf sembolik kullanıldığına işaret eden herhangi bir delil yoksa ciddi bir kullanımdan söz edilebilir.

IV. SONUÇ

Tescilli marka sahibinin yararlandığı en önemli haklardan biri, markayı kullanma hakkıdır. Ancak gerek ticari endişe ve tercihler gerekse bilgi ve donanım yetersizliği nedeniyle, marka sahipleri markalarını hiçbir şekilde kullanmadıkları ve kullanmayacakları mal ve hizmet sınıflarında da tescil ettirerek, tescilin sağladığı korumadan yararlanmaktadırlar. Bu kapsamda, markaların etkin bir şekilde ticari hayatın içinde yer bulabilmesi için ulusal ve uluslararası mevzuat ile çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Bu çerçevede Avrupa Birliği düzenlemelerine paralel olarak SMK m.9/1’de markanın kullanım zorunluluğu kabul edilmiştir.

Marka zorunluluğunun yerine getirildiğinin kabulü için gereken şartlardan biri söz konusu kullanımın ciddi nitelik taşımasıdır. SMK m.9’da ciddi kullanım kriteri açıkça zikredilmiş ancak hangi fiili durumların anılan şartı sağlayacağına ilişkin açık bir belirleme yapılmamıştır. Madde gerekçesinde ise ciddi kullanım, markanın işlevlerini yerine getirilebilmesi için, fonksiyonlarına uygun şekilde, tayin edilen amaç kapsamında ve Türkiye’de kullanım olarak izah edilmiştir. Devamında İngilizce’de “genuine use” biçiminde tarif edilen kullanımın, doktrin ve içtihatla “ciddi biçimde kullanım” olarak yerleştiğinden bahsedilmiş ve markanın yalnızca şekli olarak ilan ya da evraklar üzerinde kullanılmasının ciddi kullanım olmadığı açıklanmıştır.

Gerekçedeki ifade dışında ciddi kullanımın nasıl tespit edileceğine ilişkin ne ulusal ne de uluslararası mevzuatta bir düzenleme getirilmiştir. Bu bakımdan ciddi kullanımın tespitinde doktrin ve mahkeme kararları önemli rol oynamaktadır. Bu çalışmada yapılan incelemelerden hareketle ciddi kullanıma ilişkin temel kriterler şu şekilde özetlenebilir:

ürünlerin satıldığını doğrulamaktadır. Diğer kanıtlarla birlikte (broşürler, yeminli ifadeler, makaleler, fotoğraflar), bu kanıtlar ciddi kullanımı kanıtlamak için yeterli görülmüştür. Bkz. EUIPO, 02.05.2011, R 872/2010-4. Faturaların, ayakkabıların son tüketicilere değil, rakibe satışına ilişkin olduğu, bu nedenle harici kullanımın kanıtlanması için uygun olmadığı yönünde bkz. *Advance Magazine* kararı, para.21.

⁷³ *Participações SA* kararı, para.33.

⁷⁴ EUIPO, 05.09.2001, R 608/2000-4, para. 16.

⁷⁵ Katalogların tek başına - belirli koşullar altında – ciddi kullanımın kesin kanıtı olabileceği yönünde bkz. GC, 08.07.2010, T-30/09, para.42 vd.

⁷⁶ EUIPO Guideline, s. 6, 2.3.3.1. Bu yönde bkz. INGERL/ROHNKE, § 26 Nr. 61. Ayrıca bkz. EUIPO, 04.05.2010, R 966/2009-2). Kullanımın ispatlanamadığı diğer örnek kararlar için bkz. EUIPO, 01.09.2010, R-125/2009-4; GC, 12.12.2002, T-39/01; EUIPO, 08.06.2010, R 1076/2009-2; EUIPO, 19.09.2007, 1359 C, confirmed 09.09.2008, R 1764/2007-4.

⁷⁷ *Supermac's (Holdings) Ltd v McDonald's International Property Company Ltd.*, 11.01.2019, Cancellation No. 14 788 C.

⁷⁸ O'FARRELL, s.940.

⁷⁹ Yargıtay 11.HD, 19.11.2009, E.2008/5295, K.2009/12100.

⁸⁰ KARAASLAN, s.1161 vd.

• Ciddi kullanım, markanın fiili kullanımını anlamına gelmektedir. Bu nedenle ciddi kullanım, sadece göstermelik olmayan kullanımı ifade edecek şekilde anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle hem yargı kararlarında ortaya konulduğu hem de 9. maddenin gerekçesinde yer verildiği üzere markanın sağladığı hakların devamının sağlanabilmesi amacı taşıyan göstermelik/sembolik kullanımlar (*token use*) ciddi kullanım sayılmaz. SMK m.26/4'ün iptal talebinde bulunulacağı düşünülerek kullanım gerçekleşmişse talebin Kuruma sunulmasından önceki üç ay içinde gerçekleşen kullanımların dikkate alınmayacağı düzenlemesi de göstermelik kullanımların devre dışı bırakılması amacına hizmet etmektedir.

• Ciddi kullanım, markanın sadece ilgili teşebbüs tarafından dahili kullanımını değil, söz konusu marka tarafından korunan mal veya hizmetler için piyasada kullanımını gerektirir. Bu anlamda ciddi kullanım, hâlihazırda pazarlanan veya pazarlanmak üzere olan ve teşebbüs tarafından özellikle reklam kampanyaları şeklinde müşteri bulmaya yönelik hazırlıkların devam ettiği mal veya hizmetlerle ilgili olmalıdır.

• Kullanımın ciddi olarak kabul edilmesi için her zaman niceliksel olarak önemli olması gerekmez. Markanın ürün veya hizmetler üzerindeki kullanım sıklığı ve ilgili işletmenin iş hacmi değerlendirilirken yalnızca nicel değerler üzerinden hareket edilmesi her zaman doğru sonuca götürmeyebilir. Lüks nitelikteki ürünlerin az sayıda üretilip satılması vaki olabileceksen, diğer ürünler bakımından da her koşulda piyasaya arz düzeyinin yüksek olmasını şart koşturmak doğru değildir; piyasadaki dalgalanmaların da göz önüne alındığı bir değerlendirme ile sonuca gidilmesi gerekir.

• Marka sahibinin ciddi kullanımının tespitinde özellikle markanın kullanıldığı işletmenin büyüklüğü, alıcı çevresi, malın türü, niteliği, miktarı, fiyatı, satış bedeli, markanın pazar oluşturma ya da mevcut pazar payını koruma yönünden kullanımları, pazar cirosu, pazarın özellikleri, ilgili mal ve hizmet bakımından kullanım süresi, kapsamı, sıklığı ve şekli gibi somut olaya özgü bazı objektif ölçütlere bakılabilmektedir. Ciddi kullanım için, piyasaya arz edilen mal miktarına bakılarak tespit yapılabilen görüşlerinin yanında, bizim de katıldığımız diğer görüş çerçevesinde arz edilen mal veya hizmetin niteliğinden çok arzı yapan işletmenin büyüklüğüne ve pazar payına bakılması gerekmektedir.

• Kullanımın ciddi olup olmadığının tespitinde asgari bir düzey, yani *de minimis* kuralı belirlenemez.

• Ciddi kullanımdan anlaşılması gereken, bir markanın temel fonksiyonuyla tutarlı bir şekilde, alıcı veya nihai tüketici nezdinde ilgili mal veya hizmetleri diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan kullanımdır. Ciddi kullanım, bir markanın temel işlevi olan, tüketiciye veya son kullanıcıya malların veya hizmetlerin kaynağını garanti etmek ve tüketicinin herhangi bir karışıklık olasılığı olmaksızın malları veya hizmetleri ayırt etmesini sağlamak fonksiyonunu gerçekleştirmelidir. Markanın, tüketici nezdinde ayırt edicilik sağlamak amacıyla kullanılması gerektiğinden, piyasaya ulaşmayan ve tüketici nezdinde yansımaları olmayan işletme içi kullanımların ciddi kullanım olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu çerçevede, markanın pazar ilişkilerini etkileyebilecek şekilde marka sahibine ekonomik yarar sağlamak amacıyla kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla marka sahibinin ekonomik olarak kendisine bağlı bir işletmeye markayı taşıyan mallarını göndermesi ve fakat bu malların piyasaya arz edilmemesi hâlinde burada ciddi kullanımdan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, markanın ürün reklamlarında kullanılması ciddi kullanım kabul edilebileceği gibi, henüz piyasaya sürülmemiş bir ürün için piyasada pazar payı yaratmak amacıyla gerçekleştirilen kullanımların da bu nitelikte görülmesi mümkündür.

• Ciddi bir kullanım olup olmadığı değerlendirilirken, somut olayın tüm koşulları, özellikle de söz konusu kullanımın ilgili ekonomik sektörde marka tarafından korunan mal veya hizmetler için pazarda bir pay oluşturmaya veya sürdürmeye için gerekli olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede, mal ve hizmetlerin özellikleri, markanın kullanım sıklığı veya düzenliliği, markanın mal sahibinin tüm aynı mal veya hizmetlerini mi yoksa sadece bazılarını mı pazarlamak amacıyla kullanıldığı veya mal sahibinin sağlayabileceği kanıtlar dikkate alınabilecek faktörler arasındadır.

• Ciddi kullanıma ilişkin olarak sunulan bilgi ve belgeler bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede somut olayın tüm koşulları dikkate alınmalı ve sunulan tüm materyaller birbiriyle bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, sunulan deliller daha önceki bir markanın kullanımını kanıtlamak için tek başlarına yetersiz olsa da dayanılan bilgi ve belgeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde aksi yönde bir sonuca varmak mümkün olabilir.

KAYNAKÇA

ARAS, Meltem: Markanın İptali ve İptal Halleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.

BAYRAM, Muhammed Enes: Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2021.

BİLGİLİ, Fatih: “Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu”, TBB Dergisi, (74), 2008, s.29-42.

BEKTAŞ, İbrahim: “Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmama Nedeniyle İptali - AB Adalet Divanı’nın Güncel Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 17(2),2018, s. 219-258.

CAM, Esen: Avrupa Birliği Hukuku Uyarınca Markanın “Gerçek Kullanım” Problemi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2(2), 2016, s.27-41.

ÇAĞLAR, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

ÇAĞLAR, Hayrettin: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m.14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1), 2017, s.3-19.

- COLAK, Uğur: Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- DİRİKKAN, Hanife: “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 1998.
- ERGİNBAY, Gözde Sena: Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.
- FEZER, K.H: Kommentar zum Markenrecht, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen (MarkenG), 4. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih 2009.
- INGERL, Reinhard/ROHNKE, Christian: Kommentar zum Markengesetz, 3. Baskı, Münih 2010.
- KARAASLAN, Pelin: “Tescil Hakkının Kazanılması, Muhafaza Edilmesi ve İhlal Edilmesinin Bir Koşulu Olarak Markanın Kullanılması”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, 12(48), 2017, s.1161-1198.
- KARACA, Osman Umud: Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2018.
- KAYA, Arslan: “Kullanmama Sebebi ile Markanın İptali Kararının Etkisi ve İptal Davasında Usul Sorunları Üzerine”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.373-391.
- KOÇAK, Mahmut Arif: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 155. Maddesi Karşısında Marka Tescili Üzerine Düşünceler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2020, s.293-310.
- MARTIN, Stephan: “Genuine Use Of A Trade Mark Established Where Proprietor is Offering Second-Hand Or Spare Parts Service”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 16(1), 2021, s.11-13.
- MERDİVAN, Fethi: “Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def’i: 2. Kullanımı İspat Edilecek Mal ve Hizmetler”, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s.483-522.
- O’FARRELL, Gemma: “Genuine use - the Battle of the Mac”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 14(12), Aralık 2019, s.938-941.
- ÖZKÖK, Başak: “Marka Başvurusunun Yayımlama İtiraz Aşamasında Kullanımın İspatı Talebi”, Terazi Hukuk Dergisi, 12(128), 2017, s. 43-62.
- SCARLETT, Roland: “Genuine Use Of A Trade Mark Established Where Proprietor is Offering Second-Hand Or Spare Parts Service”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 16(9), 2021, s.900-902.
- SEKMEN, Orhan: Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2016.
- SERT, Selin: Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, 1. Baskı, Seçkin, Ankara 2007.
- SIMON, Ilanah: OHIM Board of Appeal Applies Genuine Use Criteria To Small-Scale Usage, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 1(4), 2006, s.237-239.
- SÖNMEZ, Numan Sabit: “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 76(1), 2018, s.277-308.
- STONE, David /LEPPINK, Willem: “Use of a trade mark on free merchandizing is not ‘genuine use’”, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 4(6), 2009, s.392-394.
- STRÖBELE, Paul/HACKER, Franz: Markengesetz Kommentar, 10. Aufl., Köln 2012.
- SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- UMAR, Bilge/YILMAZ, Ejder: İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980.
- UZUNALLI, Sevilay: “Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Kullanılmayan Marka ve Markanın İptal Edileceği Düşünümlere Kullanılması”, Legal Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2020, 8(32), s.1135-1155.
- UZUNALLI, Sevilay: “Kullanma Zorunluluğu Bağlamında Tekrar Marka ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 9(1), 2023, s.93-115.
- YASAMAN, Zeynep: Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- YASAMAN, Hamdi/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya/MEMİŞ KARTAL, Pınar/YÜKSEL, Sinan H./YASAMAN, Zeynep: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, Cilt 1, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2021.
- YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya: “Kullanım Niyeti Olmaksızın Markanın Kötüniyetli Olarak Tescili ve Hükümsüzlüğü”, in Memiş, Tekin (ed.), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2019, 9, Ankara 2020, s.345.
- YÖRDEM, Yılmaz: “Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(33), 2015, s.123-142.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Gül BÜYÜKKILIÇ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Gül BÜYÜKKILIÇ, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.